

**TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN TESCİLE ZORLAMA DAVASI İLE
KAZANILMASI
Yüksek Lisans Tezi
Ahmet ARSLAN
Eskişehir 2020**

**TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN TESCİLE ZORLAMA DAVASI İLE
KAZANILMASI**

Ahmet ARSLAN

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL**

**Eskişehir
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kasım 2020**

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ahmet ARSLAN'nın "TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN TESCİLE ZORLAMA DAVASI İLE KAZANILMASI" başlıklı tezi .../.../2020 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek "Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca, Özel Hukuk Anabilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

	<u>Unvanı Adı Soyadı</u>	<u>İmza</u>
Üye	:	
Üye	:	
Üye	:	
Üye	:	
Üye	:	

.....
Enstitü Müdürü

ÖZET

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN TESCİLE ZORLAMA DAVASI İLE KAZANILMASI

Ahmet ARSLAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekim 2020

Danışman: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması hallerinden biri olan mahkeme kararıyla kazanma, taşınmaz mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteme alacak hakkına sahip olan kişinin mülkiyeti, mahkemenin inşâî kararıyla tescilden önce kazanmasıdır. Bu hukukî kurum TMK md. 716'da (ZGB Art. 665) düzenlenmiştir. Alacaklının açtığı tescile zorlama davası ile mülkiyeti kazanılması için üç şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran geçerli bir hukukî sebebin varlığı, davalının tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması ve davalının dava sırasında malik olmasıdır. İsviçre kanun koyucusunun tescile zorlama davasına kanunda yer vermesinin tarihî sebebinin, yapma borcu niteliğindeki tescil talebinde bulunma borcunun ifasını kolaylaştırmak olduğu görülür.

Teorik ve pratik açıdan birçok sorunu ve kendine has özelliği bünyesinde taşıyan tescile zorlama davası, İsviçre hukukundaki içtihatlar ve doktrin dikkate alınarak incelenmiştir. Taşınır mülkiyetinin kazanılmasındaki sistem farklılığı, norm olarak TMK md. 716'nın özellikleri, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak bu davanın açılıp açılmayacağı, davanın hukukî niteliği, benzer davalardan ayırt edilmesi, davaya esas olan hukukî sebepler, TMK md. 716'nın sınırlı ayni haklara, terkin etme ve şerh verme borçlarına kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı çalışmanın temel hususlarıdır.

Anahtar Sözcükler: Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılması, TMK md. 716 (ZGB Art. 665), Tescile zorlama davası, Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi.

ABSTRACT

The Acquisition of Immovable Property by Court Decision

Ahmet ARSLAN

Department of Private Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, Oct 2020

Supervisor: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

The acquisition of immovable property by court decision, which is one of the cases where the immovable property is acquired before the registration, is the acquisition of the immovable property by the person before the registration by the formative decision of the court, who has the right to claim the transfer of the immovable property to him. This legal institution is regulated with TCC Art. 716 (ZGB Art. 665). Three conditions must be fulfilled in order to acquire the property by the lawsuit for enforcement to register in the land registry filed by the creditor. These are the existence of a valid legal reason causing the transfer of the immovable property, the defendant's unjust eschewal of apply for registration in the land registry and the ownership of property by defendant during the case. It is seen that the historical reason why the Swiss legislator has included this lawsuit in the code, is to facilitate the performance of the obligation to apply for registration in the land registry.

The lawsuit for enforcement to register in the land registry, which has many theoretical and practical problems and its unique characteristics, has been examined by considering the case law and doctrine in Swiss law. The system difference in the acquisition of movable property, the characteristics of TCC Art. 716, whether this lawsuit can be filed based on the preliminary contract for the real estate sale, the legal nature of the lawsuit, its distinction from similar lawsuits, the legal grounds for the lawsuit, whether the TCC Art. 716 can be applied by analogy to limited real rights, obligations of cancellation and annotation are the main points of the study.

Keywords: The acquisition of immovable property by court decision, TCC Art. 716 (ZGB Art. 665), The lawsuit for enforcement to register in the land registry, The preliminary contract for the sale of real estate.

.../.../2020

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumum olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukukî sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

.....

(İmza)

Ahmet ARSLAN

(Öğrencinin Adı Soyadı)

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
BAŞLIK SAYFASI	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ.....	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KONUSU VE KAZANILMASI	5
1. Taşınmaz Mülkiyetinin Konusu	5
1.1. Arazi	7
1.2. Bağımsız ve sürekli haklar	9
1.2.1. İrtifak hakkının varlığı ve geçerli olarak kurulması	10
1.2.2. Bağımsız nitelikte olması	11
1.2.3. Sürekli nitelikte olması	14
1.2.4. Tapu kütüğüne kaydedilmesi	15
1.3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler	16
2. Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması	18
2.1. Genel olarak kazanma biçimleri.....	18
2.1.1. Aslen kazanma – devren kazanma	18
2.1.2. Tescille kazanma – tescilden önce kazanma	19
2.2. Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması	20
2.2.1. Genel olarak.....	20
2.2.2. Kazanma sebepleri	25
2.2.3. Mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerde şekil	27
2.2.3.1. Genel olarak	27
2.2.3.2. Şeklin amacı ve kapsamı	28
2.2.3.3. Resmî şekli gerçekleştirecek makam	29

	<u>Sayfa</u>
2.2.3.4. Resmî şeklin istisnaları.....	30
2.3. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması halleri	33
2.3.1. TMK md. 705’te belirtilenler	34
2.3.1.1. Miras yoluyla tescilsiz kazanma	34
2.3.1.2. İşgal yoluyla tescilsiz kazanma	36
2.3.1.3. Kamulaştırma yoluyla tescilsiz kazanma	37
2.3.1.4. Cebri İcra tescilsiz kazanma.....	39
2.3.1.5. Mahkeme kararıyla tescilsiz kazanma	40
2.3.2. TMK md. 705’te belirtilmeyenler	41
2.3.2.1. Kişiliği sona eren tüzel kişinin mallarının kamu kurum kuruluşuna geçmesi	41
2.3.2.2. Vakfa özgülünen malın mülkiyetinin vakfa geçmesi	41
2.3.2.3. Mal rejimi sözleşmesi sonucu meydana gelen değişiklik.....	41
2.3.2.4. Yeni arazi oluşması.....	42
2.3.2.5. Ticaret ortaklıklarına sermaye olarak taşınmaz konulması ve şirket birleşmesi.....	43
2.3.2.6. 5543 sayılı kanun uyarınca tahsis	43
3. Taşınmaz Mülkiyeti ile Taşınır Mülkiyetinin Hukukî İşleme Kazanılmasının Genel Olarak Karşılaştırılması ve Sistem Farklılığının Sonuçları	44
3.1. Genel olarak taşınır mülkiyetinin kazanılması	45
3.2. Taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin hukukî işlemle devren kazanılmasının karşılaştırılması	46
3.2.1. Mülkiyetin devrinde tek sözleşmeli yapı veya çift sözleşmeli yapı olması açısından	46
3.2.2. Sebebe bağlılık – soyutluk açısından	51
3.2.3. Tasarruf işlemlerinin şarta bağlanıp bağlanamaması açısından	53
3.3. Taşınır ve taşınmazlardaki sistem farklılığının mülkiyetin kazanılma biçimi bakımından sonuçları	53

3.3.1. Taşınmazlarda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi	
yapılamaması.....	53
3.3.2. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde ön	
sözleşmeye (taşınmaz satış vaadi) ihtiyaç duyulması.....	54
3.3.3. Taşınmaz mülkiyetinin doğrudan mahkeme kararıyla	
kazanılması	56

İKİNCİ BÖLÜM

TESCİLE ZORLAMA DAVASININ ÖZELLİKLERİ	58
1. Tescile zorlama davasının tanımı, konusu, davanın esastan kabulüne	
ilişkim şartları ve zamanaşımı.....	58
1.1. Tanımı ve konusu	58
1.2. Varsayım (Fiktion) normu olarak TMK md. 716	62
1.3. Terminoloji sorunu	64
1.4. Tarihsel boyutu	66
1.5. Davanın esastan kabulüne ilişkin şartlar	69
1.5.1. Geçerli bir hukukî sebebin bulunması	69
1.5.2. Borçlunun tescil talebinde bulunmayı haksız olarak	
reddetmesi.....	73
1.5.3. Mülkiyeti devir borçlusunun malik olması.....	74
1.6. Tescile zorlama davasında davalının ödemezlik defini ileri sürmesi	
halinde mahkemenin nasıl karar vereceği problemi	75
1.7. Zamanaşımı	79
2. Tescile Zorlama Davasının Hukukî Niteliği	81
2.1. Genel olarak.....	81
2.2. Tescile zorlama davasının niteliğine ilişkin görüşler	83
2.2.1. Eda davası olduğu görüşü	83
2.2.2. İnşâî dava olduğu görüşü.....	84
2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve görüşümüz.....	87
3. Usul Hukuku Bakımından Hükümleri	90
3.1. Tescile zorlama davasının tarafları	90
3.1.1. Davacı	90

	<u>Sayfa</u>
3.1.2. Davalı.....	91
3.1.3. Aynı taşınmazın birden fazla kişiye satılması (Doppelverkauf) ve imkânsızlık halinde davalı.....	92
3.2. Görevli ve yetkili mahkeme	95
3.2.1. Görevli mahkeme	95
3.2.2. Yetkili mahkeme.....	96
3.3. İspatın konusu ve ispat yükü.....	97
3.4. Tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi.....	98
3.5. Davaya son veren taraf işlemleri'nin etkisi	100
3.6. Hükmün kesinleşmesinin sonuçları.....	101
4. Tescile Zorlama Davasının Benzer Davalardan Ayırt Edilmesi	104
4.1. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK md. 1025) ile karşılaştırılması	104
4.2. İstihkak davası ile karşılaştırılması.....	109
4.3. Miras sebebiyle istihkak davasıyla karşılaştırılması	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TESCİLE ZORLAMA DAVASI AÇMAYA ESAS OLAN HUKUKİ

SEBEPLER.....	113
1. Genel Olarak Hukukî Sebep Kavramı ve Tescile Zorlama Davası	
Açmaya Esas Olan Hukukî Sebeplerin Kaynakları.....	113
1.1. Genel olarak.....	113
1.2. Tescile zorlama davası açmaya esas olan hukukî sebeplerin kaynakları.....	115
1.2.1. Hukukî işlem.....	115
1.2.1.1. Tek taraflı işlem	115
1.2.1.2. Sözleşme.....	118
1.2.1.2.1. Genel olarak.....	118
1.2.1.2.2. İsimli sözleşmeler	119
1.2.1.2.3. İsimsiz sözleşmeler	124
1.2.1.2.4. Miras hukuku sözleşmeleri.....	126

1.2.1.2.5. Sınırlı aynı hakların kurulmasına ilişkin sözleşmeler	129
1.2.2. Haksız fiil	131
1.2.3. Sebepsiz zenginleşme	133
1.2.4. Doğrudan kanundan doğan diğer borçlar	135
1.2.4.1. TMK'nın eşya hukuku kitabında düzenlenen durumlar.....	136
1.2.4.2. TMK'nın aile hukuku kitabında düzenlenen durumlar.....	140
1.2.4.3. TMK'nın miras hukuku kitabında düzenlenen durumlar	142
1.2.4.4. Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenen durum	144
1.2.5. Mahkeme kararı.....	145
2. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesine Aykırılık Sebebiyle Tescile Zorlama	
Davası Açılması	145
2.1. Tanımı ve hukukî niteliği.....	145
2.1.1. Ön sözleşme niteliğinde olduğu görüşü	145
2.2.2. Ön Sözleşme Olmadığı Görüşü	149
2.3. Şerh verilmesi	151
2.4. Aynı taşınmaz için birden fazla kişiyle satış vaadi sözleşmesi yapılması.....	152
2.5. Borçlunun taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmemesi halinde tescile zorlama davası açılıp açılmayacağı problemi.....	154
2.5.1. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanılarak tescile zorlama davası açılabileceği görüşü	156
2.5.1.1. Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Yapılmasını İstemeksizin Doğrudan Mülkiyetin Geçirilmesinin İstenebileceği Görüşü	156

2.5.1.2. Mahkeme Kararının Borçlunun İradesi Yerine Gececeği Böylece Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Kurulmuş Sayılacağı ve Mahkemenin aynı Davada TMK md. 716'ya göre Mülkiyetin Geçtiğine Hükmedeceği Görüşü	158
2.5.2. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanılarak tescile zorlama davası açılmayacağı görüşü.....	163
2.5.2.1. Kimsenin Bir Şey Yapmaya Zorlanamayacağı İlkesinden Hareket Eden Görüş.....	163
2.5.2.2. Yapma Borcunun İfa Edilmemesi Nedeniyle Hâkimden TBK md. 113'e Göre Kendisi veya 3.Kişi Tarafından Borçlu Yerine İrade Beyanında Bulunulmasının İsteneceğini Savunan Görüş.....	164
2.5.2.3. Mahkeme Kararının Borçlunun İradesi Yerine Gececeği, Ayrıca Tapuda Satış Sözleşmesi Kurulacağı ve Bunun da İfa Edilmemesi Halinde Mahkemenin Ayrıca Tescile Zorlama Davası Açılabileceği Görüşü.....	165
2.5.2.4. Mahkeme Kararının Borçlunun hem İradesi Yerine Gececeği hem Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Kurulmuş Sayılacağı; Ancak Aynı Davada TMK md. 716'ya göre Karar Verilemeyeceği.....	166
2.5.3. İsviçre Hukukundaki durum	166
2.5.4. Görüşlerin değerlendirilmesi ve görüşümüz.....	170
3. Taşınmaz Mülkiyetini Devir Borcu Doğuran Sözleşmeden Dönülmesi Halinde İfa Edilmiş Edimlerin İadesinde Tescile Zorlama Davası	177
3.1. Klasik dönme teorisine göre	178
3.2. Kanuni borç ilişkisi teorisine göre	179
3.3. Yeni dönme teorisine göre	180
3.4. Aynı etkili dönme (istihkak) teorisine göre.....	181
3.5. Yargıtay'ın görüşü	182
3.6. Sözleşmenin iptali halindeki durum	183
4. TMK md. 716'nın Terkin Etme Borcu İçin Uygulanması	185

	<u>Sayfa</u>
5. TMK md. 716'nın Şerh Verme Borcu İçin Uygulanması	190
SONUÇ	191
KAYNAKÇA.....	197
EKLER	
ÖZGEÇMİŞ	

SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

-	: Bent
/	: Fıkra
A.	: Abteilung
A.Ş.	: Anonim Şirket
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AG	: Aktiengesellschaft
a.g.k.	: Adı geçen kitap
a.g.m.	: Adı geçen makale
AJP	: Aktuelle juristische Praxis
Art.	: Article
aşa.	: aşağıda
Aufl.	: Auflage
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: 1982 Anayasası
B.	: Baskı
Bd.	: Band
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
böl.	: Bölüm
BR	: Baurecht
C.	: Cilt
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Çev.	: Çeviri
dpnt.	: Dipnot
Dr.	: Doktor
E.	: Esas Numarası
eMK	: 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi
E.T.	: Erişim Tarihi

Ed.	: Editör
ff.	: und folgende (Seiten)
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GYD	: Günümüzde Yargı Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK	: Mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihatı Birleştirme Kararı
İFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
KamK	: Kamulaştırma Kanunu
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KK	: Kadastro Kanunu
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
md.	: Madde
N.	: Kenar Notu
NK	: Noterlik Kanunu
Nr.	: Numara (Nummer)
OFK	: Orell Füssli Kommentar
OR	: Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuch, fünfter Teil (İsviçre Borçlar Kanunu)
pr.	: paragraf
PrHG	: Produkthaftpflichtgesetz vom 18. Juni 1993, Stand am 1. Juli 2010
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayısı
S.	: Sayı

T.	: Tarih
TAKBİS	: Tapu Kadastro Bilgi Sistemi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCC	: Turkish Civil Code
TKGM	: Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
yuk.	: Yukarıda
ZBGR	: schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	: schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (İsviçre Medeni Kanunu)
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu taşınmaz mülkiyetinin tescile zorlama davası ile kazanılmasıdır. Bu dava TMK md. 716'da düzenlenmiştir. Çalışmada, TMK md. 716'da düzenlenen dava için içeriğini daha iyi yansıttığı düşünüldüğü ve doktrinde daha geniş kabul gördüğü için “*tescile zorlama davası*” ismi tercih edilmiştir¹.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran bir hukukî ilişkiden, mülkiyeti alacaklıya geçirme borcu doğar. Borçlunun haksız olarak alacaklı adına tescil talebinde bulunmaktan kaçınması halinde alacaklı, tescile zorlama davası açar. Gereken şartların oluşması halinde mahkemenin davacı lehine verdiği kararının kesinleşmesiyle davacı mülkiyeti kazanır. Ardından tapu kütüğüne yapılacak tescil, bildirici niteliktedir. Taşınmaz mülkiyetinin tescile zorlama davası sonunda verilen mahkeme kararıyla kazanılması, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerden biridir.

Taşınmaz mülkiyetini devir alacaklısının, TMK md. 716'ya göre tescile zorlama davası açmak yerine olağan bir eda davası açması mümkündür. Bu ihtimalde alacaklı mülkiyeti mahkemenin inşâî kararıyla değil; tapu siciline kurucu tescilin yapılmasıyla kazanır.

TMK md. 716 taşınmaz mülkiyetinin ve sınırlı ayni hakların kazanılmasına ilişkin genel bir ilke çizer. Bu nedenle uygulama alanı oldukça geniştir. Özellikle TMK md. 716'nın kıyasen uygulandığı haller de hesaba katıldığında, tescile zorlama davasının önemi daha iyi anlaşılır.

Taşınmaz mülkiyetinin tescile zorlama davasıyla kazanılması gerek uygulamada gerek yargı kararlarında gerek doktrinde sıkça yer bulur. Bunun sebepleri çeşitlidir. Uygulamada ve yargı kararlarında sıkça yer bulmasının sebeplerinden ilki, nihayetinde taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılmasına ilişkin olmasıdır. Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin hukukî işlemin ifa edilmemesi halinin uygulamada ana uyumsuzluk sebeplerinden biri olduğu malumdur. İşte bu hallerde uyumsuzluklar tescile zorlama davasıyla çözülür. Tescile zorlama davasının uygulamadaki sıklığının İkinci sebebi ise TMK md. 716'nın kıyasen uygulanma alanının çok geniş olmasıdır. Gerçekten TMK md. 716 yalnız taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında değil; sınırlı ayni hakların

¹ TMK md. 716'da düzenlenen dava hakkındaki terminolojik tartışmalar için bkz. aşağı. İkinci Böl. 1.3., s. 64 vd.

kazanılmasında da kıyasen uygulanır. Ayrıca doktrin ve uygulamada kabul edildiği üzere TMK md. 716 şerh verme ve terkin etme borçları için de kıyasen uygulanır. Tescile zorlama davasının doktrinde önemli bir yer işgal etmesinin sebebi ise özel hukukun temel tartışmalarını barındırması ve birden çok hukuk alt disiplininin kesişim noktasında bulunmasıdır. Nitekim TMK md. 716; mülkiyetin kazanılması yollarından biri olması sebebiyle eşya hukuku, taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran hukukî ilişkiden doğan borcun ifasıyla alakalı olduğu için borçlar hukuku, nihayetinde bir dava olduğu ve mahkeme kararıyla mülkiyet kazanıldığı için medeni usul hukuku, bu davaya esas olan sebepler ölüme bağlı tasarruf, tüketici işlemi, ticarî / idari işlem de olabileceğinden miras, ticaret, tüketici hukuku ve nihayetinde özel bir icra usulü öngörmesi sebebiyle icra iflas hukuku karakterlidir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse tescile zorlama davası sayılan hukuk alanlarının kesişim noktasında bulunur.

Konu özellikle; taşınır mülkiyetinde böyle bir yolun öngörülmemiş olması ve bunun nedenleri, Türk hukuk uygulamasında tescil talebinin kendine özgü nitelik taşıması, hangi hukukî kaynakların bu davaya esas teşkil edeceği, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak bu davanın açılıp açılmayacağı, taşınmaz mülkiyetine ilişkin sözleşmelerin akamete uğraması halinde iade yükümlülüğünde tescile zorlama davasının gündeme gelip gelmeyeceği, TMK md. 716 bir norm olarak özellikleri ve davanın hukukî niteliği gibi hususlarda derin tartışmalar barındırır. Bahsedilen kendine özgü niteliklerinden ötürü, tescile zorlama davasına salt eşya hukuku penceresinden bakmak yetersiz olur. Eşya hukuku dışında; sözleşmenin ifası, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ve bundan doğan haklar, sözleşmeden dönmenin ve iptal yaptımının hukukî sonuçları, yenilik doğuran haklar ve yenilik doğurucu dava açma hakları, önsözleşme kurumu, yapma borçlarının icrası, ölüme bağlı tasarruflardan doğan haklar, medeni usul hukukunda dava türleri gibi konular, bu meselenin incelenebilmesi için ön şartlardır. Dahası, Türk hukukunda İsviçre hukukundan ayrılan doktrinsel ve uygulamadaki kimi haller konuyu daha da renklendirir. Tescile zorlama davası, ortaya çıkabileceği haller bakımından da çok boyutlu bir konudur. Nitekim bu davanın gündeme gelebileceği hukukî sebepler, taşınmaz satış sözleşmesinden miras sözleşmelerine; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi isimsiz sözleşmelerden idari makamların kararına kadar çeşitlenebilir.

TMK md. 716 hükmünün İsviçre hukukundaki karşılığı olan ZGB Art. 665'in tarihi arka planına bakıldığında İsviçre'de kanun koyucunun olağan eda davalarından farklı bir dava ihdas etme amacını güttüğü görülür. Öyle ki, hukukî işlemde doğan alacak hakkına dayanarak dava açıldığı mahkeme TMK md. 716'ya göre inşaî karar verebilmektedir. Kanun koyucunun böyle bir *kestirme yol* öngörmesinin hukukun ekonomik analizi açısından da önemi vardır. Nitekim uzun süren ve bu nedenle maliyete neden olan cebri icra süreçlerine gerek kalmaksızın mahkeme inşaî hükümle hakkı doğrudan icra eder ve davacıya mülkiyeti kazandırır.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılmasına ilişkin monografik düzeyde bir eser yoktur. Konunun ders kitaplarında da görece kısa anlatıldığı görülür. Bu çalışmanın amaçlarından biri, teorik ve pratik açıdan ciddi önem taşıyan tescile zorlama davasını tarihsel arka planı ve İsviçre hukukundaki durumuyla derinlemesine inceleyip doktrindeki boşluğun doldurulmasına katkı sağlamaktır. Hukuk uygulamasında tescile zorlama davası sık sık tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla karıştırılması ve bu davanın işlevinin bilincinde olunmaması söz konusudur. Yine, çalışmamızın bir başka amacı davanın işlevlerini derinlemesine açıklayıp hatalı uygulamalara dikkat çekmektir. Nitekim çalışmanın ikinci bölümünde tescile zorlama davası benzer davalarla karşılaştırılmıştır.

Üçüncü bölümde ele alınan tescile zorlama davasına esas olan hukukî sebepler şaşırtıcı derecede zenginlik gösterir. İkinci bölümde tescile zorlama davası maddi hukuk ve usul hukuku bakımından ayrı ayrı incelenmiştir.

Tescile zorlama davasına taşınmazlar konu olur. Ancak tescile zorlama davasının konusu yalnızca araziden ibaret değildir. Gereken koşulları sağlaması koşuluyla TMK anlamında taşınmaz sayılan bağımsız ve sürekli haklar² ile KMK'ya tabi bağımsız bölümler de tescile zorlama davasına konu olurlar³. Uygulamada da bu duruma sıkça rastlanır. Çalışmanın konusu taşınmaz mülkiyetinin kazanılması hallerinden olduğu için geniş bir bakış açısı sağlaması amacıyla taşınmazın ne olduğu, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasındaki prensipler ve doktrinel tartışmalar, taşınır ile mülkiyetinin kazanılması ile farklılıklar ve bunun önemi, yöntem olarak ilk bölümde ele alınmıştır. İlk bölümde

² A. Koller, (2017a). *Der Grundstückaufk.* 3. Auflage. Bern. Staempfli Verlag, s. 13.

³ J. Rüegg, (2014). *Rechtsgeschaefliche Vorkaufsrechte an Grundstücken.* Genf. Schulthess Polygraphischer Verlag AG, s. 371.

son olarak taşınır mülkiyetinin kazanılması ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılması karşılaştırmalı olarak açıklanıp bunların sonuçlarına değinilmiştir. Çünkü mülkiyetin mahkeme kararıyla kazanılmasının taşınmazlara mahsus bir müessese olmasının özel nedenleri ve sonuçları vardır.

Çalışmanın ikinci bölümünde tescile zorlama davasının *dava* olması ön planda tutulmuştur. İkinci bölümün ilk kısmında davanın tanımına, İsviçre hukukundaki tarihsel geçmişine, uygulamadaki terminolojik problemlere, davanın tabi olduğu süreye ve davanın esastan kabulüne ilişkin şartlara yer verilmiştir. Görüldüğü üzere ikinci bölümün ilk kısmı, daha çok davanın maddi hukuka ilişkin yönleri ağırlıklıdır. Ardından -oldukça tartışmalı bir mesele olan- tescile zorlama davasının hangi nitelikte olduğu tartışılmıştır. Nihayetinde davanın usul hukuku bakımından hükümleri ve benzer davalardan ayırt edilmesi konularıyla bölüm bitirilmiştir.

Madde lafzında da açıkça ifade edildiği üzere tescile zorlama davası açabilmek için taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebebin varlığı gerekir. Tescile zorlama davasına esas olan hukukî sebepler o kadar çeşitlidir ki borcun kaynağı, doğduğu hukuk alanı gibi sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Üçüncü bölümde, borcun kaynakları kategorilendirmesine göre bu davaya esas olabilecek hukukî sebepler incelenmiştir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tescile zorlama davasına esas teşkil edip edemeyeceği oldukça tartışmalıdır. Bu sebeple üçüncü bölümde -Türk hukukundan birtakım farklılıklar içeren İsviçre hukukundaki duruma ayrıca yer vermek suretiyle- bu sözleşmeler ayrı olarak incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca teorik ve pratik açıdan canlılık gösteren hukukî işlemde doğan şerh verme borçlarına ve aynı hakkı terkin etme borçlarına TMK md. 716'nın kıyasen uygulanması ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KONUSU VE KAZANILMASI

1. Taşınmaz Mülkiyetinin Konusu

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) dördüncü kitabı olan eşya hukuku kitabının mülkiyeti düzenleyen birinci kısmında, taşınır mülkiyeti-taşınmaz mülkiyeti⁴ ayrımı esas alınmıştır⁵. Ancak taşınmaz kavramı TMK'da tanımlanmamıştır.

Doğal özellikleri gereği, özüne zarar gelmeksizin bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olmayan eşyaya, taşınmaz eşya denir⁶. Bir eşyanın “taşınmaz eşya” olması onun TMK anlamında taşınmaz sayılacağı anlamına gelmez. Başka bir deyişle taşınmaz eşya ile TMK anlamında taşınmaz birbirinden farklıdır⁷. Zira bir eşya doğal özellikleri gereği taşınmaz eşya niteliğini kazanır; ancak TMK anlamında taşınmaz olabilmesi için kanunun o eşyayı taşınmaz olarak kabul etmesi gerekir⁸. TMK'ya göre taşınmaz, tapu kütüğünde veya kat mülkiyeti kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmiş varlıktır⁹ (TMK md. 704, 998). Görüldüğü üzere kanun, taşınmazın sözlük anlamını değil hukukî anlamını esas almıştır¹⁰.

TMK taşınmazları tahdidi olarak saymıştır. Taşınmaz hükümlerinin uygulama alanının tespit eden TMK md. 704 ve 998'in kapsamına girmeyen şeyler -taşınmaz eşya olsa dahi- kanun anlamında taşınmaz niteliğinde değildir¹¹. Gemi ve uçakların niteliği

⁴ Taşınmaz mülkiyetinin hukukumuzdaki yeri ve önemi için bkz. Ş. Akipek (2010). *Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Bölünmesi-Birleştirilmesi ve Arazi Toplulaştırmasının Genel Esasları*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 18 vd.; S. S. Tekinay, S. Akman, H. Burcuoğlu ve A. Altop (1989). *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 20 vd.; R. Serozan (2014). *Eşya Hukuku - 1 (3.Baskı)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 14 vd.

⁵ Kökenini Cermen Hukukundan alan taşınır-taşınmaz eşya ayrımına, ayrıca; TMK'nın rehin hükümlerinde (TMK'nın ikinci kısım ikinci ve üçüncü bölümü), TBK'nın satış sözleşmesi hükümlerinde (TBK md. 207 vd.), İcra İflas Kanunu (İİK md. 123 vd.), Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK md. 4, 12) ve MÖHUK (md. 21, 25) gibi birçok düzenlemede yer verilmiştir.

⁶ T. Akıntürk (2009). *Eşya Hukuku*. (1. Basım). İstanbul: Beta Basım, s. 455; L. Sirmen. (2019). *Eşya Hukuku*. (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 4; K. Oğuzman, Ö. Seliçi, S. Oktay-Özdemir (2017). *Eşya Hukuku*. (20. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 5; M. Ünal, V. Başpınar (2017). *Şekli Eşya Hukuku*. (9.Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi, s. 15; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 19; Bu anlamda gemi ve uçak da taşınmaz değil; taşınır eşya niteliğindedir. Bunların sicile tabi olması da durumu değiştirmez.

⁷ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 456; M. Ünal, V. Başpınar (2017). *Şekli Eşya Hukuku*. (9.Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi, s. 310.

⁸ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 456.

⁹ Ünal, Başpınar (2017), **a.g.k.**, s. 310; TMK md. 704, taşınmaz eşyaya ilişkin hükümlerin uygulama alanını belirleme vasfına sahiptir. F. Eren (2016). *Mülkiyet Hukuku*. (4. Basım). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 200; TMK md. 704: Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: 1. Arazi, 2. Tapu kütüğüne ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve süreli haklar, 3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.

¹⁰ Ünal, Başpınar (2017), **a.g.k.**, s. 310; T. Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 456.

¹¹ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 200; Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 24; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 456; 2. *Taşınmazların kaydedilmesi a. Kaydedilecek taşınmazlar* TMK md. 998: Tapu siciline taşınmaz olarak şunlar kaydedilir: 1. Arazi,

doktrinde tartışılmıştır¹². Niteliği itibarıyla hem gemi hem uçak TMK anlamında taşınır¹³. Bunların özel sicilinin bulunması¹⁴ ve bazı diğer kanunlar bakımından taşınmaz gibi işlem görmeleri¹⁵ bunları taşınmaz haline getirmez¹⁶. Bu hukukî durumun bu çalışma açısından önemi, ancak TMK anlamında taşınmaz sayılan varlıkların tescile zorlama davasının konusu olabilmesidir. Bu anlamda taşınmazlara benzer özel sicil taşımalarına rağmen motorlu kara araçları (KTK md. 20), hava araçları (TSHK md. 50-84) ve gemiler (TTK md. 954 vd.) için tescile zorlama davası (TMK md. 716) gündeme gelmez¹⁷.

TMK taşınmaz kavramına giren varlıkların ne olduğunu tahdidi olarak üç başlıkta saymıştır (md. 704 ve 998)¹⁸. Anılan maddelere göre arazi (I), bağımsız ve sürekli haklar (II) ve kat mülkiyeti kütüğüne kaydedilmiş bağımsız bölümler (III) taşınmaz niteliğindedir¹⁹. Görüldüğü üzere TMK doğası gereği eşya niteliğinde olmayan bağımsız ve sürekli haklara, normalde tabi olduğu arazinin bütünleyici parçası olan kat mülkiyeti

2. Taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar,

3. Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler.

Arazinin tapu siciline kaydı, özel kanun hükümlerine tâbidir.

¹² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 10.

¹³ İİK md. 23'te 2001 yılında yapılan değişiklik sonucu özel siciline kayıtlı gemileri taşınmaz sayan hüküm isabetli olarak 6103 sayılı kanunla kaldırılmıştır.

¹⁴ Örneğin, TTK'da gemiler için tapu siciline benzer sicil sistemi kurulmuştur (TTK md. 954 vd.).

¹⁵ İİK'de md. 23/IV'te sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın gemilerin taşınır nitelikte olduğu düzenlendikten sonra; md. 136'da sicile kayıtlı gemilerin taşınmazların satışına ilişkin hükümlere tabi olduğu düzenlenmiştir.; Kural olarak TMK anlamında taşınmaz olan eşyalar başka kanunlar bakımından da taşınmaz niteliğindedir. TMK anlamında taşınmaz niteliğindeki eşya özel hüküm olması halinde başka kanunlar için taşınır eşya hükmünde olabilir. Örneğin doğal ürünler asıl eşyada ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçası niteliğindedir (TMK md. 685/III). Ancak İİK md. 84'e göre bazı koşullarda doğal ürünlerin taşınmazdan ayrı olarak haczedilebileceğini düzenler. (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 356; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 456.).

¹⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 355; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 321; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 456.

¹⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 321. Doğaları gereği taşınır eşya niteliğinde olan bu varlıkların mülkiyetlerinin devrine ilişkin hukukî sebebin ifa edilmemesi halinde özel kanunlarına ve TMK'nın taşınır eşya hükümlerine göre çözümler. Bu husus ayrıca taşınmazlarla karşılaştırmalı olarak tartışılacaktır. Bkz. Birinci Böl. 3. s. 44 vd.; ayrıca sicile tabi taşınmazların mülkiyetlerinin kazanılması ile tescile zorlama davasının karşılaştırılması için bkz. aşa. İkinci Böl. 4.3. s. 111.

¹⁸ Tapu sicili hukukuna tabi her şeyin taşınmaz mal olması emredici hukuk kuralı olup kişiler kendi iradesiyle taşınmaz niteliğindeki eşyayı taşınır; taşınır niteliğindeki eşyayı taşınmaz kılamaz Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 200; Bu nedenle örneğin taraflar, sözleşme konusu varlığın taşınmaz niteliğinde olduğunu kabul etseler dahi - TMK'daki üç kategoriye girmediği takdirde- söz konusu sözleşme hükmü, emredici kanun hükümlerine aykırılık ve hukukî imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzdür.

¹⁹ Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde taşınmaz türleri dört başlıkta düzenlenmişti (md. 632 ve 911). Ancak 3213 ve mülga 6309 sayılı Maden Kanunlarında (md. 4) madenlerin devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu düzenlendikten sonra isabetli olarak madenlere taşınmaz olarak 4721 sayılı TMK'da yer verilmemiştir. AY md. 168'e göre tabi servet ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır; arzin mülkiyetine tabi değildir. Anılan kanunla madenler arazinin bütünleyici parçası olmaktan çıkarılmıştır. Ancak maden niteliğinde olmayan taş ocakları, arazinin bütünleyici parçası olup onun mülkiyetine tabidir. İİK md. 943'te ise madenler taşınmaz olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde petrol kaynakları da özel nitelikli 6491 sayılı kanunla düzenlenmiş olup TMK kapsamı dışında bırakılmıştır.

kütüğüne tabi bağımsız bölümlere, ekonomik ve sosyal gerekçelerle taşınmaz niteliği vermiştir²⁰. Arazi doğası gereği taşınmaz eşya niteliğindedir. Bağımsız ve sürekli haklar eşya niteliğinde değil; hak niteliğindedir²¹. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler ise aslında arazinin bütünleyici parçasıdır; ancak TMK başlı başına taşınmaz olarak saymıştır. Bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler kanun hükmü ile taşınmazlar arasında sayılmasaydı doğal olarak taşınmaz niteliğini kazanamazlardı²².

1.1. Arazi

TMK’da taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturacak varlıklar tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlardan ilki olan “*arazi*²³” TMK’da tanımlanmamıştır. TST’de ise arazi, “*sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçası*” olarak tanımlanmıştır²⁴ (md. 9). Mülga 1930 tarihli Tapu Sicili Nizamnamesi’nde²⁵ (md.3) ise arazi, “*hudutları tefriğe kafi vasıtalarla tahtit ve tayin edilmiş bilumum sathı zemin*” olarak tanımlanmıştır.

Mülga Tapu Sicili Nizamnamesi’nde araziden “*sath(yüzey)*” olarak bahsedilmesi, arazinin sadece yüzeyden oluştuğuna dair görüşleri beraberinde getirmişti. Bu yöndeki görüşe göre²⁶ TMK md. 718’in açık lafzı gereği arazi yüzeyden ibarettir; arazi üzerindeki mülkiyet arazinin altındaki ve üstündeki tabakadan da yararlanma hakkı verir. Ancak kendilerine katıldığımız bazı yazarlara²⁷ göre arazi, yüzey alanından ibaret olmayıp aşağı doğru yüzey tabakasını ve yukarı doğru hava tabakasını da kapsayan üç boyutlu eşyadır. Zira arazi yalnızca yüzeyden ibaret sayılırsa TMK md. 718/II gereği bütünleyici parça

²⁰ Benzer şekilde TMK md. 762’de de cismani nitelikte olmayan doğal güçler taşınır eşya sayılıp taşınır mülkiyetinin konusu kapsamına alınmıştır.

²¹ Nitekim bir varlığın eşya olarak nitelendirilmesi için barındırması gereken maddi varlığının olması, ekonomik değer taşıması, sınırlanabilir, üzerinde hâkimiyet kurulabilir olması ve insan vücuduna ait bulunmaması unsurlarını taşımamaktadır. Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 24; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 18 vd.

²² Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 18.

²³ “*Arazi*” teriminin yerine “*arz*” ifadesinin kullanıldığı da görülür. Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s.457.

²⁴ 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (md. 3) ve Arazi Toplulaştırma ve Uygulama Yönetmeliği’nde de arazi, “*toprak, iklim, topoğrafya, ana metaryal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçası*” olarak tanımlanmıştır (md. 4).

²⁵ <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1668.pdf>.

²⁶ Bu yönde bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 159.

²⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 244 vd.; L. Sirmen, (2017). *Eşya Hukuku*. (5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 140, dpnt. 298; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 313; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, 457.

niteliğinde olan yapı, bitki ve kaynaklar arazinin mülkiyetinin kapsamına sokulamayacaktır²⁸.

Araziler TMK anlamında taşınmaz olmalarının yanında; doğal nitelikleri gereği de taşınmaz eşyadır. Zira arazi, TMK tarafından taşınmaz olarak düzenlenen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerden farklı olarak özüne zarar verilmeden bir yerden bir yere taşınamayan varlıktır.

TST'deki tanımdan da anlaşılacağı üzere arazinin en önemli unsuru belirlenmiş olmasıdır; zira taşınmazlar doğası gereği taşınırlardan farklı olarak belirlenmiş değillerdir²⁹. Bu nedenle herhangi toprak parçasının eşya niteliği kazanabilmesi için insan eliyle sınırlanması gerekir; böylece toprak parçası bağımsızlık kazanıp hakkın konusu olabilir³⁰. TMK'da taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının tescile tabi tutulması da bunun göstergesidir (md.705, ZGB Art. 656)³¹. Zira bir taşınmazın tapu siciline kaydedilebilmesi için (tapulama) kadastronun yapılarak hukukî ve coğrafi özelliklerinin belirlenmesi gerekir³². Taşınmazın belirlenmesi ve bağımsızlık kazanması için sınırların işaretleme veya ölçme ile gösterilmesi şart değildir; belirlenebilir olması yeterlidir³³.

Arazinin tapu siciline kaydedilip³⁴ mülkiyetinin kazanılabilmesi için arazinin sınırlarının belirlenmesi gerekir. İşte TMK md. 1003 ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na göre (KK) resmî olarak taşınmazın coğrafi ve hukukî durumunun belirlenmesi gerekir. Kadastro yapılmış yerlerde sınırların belirlenmesi 3402 sayılı KK'ya tabi olup bu toprak parçasına parsel denir³⁵. İmar planı içinde olan ve imar planı içinde olmasa dahi belediye-mücavir alan içinde olan araziye ise arsa denir³⁶. Kadastro yapılmamış yerlerde, hâkim kararı ile tescil edilen arazinin sınırları fen memurlarına veya

²⁸ Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 140, dpnt. 298.

²⁹ Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 140; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 159. Mülga 1930 tarihli Tapu Sicil Nizamnamesi ile TST'nin birleştiği önemli nokta budur.; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s.457; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 312.

³⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 159.

³¹ Doktrinde tapu siciline kaydedilmemiş arazinin taşınır niteliğinde olduğu iddia edilmiştir. Ancak TMK md. 707/II ve 713'ün lafzından anlaşıldığı üzere tapu siciline kayıtlı olmayan varlıklar da taşınmaz eşya niteliğindedir. Ancak tapu siciline kaydedilmesi onlar üzerinde tasarruf edilebilmesini sağlar. Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 25. Başka bir deyişle tapu kütüğüne kaydedilmemiş arazi, doğal niteliği gereği taşınmaz eşya olsa da hukuken taşınmaz değildir. Bkz. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 310

³² Yarg. 1. HD. 11.04.1989, 17401/7389; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 159'dan. Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 140.

³³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 159; Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 140.

³⁴ TST'ye göre arazinin tapu siciline kaydı özel kanun hükümlerine tabidir (md.9). Bahsedilen özel kanun 2644 sayılı Tapu Kanunu'dur.

³⁵ Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 140.

³⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 159, dpnt. 464.

mühendislerle yaptırılan haritalarla belirlenmiştir³⁷. Bu şekilde haritayla dahi sınırı belirlenmemiş, zabıt defterine kayıtlı taşınmazların sınırları ise sicilde yazılı tasvir edici bilgilerle³⁸ saptanmıştır³⁹. İşte ancak yukarıda belirtilen şekillerde belirlenmiş toprak parçası arazi niteliği kazanır ve tapu kütüğüne kaydedilebilir⁴⁰. Tapu kütüğüne kaydedilince de ilk defa iktisap edilmiş olur⁴¹.

1.2. Bağımsız ve sürekli haklar

TMK’da taşınmaz türü olarak sayılan varlıklardan ikincisi tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklardır. TMK’da, doğal niteliği sonucu taşınmaz eşya olan araziden sonra eşya niteliğinde dahi olmayan tapu kütüğüne kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar zikredilmiştir. Bu hakların TMK’da taşınmaz olarak sayılması şüpheyle karşılanmamalıdır. Zira hukuk sistemleri teknik veriler yanında sosyal ve ekonomik etmenleri de dikkate almak zorundadır⁴². Bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz olarak kaydedilebilmesi de bazı sosyal ve ekonomik sebeplerden kaynaklanır⁴³. Ayrıca tapu kütüğüne kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar TMK’da taşınmaz olarak sayıldığında taşınmaz eşya niteliğini kazanmazlar. Yalnızca hukuk dünyasında bazı açılardan taşınmaz gibi işlem görürler⁴⁴.

Her türlü aynı hakkın tapu kütüğüne tescil edilip taşınmaz gibi işlem görmesi mümkün değildir. Hangi hakların hangi koşullarda tapu kütüğüne kaydedilip taşınmaz niteliği kazanacağı TST’de düzenlenmiştir (TMK md. 998/II). TST md. 10’a göre ancak “süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlamayan veya izne tabi

³⁷ Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 140.

³⁸ TST’nin geçici 1. maddesinde hudut komşularının yazılarak belirleneceği düzenlenmiştir.

³⁹ Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 140; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 159.

⁴⁰ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s.457.

⁴¹ Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 314.

⁴² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 4; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 315; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 160.

⁴³ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 200; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 12; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 160; zira artık tapu kütüğünün ayrı sayfasına kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar, ticaret hayatında taşınmaz gibi muamele görür (Wolfer, M. (2010). Zur Übertragung von Personaldienst barkeiten: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen. *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA)* 2010/I, ss. 42).

⁴⁴ J. Güral-Akipek (1972). Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti. *Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan*, ss. 37; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 250; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 5; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 200; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 160; K. T. Gürsoy, F. Eren, E. Cansel, (1984). *Türk Eşya Hukuku*. (2. Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 470, nitekim bu hakların süreleri bittiginde tapu kütüğünde açılan ayrı sayfa kapatılır. Üzerinde kurulduğu taşınmazın yüklü sayfasındaki kayıt da terkin edilir. Burada kanuni faraziye mevcuttur. (Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 315.).

kılmayan bağımsız ve sürekli irtifaklar hakları” tapu kütüğüne kaydedilip taşınmaz niteliği kazanır. TST’deki tanımdan hareketle alt başlıklarda bu koşullar incelenecektir.

Anılan koşulları taşıyan hakların tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesinin sonuçları TST md. 10/II’de “*tapu kütüğüne taşınmaz mal olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, üçüncü kişilere devir olunabilir, mirasçılara geçebilir ve üzerinde her türlü aynı⁴⁵ ve şahsi hak⁴⁶ kurulabilir*” şeklinde ifade edilmiştir. Bağımsız ve sürekli nitelikteki irtifak hakkı, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilince, devir gibi hukukî işlemlerde bu haklara taşınmaz gibi muamele edilir. Bu anlamda taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler (TMK md. 683 vd.) kıyasen uygulanır⁴⁷. Bu hukukî durumun bu çalışma bakımından önemi ise, bağımsız ve sürekli hakların tescile zorlama davasına konu olabilmesidir⁴⁸.

Bağımsız ve sürekli nitelikteki irtifak hakları tapu kütüğünün ayrı sayfasına taşınmaz olarak kaydedilince taşınmaz eşya niteliği kazanmayacağı gibi irtifak hakkı niteliğini de kaybetmez. Taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibi arasındaki ilişki TMK anlamında devam eder⁴⁹.

1.2.1. İrtifak hakkının varlığı ve geçerli olarak kurulması

TST md. 10’un lafzından anlaşıldığı üzere ortada bir irtifak hakkının bulunması gerekir⁵⁰. Bu irtifak hakkının mutlaka taşınmaz üzerinde kurulmuş olması gerekir⁵¹. Bağımsız ve sürekli nitelikte bir irtifak hakkı üzerinde bağımsız ve sürekli irtifak hakkı kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır⁵².

⁴⁵ Örneğin tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar üzerinde rehin hakkı, irtifak hakkı veya taşınmaz yükü kurulabilir. (Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 315.).

⁴⁶ Bağımsız ve sürekli haklar üzerindeki kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi TMK md. 1009’a göre mümkündür.

⁴⁷ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s.459; Simonius, P., Sutter, T. (1990). *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band II: Die Beschränkten Dinglichen Rechte*, Verlag Helbing & Lichtenhahn Verlag Ag, Basel Und Frankfurt Am Main, § 3 Rz. 66.

⁴⁸ Yarg. 12. HD., T. 20.01.2015, T. 32818/1274. (Karar <http://app.e-uyar.com/karar/list/412190fd-02f1-44a2-ab5a-776c12de899a> E.T.; 02.03.2019. adresinden alınmıştır).

⁴⁹ Özellikle aynı haklarda sıra bakımından önemlidir (TMK md. 869). Bkz. Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 458.

⁵⁰ Doktrinde bir görüş, idari sözleşme kapsamında devlet tarafından verilen su ve maden imtiyazlarının da bağımsız ve sürekli niteliğe sahip olup tapu kütüğünün ayrı sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmesi gerektiğini ileri sürer. Ancak bu konuda yasal bir düzenleme mevcut değildir. Bkz. Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 250; Devre mülk hakkının (KMK md. 57 vd) bağımsız ve sürekli hak olarak devredilemeyeceğine ilişkin bkz. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 316-317.

⁵¹ Kimi yazarlar irtifak hakkının kamu malı üzerinde de kurulabileceğini kabul eder. İMK’da da kamu hukuku ve kanton hukuklarına dayanan bağımsız ve sürekli hakların sicile taşınmaz olarak kaydedilebileceği düzenlenmiştir. Bkz. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 316; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 160, dpnt. 467, s. 161.

⁵² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 161; Ünal, Başpınar’a göre tapu kütüğünün ayrı sayfasına kaydedilmiş bağımsız ve sürekli hak üzerinde kurulan irtifak hakkı ve taşınmaz yükü de tapu kütüğünün ayrı

Bağımsız ve sürekli nitelik taşıyan irtifak hakkının tapu kütüğünün ayrı sayfasına taşınmaz olarak kaydedilebilmesi için bu irtifakın tapuya kayıtlı olması gerekir⁵³.

Taşınmaz mülkiyeti hükümlerine tabi tutulması sonucundan da anlaşılacağı üzere ancak devir ve intikal kabiliyeti olan yani düzensiz⁵⁴ kişisel irtifaklar tapuda ayrı sayfaya kaydedilebilir⁵⁵.

İrtifaklar dışındaki sınırlı ayni hakların, özellikle taşınmaz yükünün bağımsız ve sürekli nitelikte olması halinde tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilip kaydedilemeyeceği tartışmalıdır⁵⁶. Bazı görüşler, TMK’da irtifak dışındaki sınırlı ayni hakların gereken şartları taşınması halinde tapu kütüğünün ayrı sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmesini engelleyen hükmün olmadığından hareketle bunun mümkün olduğunu savunur⁵⁷. Ancak katıldığımız hâkim görüşüne göre TMK’da taşınmaz yükünün taşınmaz olarak kaydedilmesinin yasaklanmamış olması durumu değiştirmez⁵⁸. Zira eşya hukukunun temel nitelikleri gereği⁵⁹ kanunda açıkça düzenlenmemiş hususların yorum veya kıyas yoluyla dahil edilmesi mümkün değildir. Ayrıca TST md.10’un lafzında “irtifak hakkı” ibaresi açıkça geçmektedir.

1.2.2. Bağımsız nitelikte olması

İrtifak hakkının bağımsız nitelikte olmasından eşyaya veya münhasıran kişiye bağlı olmaması anlaşılır. Başka bir deyişle bağımsız irtifakla kastedilen düzensiz kişisel

sayfasına kaydedilebilir. Hatta uygulamada ikinci dereceden üst hakkında sıkça rastlanmaktadır. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 317.

⁵³ Ayrıca tapuya kayıtlı, bağımsız ve sürekli nitelikteki irtifak hakkının taşınmaz hükümlerine tabi olabilmesi için de tapu siciline kaydedilmesi gerekir. Bkz. a.ş. Birinci Böl. 1.2.4. s. 15.

⁵⁴ İrtifak hakkının “düzensiz” nitelikte olmasından kişiye sıkı sıkıya bağlı kurulması zorunlu olmaması; bu anlamda kişiye bağlı olarak kurulup kurulmayacağı malikin tasarrufunda olması anlaşılır. Bkz. B. Köprülü, S. Kaneti, (1982-1983). *Sınırlı Ayni Haklar*. (2. Baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 180; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 786; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 316.

⁵⁵ Bu husus 2009’da yapılan değişikliklerle ZGB Art. 655/III’te açıkça ifade edilmiştir: “*Als selbständiges und dauerndes Recht kann eine Dienstbarkeit an einem Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie: 1. weder zugunsten eines berechtigten Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet ist; und 2. auf wenigstens 30 Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet ist.*”. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 160, dpnt. 467.

⁵⁶ T. Esener, K. Güven, (2018). *Eşya Hukuku*. (8. Basım). Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 154 vd.; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 317; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 161; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s.458.

⁵⁷ Doktrinde kimi modern görüşlerin taşınmaz yükünün bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olabileceğini savunduğu görülür. bkz. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 317; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 196; Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 29, dpnt. 27.

⁵⁸ Esener, Güven, (2018), **a.g.k.**, s. 154 vd; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 159.

⁵⁹ Ayni haklara hâkim olan ilkelere sınırlı sayıda olma ve tipe bağlılık ilkesi, eşya hukukunun muhafazakâr yönünü gösteren ilkelere aittir. Fikrimizce TMK md. 704 ve 998’de bağımsız ve sürekli irtifak hakları açıkça sayılmışken taşınmaz yüküne yer verilmemesi kanun koyucunun tercihidir.

irtifaklardır. Zira eşyaya bağlı (aynı) irtifaklarda⁶⁰ irtifak hakkı, lehine kurulduğu taşınmazdan ayrı olarak devredilemez ve kişinin mirasçılara geçmez. Bu anlamda devir kabiliyeti yoktur. Kişiyeye bağlı irtifaklardan münhasıran kişiyeye bağlı olan intifa ve oturma hakları bağımsız nitelikte değildir. Çünkü bu hakların da devir kabiliyeti yoktur⁶¹.

TMK'da düzenlenmiş kişisel irtifaklardan üst ve kaynak hakkı, aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilir niteliktedir. Bu nedenle üst ve kaynak hakları, kural olarak bağımsız nitelik taşırlar (TMK md. 826/II, 837/II).

TST md. 10'da “*tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tabi kılınmayan*” irtifak haklarının bağımsız ve sürekli hak olarak tescil edilebileceği düzenlenmiştir. Üst ve kaynak haklarının devrine ilişkin kimi kayıtların bağımsızlık niteliğini zedeleyip zedelemeyeceği tartışmalıdır. Burada özellikle üst hakkına ilişkin tartışmalara değinmek gerekir.

TMK md. 826/II üst hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına izin vermiştir⁶². Ancak TMK, özellikle kamu arazileri üzerinde üst hakkı tesisinde karşılaşılan, taraflarca devir kabiliyetine getirilen sınırlamaların hak sahibinin tasarruf yetkisine ve hakkın bağımsızlığı üzerindeki etkisine ilişkin düzenleme yapmamıştır⁶³. Türk hukukunda bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkına getirilen devir sınırlamalarının nispi etkili olduğu kabul edilir⁶⁴.

⁶⁰ TMK gereği şahısla sıkı sıkıya bağlı olan intifa ve oturma dışındaki irtifak hakları eşyaya veya kişiyeye bağlı olarak kurulabilir.

⁶¹ Simoniuss, Sutter, (1990), **a.g.k.**, § 3 Rz. 6, 91; dikkat edilmelidir ki kanun gereği münhasıran kişiyeye bağlı olarak kurulan intifa hakkını kullanma hakkının devri mümkündür. Ancak oturma hakkının kullanılmasının devredilmesinin mümkün olmadığı kabul edilir.

⁶² Ancak kanunun açıkça izin verdiği hallerde tasarruf yetkisi sınırlandırılabilir. TMK md. 826/II hükmü de bu izni vermiştir. Benzer izin TBK md. 183/I'de vardır.

⁶³ Devir kabiliyeti sınırlandırılmış üst hakkı bağımsız üst hakkı ile şahısla kaim üst hakları arasında bulunur; üst hakkının devir kabiliyetinin kısmen kaldırılması da mümkündür. Kimi yazarlar tam tasarruf yetkisi sınırlandırmalarının aynı etkili; kısmi tasarruf yetkisi sınırlandırmalarının ise şahsi etkili olduğunu iddia eder. , B. Demirsatan, (2017). *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 17 vd.

⁶⁴ Yarg. 14. HD., T. 17.04.2000, E. 2450, K. 2573: Yargıtay bu kararında üst hakkı sözleşmesindeki devir kabiliyeti kısıtlamasının beyanlar hanesine şerh edilmesini uygun bularak; şerh edilmediği takdirde üçüncü kişilere ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 877 vd.; H. Belen, (2005). “Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, s. 40; Bir görüşe göre ise devir kısıtlamasının ne anlama geldiği tespit edilirken, öncelikle devir kısıtlaması içeren üst hakkının hukukî sebebi genel hükümlere göre yorumlanmalıdır. Bkz. Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 17 vd.; üst hakkı devrinin şarta bağlanabileceği kabul edilir. (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 868.). Bu yorum sonucunda tarafların sadece devretmeme borcu oluşturdukları sonucuna varılırsa bunun aynı etkisinin olmadığı kabul edilir. Fakat yorum sonucunda üst hakkı sahibinin tasarruf yetkisine sınırlandırma getirildiği anlaşılırsa aynı etkisi gündeme gelir. Uygulamada, üst hakkı sözleşmesinde genelde tasarruf yetkisi sınırlamasına yer verilmediği; daha sonradan taraflar arasında yapmama borcu içeren sözleşme ile bu tehlikenin giderildiği görülmektedir. Bkz. Belen, (2005), s. 31 vd. İFM güncel içtihatları ile devir kısıtlamalarının aynı etkiden yoksun olduğu yönündedir; buna göre tasarruf kısıtlaması ancak yapmama borcu olarak tapu kütüğüne şerh verilirse eşyaya bağlı borç haline

Bazı yazarlar, bu tür tasarruf yetkisi sınırlamalarının üst hakkının bağımsız niteliğiyle bağdaşmadığını kabul eder⁶⁵. Diğer yazarlar ise belli kişiler arasında tedavülünün kararlaştırmasının bağımsızlık niteliğini etkilemeyeceğini iddia eder⁶⁶. Nihayet bir kısım yazarlar ise üst hakkının bağımsız niteliğini kaldırmayacak derecedeki tasarruf yetkisi sınırlandırmalarının mümkün olduğunu ve herkese karşı ileri sürülebileceğini kabul eder⁶⁷. Bizim de katıldığımız hâkim görüş, üst hakkı devrinin malikin iznine tabi tutulması gibi hususların bağımsızlık niteliğini ortadan kaldıracığı yönündedir⁶⁸. Nitekim TST'nin 10.maddesindeki “*tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tabi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları* ,, *tapu kütüğünün ayrı sayfasına taşınmaz olarak tescil edilir*” ifadesi, tarafların devir kısıtlaması anlaşmasının üst hakkının bağımsızlık niteliği kaldıracağını gösterir. Ayrıca Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı'nın 2010 tarihli 1705 no'lu genelgesi bu yöndedir⁶⁹.

getirilebilir. Başka bir deyişle devir kabiliyetini sınırlandıran bir anlaşma TMK md. 827 kapsamına dahil edilip aynı etkili sayılamaz.

⁶⁵ S. Bertan, (1976). *Aynı Haklar – Cilt: 2 (703 – 764 = Bu Maddelerle İlgili Hükümler – Şerh)*, n. 45; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 146; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 868; Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, dpnt. 55'teki yazarlar.

⁶⁶ J. Güral-Akipek, (1972). Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti. *Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan*, s. 38; V. Aral (1962). *İnşaat (Üst) Hakkı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 75; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 318; Sirmen ise üst hakkının devrinin malikin iznine tabi kılınmasının bağımsızlık niteliğini ortadan kaldıracığını; ancak örneğin üst hakkı sözleşmesinde sadece okul olarak kullanılacak bina yapılışının kararlaştırılması halinde üst hakkının bağımsızlık özelliğini koruduğunu savunur. Yazara göre kullanma amacının belirlenmesi devri yasağı anlamına gelmez. (Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 146.).

⁶⁷ Bu görüşe göre üst hakkı sahibinin hakkı üzerinde tasarruf ederken geniş potansiyel müşteri çevresini seçme imkânı var ise üst hakkının bağımsızlığı ortadan kalkmaz. Bkz. S. Ergüne, (2008). “Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar”. *İÜHFM*, C. 66, S. 1, s. 278, dpnt. 12; J. Akipek, (1974). *Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar)*. Sevinç Matbaası, s. 256.

⁶⁸ Bu yönde Yarg. 14. HD., T. 08.10.2008, E. 14-620, K. 615: Uyuşmazlıkta üst hakkı, tapu kütüğünde hak ve mükellefiyetler sütununa kaydedilmiştir. Üst hakkı resmî senedinin ekinde irtifak hakkının kiraya verilemeyeceği, irtifak hakkının devri halinde hazine ile yeniden sözleşme yapılması yükümlülüğü getirilmiştir. Yargıtay mevcut kısıtlamaların, üst hakkının ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmesini engelleyeceğini ifade etmiştir.

⁶⁹ “30 yıl ve daha fazla süreli olmasına rağmen üst hakkının tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal edemeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine ve bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde (kamu kuruluşlarınca getirilmek istenen kısıtlamalar dahil) üst hakkı artık bağımsız bir nitelik kazanamayacağından bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz tapu kütüğü sahifesinin “irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri” sütununda irtifak hakkı şeklinde tescil edilmek suretiyle karşılanması gerekmektedir.” (Genelge, s. 1; <https://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/201012-sayili-ust-hakki-konulu-genelge> adresinden 05.03.2019 tarihinde erişilmiştir.); Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: Yarg. 14. HD., T. 17.04.2000, E. 2450, K. 2573: Uyuşmazlık beyanlar hanesine konulan tasarruf yetkisinin sınırlanması şerhinin terkinine ilişkindir. Uyuşmazlıkta T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın öngördüğü koşulların davacı tarafından kabul edilmesi üzerine, kamu taşınmazında bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis edilmiştir. Davacı şirket tarafından turistik tesis yapılışı ve krediler nedeniyle üzerine ipotekler konulmuştur. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün incelemesi sonucu sözleşmede “bakanlığın izni olmadıkça kullanma hakkının tamamı ya da bir kısmı devredilemeyecektir” kaydı nedeniyle üst hakkı tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilemeyeceğinden işlemin usulsüz olduğu saptanmıştır. Bu hakkın “irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri” sütununa işlenmesi ve bakanlığın izni olmaksızın devredilemeyeceğinin şerh edilmesi kararı verilmiştir. İlk derece

Bu nedenle bu tür bir tasarruf sınırlaması öngörüldüğünde üst hakkına tapu kütüğünde ayrı sayfa açılması hukuka uygun olmaz⁷⁰. İsviçre hukukunda ise üst hakkının devri için kesin sınırlamalar öngören ve hak sahibi olabilecek kişi çevresini çok daraltmayan sınırlamaların üst hakkının bağımsızlık niteliğini zedelemeyeceği kabul edilir⁷¹.

Diğer kişisel irtifaklarda⁷² (TMK md. 838/II) ise TMK bunların kural olarak devir kabiliyetlerinin olmadığını kabul etmiştir. Ancak tarafların diğer irtifakların devredebileceğini kararlaştırmaları mümkündür⁷³. Diğer irtifaklar kural olarak bağımsız nitelikte değildir. Ancak taraflar bunların devredilebileceğini ve miras olarak geçebileceğini kabul ederlerse bağımsız nitelik taşırlar⁷⁴.

1.2.3. Sürekli nitelikte olması

TST'ye göre irtifak hakkının tapu kütüğünün ayrı sayfasına kaydedilebilmesi için sürekli nitelikte olması gerekir. Sürekli olmasından kasıt, irtifak hakkının kısa süreli veya geçici olmamasıdır⁷⁵.

mahkemesi resmî senette bağımsız ve sürekli hak olarak öngörüldüğünü, bunun MK.md.751/IX uyarınca herkes için bağlayıcı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay ise şahsi irtifak olan üst hakkının bağımsız olduğundan söz edebilmek için başkasına devrinin taraflarca kısıtlanmamış olması gerektiğini belirtip davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

⁷⁰ Bu tescil terkin edilmelidir; aksi halde iyi niyetli üçüncü kişilerin TMK md. 1023'e göre aynı hak iktisabı mümkündür.

⁷¹ İFM başka bir kararında da hukukî sebepteki tasarruf yetkisi kısıtlamasının nispi etkili olacağına karar vermiştir. (BGE 135 III 103, BGE 133 III 311) Üst hakkını devir kısıtlamalarının tapu sicilinden ne ölçüde anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bkz. Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 17.

⁷² Bilindiği üzere eşya hukukunda -ayni haklarda- sözleşme özgürlüğü sınırlı olarak uygulama alanı bulur. Kanunda öngörülmeleyen aynı hak kurulamaması, sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi ile ifade edilir. TMK md. 787 gereği İrtifak sözleşmeleri, eşya hukukunda sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimlerindedir. Anılan maddeye irtifakın kapsamını belirlemede tescil esas alınır. Bu anlamda kanunda öngörülmeleyen irtifak çeşidi yaratılamaz; ancak taraflar, irtifakların içeriğini belirlemede belli sınıra kadar özgürdür. Mülkiyet, rehin ve taşınmaz yükünde (TMK md. 893/III) ise içeriği belirleme serbestisi çok daha sıktır. (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 28 vd.).

⁷³ Wolfer, (2010), **a.g.k.**, s. 43; başka bir ifadeyle diğer kişisel irtifaklar ister el değiştirilebilir şekilde ister el değiştirilemez şekilde kişiye bağlı olarak kurulabilir. Bu nedenle bu irtifaklara “*düzensiz*” kişisel irtifaklar denir.

⁷⁴ Önceleri, TMK md. 838'de düzenlenmiş diğer kişisel irtifakların bağımsız ve sürekli hak niteliği taşıyıp taşıyamayacakları konusu tartışılmıştır. Ancak hemen hemen oybirliği ile TMK'da üst ve kaynak hakkının ayrıca devredilebilir olarak düzenlenmesinin örnek teşkil ettiği, diğer kişisel irtifaklarında bağımsız ve sürekli nitelik taşıyabilecekleri kabul edilir. Bkz. Wolfer, (2010), **a.g.k.**, s. 42; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 147; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 162; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 459.

⁷⁵ Bkz. Akıntürk, (2009), **a.g.k.**,459; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 318; fikrimize göre süreklilik unsurunun aranmasının amacı ticaret hayatında aksaklıkları önlemektir. Zira artık irtifak hakkı, adeta taşınmazmış gibi ticarî işlemlere konu olacaktır.

TMK md. 998/III ve TST md. 10'a göre irtifak hakkının sürekli nitelikte olabilmesi için süresiz veya en az otuz yıl için kurulması gerekir⁷⁶. Belirsiz süre için kurulmuş irtifak hakları da sürekli niteliğe sahiptirler⁷⁷.

1.2.4. Tapu kütüğüne kaydedilmesi

Bağımsız ve sürekli nitelikteki irtifak hakkının, tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebilmesi için hak sahibinin yazılı talebi gerekir⁷⁸ (TST md. 10 ve 16, TMK md. 1013/I ve 826/II). Hak sahibinin yazılı talepte bulunabilmesi için yüklü taşınmazın malikinin veya taşınmaz üzerinde diğer aynı ve şahsi hak sahiplerinin rızası gerekmez⁷⁹. Zira bu kişiler, ilgili hakkın tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesi ile herhangi hak kaybına uğramazlar⁸⁰.

Bağımsız ve sürekli hak, tapu kütüğünün son sayfasına (ilk boş sayfasına) kaydedilir (TST md. 10)⁸¹. İlgili irtifak hakkının taşınmaz olarak kaydedildiği yeni kütük sayfası ile üzerine kurulduğu taşınmazın sayfası arasında bağlantı sağlanır (TST md. 30/5).

⁷⁶ Benzer şekilde üst hakkı için (TMK md. 826/III) ve kaynak hakkı için de (TMK md. 837/III) için de süreklilik için en az otuz yıl için kurulması aranmıştır.

⁷⁷ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**,459, dpnt. 8; S. Reisoğlu, (1980). *Türk Eşya Hukuku Cilt 1, Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu-Tapulama Kanunu*. (6.Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 118.

⁷⁸ 1994 tarihli TST'de ise irtifak hakkı sahibinin yazılı talebinin gerektiğine ilişkin açık bir hüküm yoktu. Ancak doktrinde hak sahibinin yazılı talebinin olması gerektiği ifade ediliyordu. Bkz. Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 30.

⁷⁹ Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 319; tescilin çizilerek hükümsüz hale getirilmesi anlamına gelen terkin, ya aynı hakkı sona erdirmek için ya da gerçeğe uymayan tescili sona erdirmek için yapılır. Bir aynı hakkı sona erdirici terkin için kaydın kendilerine hak sağladığı kişilerin yazılı beyanı (rızası) gerekir (TMK md. 1014). Eşyaya bağlı irtifakın terkinini yararlanan taşınmazın maliki isteyebilir. Ancak yararlanan taşınmaz rehnedilmiş ise rehin hakkı sahibinin de terkinine rızası gerekir. Sicili düzeltici terkinlerde, sicil gerçeğe uymamaktadır. Ya tescil şekli değer taşır ya da tescilin hiçbir değeri kalmamıştır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 209 vd.

⁸⁰ Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 320; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 163., Kimi farklı konularda menfaat zedelenmesi söz konusu olabilir. Örneğin, üst hakkı üzerinde üst hakkı kurulduğunda, sonraki üst hakkı sahibinin menfaati devir yasağı sebebiyle zedelenebilir. Nitekim üst hakkını devrederek ekonomik kazanç elde etme olasılığı mümkün olmaz. Bu nedenle devir kabiliyetinin sınırlandırılması istenirse aynı hak sahiplerinin rızası alınmalıdır.

⁸¹ Bu sayfanın yüklü taşınmazın bulunduğu Tapu Müdürlüğü nezdinde tutulan Tapu Kütüğü'nde açılması gerektiğine ilişkin bkz. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 320.

1.3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler

Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin taşınmaz mülkiyetinin konusu kapsamında olduğu ve ayrıca bağımsız bölümlerin taşınmaz olarak kaydının Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine tabi olduğu öngörülmüştür⁸² (TMK md. 704, 998/III).

Kat mülkiyeti, “tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanların üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından KMK’ya göre kurulan bağımsız bir mülkiyet hakkıdır” (KMK md. 1).

Aslında yapılar, üzerinde bulunduğu arazinin bütünleyici parçası olduğundan yapıların üzerinde bağımsız bir ayni hak kurulması mümkün değildir. Nitekim 634 sayılı KMK kabul edilinceye kadar bağımsız bölüm üzerinde bağımsız ayni hak kurulması mümkün değildi⁸³. Bu anlamda arsa payı ve anataşınmazdaki ortak yerlerle bağlantılı özel mülkiyet niteliğinde olan kat mülkiyeti⁸⁴; ayni haklara hâkim olan ilkelerden belirlilik ilkesine ve bunun doğal sonucu olan üst arza tabidir kuralına önemli bir istisna getirmiştir⁸⁵. Zira üzerinde kat mülkiyeti kurulan bağımsız bölümler, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı sayfasına kaydedilmekle bağımsız taşınmaz niteliğini kazanırlar (KMK md. 13/IV, TST md. 11).

Bağımsız bölümler gibi kat irtifakına da ayrı sayfa açılması mümkündür (KMK md. 11). Ancak ayrı sayfa açılması kat irtifakının da taşınmaz sayıldığı anlamına gelmez; zira TMK md. 998 ve 704’te yalnızca bağımsız bölümler zikredilmiştir⁸⁶.

KMK hükümlerine tabi olan bağımsız bölüme, kat mülkiyeti veya kat irtifakı konusu olan her bağımsız bölüm için Tapu Kütüğü’nde değil; Kat Mülkiyeti Kütüğü’nde

⁸² TMK md. 998/III’te bahsedilen özel kanun, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’dur.

⁸³ Mülga 743 sayılı Medeni Kanun’da da kat mülkiyeti düzenlenmemiştir. Bu anlamda 4721 sayılı TMK kabul edilinceye kadar KMK ile uyumsuzluk mevcuttu. TMK md. 998’de öngörülmesiyle TMK ile KMK arasında uyum sağlanmıştır. Bkz. Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 31.

⁸⁴ Bkz. KMK md. 3/I. Bu mülkiyet kendine özgü nitelikler barındırması nedeniyle “özel” bir mülkiyettir. Bağımsız bölümün maliki aynı zamanda, yapının üzerinde kurulduğu arsanın da paylı malikidir. Arsa üzerindeki paylı mülkiyeti bağımsız bölüme bağlıdır. Arsa payı, kat mülkiyetinden ayrı devredilemez, miras geçmez ve başka hakla sınırlanamaz. Kat mülkiyetinin başkasına devri, ona bağlı arsa payını da kapsar (KMK md. 5). Ayrıca bağımsız bölümlerin sosyal önemi için bkz. Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 145.

⁸⁵ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 144; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 321; Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 31; Esener, Güven, (2018), **a.g.k.**, s. 156, 157; bağımsız bölümler üzerinde üst hakkı kurulamaz (TMK md. 726/III). Üst hakkı ancak toprağa bağlı yapının tamamı üzerinde kurulabilir. İsviçre hukukunda ise kat mülkiyeti paylı mülkiyet olarak düzenlendiğinden muhtelif bölümlerinde üst hakkı kurulması mümkündür.

⁸⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 163; Ş. Akipek, (2008). “Kat İrtifakının Hukukî Niteliği ve Kat İrtifakına İlişkin Güncel Sorunlar”, Yaklaşım Dergisi, Y.16, S. 189, ss. 238, 239.

ayrı bir sayfa açılır (TMK md. 1001, KMK md. 8, 11 vd.)⁸⁷. Ana taşınmazın tapu kütüğü sayfasının mülkiyet hanesine “*bu gayrimenkulün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiştir*” yazılarak sayfa işlemlere kapatılır (KMK md. 13/II). Bağımsız bölümün Kat Mülkiyeti Kütüğü’nün ayrı bir sayfasında o bölüme bağlı arsa payı ve anataşınmazın kayıtlı bulunduğu genel kütükteki pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilir. Anataşınmazın tapu kütüğü sayfasına bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki defter ve sayfa numaraları işlenmek suretiyle, kütükler arasında bağlantı sağlanır (KMK md. 13/II). Kat irtifakı kurulduğunda ise her kat irtifakının ilgili bulunduğu bağımsız bölüme tahsisi istenen arsa payı, anataşınmazın kayıtlı olduğu kütüğün beyanlar hanesinde belirtilmek suretiyle kurulur ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerinin numarası ve bu bölümlere bağlı eklentiler kütüğün beyanlar hanesinde belirtilir (KMK md. 14/II).

TMK’nın tescille ilgili genel hükümleri KMK’da aksine hüküm bulunmadıkça Kat Mülkiyeti Kütüğü’ne yapılacak tesciller için de uygulanır (TMK md. 1001/II, KMK md. 11/D).

Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin hukukumuzda taşınmaz sayılmasının bu çalışma için hukukî sonucu, bağımsız bölümlerin de tescile zorlama davasına konu olmasıdır. Uygulamada ve Yargıtay kararlarında da bağımsız bölümlerin tescile zorlama davasına konu olmasına sıkça rastlanır⁸⁸.

⁸⁷ Görüldüğü üzere her taşınmaza ayrı sayfa açılması anlamına gelen aynı sistem, KMK’da da benimsenmiştir. Farklı bir düzenleme olarak aynı katta birbirine bitişik bulunan aynı nevideki birden fazla bağımsız bölüm veya bir yapının otel, iş veya ticaret yeri gibi iktisadi açıdan veya kullanma bakımından bütünlük arz eden birden çok katı veya bölümü, kat mülkiyeti kütüğüne bağımsız bölüm olarak tescil edilebilir. Böyle bir tescilin yapılabilmesi için, buna uygun değişiklik projesinin ve yapı kullanma izni belgesinin Tapu Müdürlüğüne verilmiş olması gereklidir (KMK md. 10/III). Bu ihtimalde ortada tek taşınmaz mevcuttur. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 625, dpnt. 71. TMK md. 1001/II’ye göre özel kanun hükümleri saklı kalmak üzere kütükte yapılacak işlemler hakkında tapu kütüğüne ilişkin hükümler uygulanır. Ayrıca belirtmelidir ki henüz kadastro yapılmamış yerlerde bulunan binalardaki bağımsız bölümler, kat mülkiyeti Kat Mülkiyeti Zabıt Defterine kaydedilerek bağımsız taşınmaz niteliğini kazanırlar (KMK md. 11/II).

⁸⁸ J. Rüegg, (2014). *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*. Genf. Schulthess Polygraphischer Verlag AG, s. 371; Yarg. HGK. 08.12.2004, T. 14-610, K. 656; Yarg. 14. HD. 21.10.2008, T. 7788, K.12103 ve Yarg. 14. HD. 02.07.2012, 7922/9089 (<http://app.e-uyar.com/karar/list/0d5eaf59-6eca-4c84-a6b1-2cf36ab9dcc3?p=6> E.T.: 02.03.2019).

2. Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması

2.1. Genel olarak kazanma biçimleri

2.1.1. Aslen kazanma – devren kazanma

Taşınmaz mülkiyetinin aslen kazanılmasında mülkiyet, başkasının mülkiyet hakkından bağımsız olarak kazanılır. Mülkiyetin bir kişiden başkasına geçmesi söz konusu değildir⁸⁹. Taşınmaz ya kimsenin mülkiyetinde değildir ya da aslen kazanma ile önceki malikin mülkiyeti sona erip yeni malikin mülkiyet hakkı öncekinden bağımsız doğar⁹⁰. Örneğin işgal ile kazanmada taşınmaz kimsenin mülkiyetinde değildir. Zamanaşımı, cebri icra, kamulaştırma ile kazanmada ise yeni malikin mülkiyet hakkı önceki malikten bağımsız olarak doğar.

Taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması, mülkiyetin bir kişiden diğerine geçmesidir⁹¹. Bu ihtimalde önceden mülkiyet hakkı mevcuttur ve yeni malikin mülkiyet hakkı, eski malikin mülkiyet hakkına dayanır⁹². Kazananın mülkiyet hakkının doğabilmesi için selefın malik olması gerekir⁹³. Devren kazanma, cüzi halefiyet veya külli halefiyet yoluyla gerçekleşir. Taşınmaz mülkiyetinin hukukî işlemle kazanılması, cüzi halefiyete; miras yoluyla kazanılması külli halefiyete tipik örnektir⁹⁴.

Tescile zorlama davası ancak taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması ihtimallerinde gündeme gelir⁹⁵. Nitekim tescile zorlama davasının temelinde, devreden taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî işlemi ifa etmemesi başka bir deyişle bir cüzi halefiyet durumu yatar.

Bu çalışmanın konusu olan taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılmasının kendine özgü nitelikleri, onun tipik bir aslen veya devren kazanma hali olmasını engeller. Zira taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılmasının kimi zaman temelinde taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran bir hukukî işlemin

⁸⁹ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 461; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 203.

⁹⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 321; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 461.

⁹¹ Mülkiyet bir kişiden diğerine devredildiği için devren kazanma olarak adlandırılır. (Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 204.).

⁹² Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 202; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 321.

⁹³ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 202.

⁹⁴ R. Pfäffli (1999), Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal Dike Verlag AG, s. 108; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 311; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 203. Külli halefiyete eşler arasındaki mal rejimi sözleşmeleri de örnek gösterilebilir; detaylı bilgi için bkz. R. Pfäffli (2009), Erbrechtliche Auswirkungen auf das Immobiliarsachenrecht, in: successio, ss. 32-50. Zeitschrift für Erbrecht Herausgeber Margareta Baddeley, Peter Breitschmid, Paul Eitel, Harold Grüninger, Hans Rainer Künzle, Alexandra Jungo, Paul-Henri Steinauer, Benno Studer, Thomas Sutter-Somm, s. 42 vd.

⁹⁵ Aslen ve diğer devren kazanmalarda, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 312.

bulunması, mülkiyetin mahkeme kararıyla kazanılmasını devren kazanmaya yaklaştırır. Buna karşılık mülkiyetin hukukî işlemle değil; mahkemenin yenilik doğurucu bir kararıyla kazanılması, mahkeme kararıyla kazanmayı tipik bir devren kazanmadan uzaklaştırır.

2.1.2. Tescille kazanma – tescilden önce kazanma

Taşınmaz mülkiyeti, her hâlükârda ya tescille ya da tescilden önce kazanılır; kazanımın devren veya aslen olması fark etmez⁹⁶. TMK kural olarak taşınmaz mülkiyetinin ve taşınmaz üzerindeki aynı hakların tescille kazanılacağını kabul etmiştir (TMK md. 705, 1022)⁹⁷. Bu durum aynı hakların aleniyeti ilkesinden kaynaklanır ve buna tescilin zorunluluğu ilkesi denir⁹⁸. Taşınmaz mülkiyetinin hukukî işlemle (devren ve cüzi halef olarak) kazanılması için mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescili gerekir (TMK md. 705/I, ZGB Art. 656).

Aslen ve -hukukî işlemle kazanma hariç- diğer devren kazanma hallerinde ise mülkiyet tescilden önce kazanılır (TMK md. 705/II)⁹⁹. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması halleri, TMK md. 705/II’de tahdidi değil tadadî olarak gösterilmiştir¹⁰⁰. TMK’da ve diğer kanunlarda taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı haller mevcuttur. Bu hallere; mal rejimi sözleşmesine dayanan mülkiyet değişikliği (TMK md. 716/III), sona eren veya kanuna-ahlaka aykırı olduğu için hâkim tarafından sona erdirilen

⁹⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 333, 338 vd.; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 203; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 462.

⁹⁷ Tapu kütüğünde açılan ayrı sayfaya taşınmaz üzerindeki aynı hakların kaydedilmesi anlamına gelen tescil teknik bir ifade olup mülkiyet hakkı, irtifak hakları ve taşınmaz yükü için gündeme gelir (TMK md. 780, 795, 1008). Tescil ilkesi sınırlı aynı hakların kazanılmasında da geçerlidir; ayrıca yalnızca dar anlamda tescili değil, tadil ve terkin kayıtlarını da kapsar (TMK md. 717, 783, 784, 796). Bkz. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 287; Roma hukukunda ise tapu sicili sistemi bulunmamaktadır. Türk-İsviçre taşınmaz eşya hukukunda daha ziyade Cermen hukuku etkili olmuştur. Detaylar için bkz. B. Erdoğan, (2012). *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul: DER Yayınları, s. 118 vd.

⁹⁸ H. Rey, (2007). *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Dritte ergänzte und überarbeitete Auflage, Grundriss de schweizerischen Sachenrechts, Band I*, Verlag Stämpfli, Bern, s. 339, 340; P. Simonius, T. Sutter, (1995). *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band I: Grundlagen, Grundbuch Und Grundeigentum*, Verlag Helbing & Lichtenhahn Verlag Ag, Basel Und Frankfurt Am Main, § 3 Rz. 17; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 198; “mutlak tescil ilkesi” deyimini de kullanılır. Bkz. Homberger, A. (1938). *Berner Kommentar, Kommentar zum, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.Band, Das Sachenrecht, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch*, Art. 919-977, Zürich, s. 311; Rey (2007). **a.g.k.**, s. 339; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 203. Ancak kütük dışı iktisap halleri de bulunduğundan bu ilkenin mutlak olmadığı; hem nispi hem mutlak karakter taşıdığı görüşü de mevcuttur. Bkz. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 287.

⁹⁹ Ancak bu hallerde malikin tasarruf işlemi yapabilmesi için mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekir (TKM md. 705/II). Buna “nispi tescil ilkesi” denilmesine ilişkin Bkz. Homberger, (1938), **a.g.k.**, s. 311; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 204; J. Rüegg (2014). *Rechtsgeschaeftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*. Genf. Schulthess Polygraphischer Verlag AG, s. 160; F. Hitz (2016). Art. 656, 665 ZGB, B. Breitschmid, A. Rumo-Jungo, (Hrsg.): *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, 3. Aufl., Zürich, s. 127.

¹⁰⁰ İleride bu haller ayrıca incelenecektir. Bkz. aşa. Birinci Böl. 2.3. s. 33 vd.

tüzel kişilerin mallarının kamu kurumlarına geçmesi (TMK md. 54), vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla vakfedilen taşınmazların mülkiyetinin vakfa geçmesi (TMK md. 105/I), ticaret şirketlerinin birleşmesi (TTK md. 153)-bölünmesi (TTK md. 179), yeni oluşan arazinin mülkiyetinin devlet tarafından kazanılması (TMK md. 708) ve ticarî işletmenin devri (TTK md. 11/III) örnek gösterilebilir¹⁰¹.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerde tapuda sözleşme yapılması gerekmediğinden istem sahibi istem belgesinde tescil talebine yer verir (TMK md. 1013/III, TST md. 22/I).

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerden biri de mahkeme kararıyla kazanmadır (TMK md. 716). Benzer şekilde mahkeme önünde yapılan sulh, kabul ve onaylanan hakem kararında da tescilden önce kazanma esası geçerlidir¹⁰².

2.2. Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması

2.2.1. Genel olarak

TMK taşınmaz mülkiyetinin ilke olarak tescille kazanılacağını kabul etmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin hukukî işlemle kazanılması için mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescili gerekir ve tescil kurucu niteliktedir¹⁰³ (TMK md. 705/I). Tescilin yapılabilmesi için taşınmaz malikinin¹⁰⁴ tescil talebinde bulunması, tescilin hukukî sebebinin ve tasarruf yetkisine sahip olduğunu kanıtlaması gerekir¹⁰⁵ (TMK md. 1013, 1015; TST md. 16-17; ZGB Art. 963).

¹⁰¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 322; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 357.

¹⁰² H. Deschenaux (1988) (herausgegeben von A. Meier-Hayoz) Schweizerisches Privatrecht – Sachenrecht (Fünfter Band-dritter Halbband-Das Grundbuch erste Abteilung) Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart, s. 356; H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser (2015) Basler Kommentar (Bas. Kom.) Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, s. 1128, Abs. 11; A. Koller (2017). *Der Grundstückkauf*. 3. Auflage, Staempfli Verlag, s. 137; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 718; M. Ayan, (2016). *Eşya Hukuku -II- Mülkiyet (9.Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 223-225; Anlaşmalı boşanma protokolündeki ihtimaller için bkz. Ö. Seçer, (2016). Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 12(2).

¹⁰³ Teknik anlamda taşınmaz yükü, rehin hakları, irtifak hakları, mülkiyet hakkı, kat mülkiyeti ve kat irtifakı, tescile konu olur.

¹⁰⁴ Bağımsız ve sürekli haklar ilgili koşulları sağladığında TMK anlamında taşınmaz sayıldığından tescili ancak bu hakların sahibi yapabilir. Paylı mülkiyete tabi taşınmazın tamamının devri söz konusu ise bütün paydaşların birlikte talepte bulunması gerekir. Ancak her bir paydaş kendi payı üzerinde, diğer paydaşların rızası aranmaksızın tek başına aynı hak kurulmasını talep edebilir. Elbirliği mülkiyetine tabi bir taşınmaz söz konusu ise ancak bütün elbirliği maliklerinin talepte bulunması gerekir. Detaylar için bkz. Köprülü, Kaneti, (1982-1983), **a.g.k.**, s. 60 vd. Ayrıca TMK md. 705/II gereği, taşınmaz malikinin aynı zamanda tapu kütüğünde de malik olarak görünmesi gerekir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 199.

¹⁰⁵ Homberger, (1938), **a.g.k.**, s. 312 vd.; Tapu sicil görevlisinin, tescil talebinde bulunanın -maddi olarak değil de- şekli olarak tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını kontrol edeceği yönünde bkz. N. Kocayusufpaşaoğlu, (1959). *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 72, dıpt. 113.

Eşya hukukuna hâkim ilkelerden aleniyet ilkesinin taşınmazlarda sağlanmasında taşınırlar için geçerli olan zilyetlik ilkesinin yeterli olmayacağı gerekçesiyle TMK'da tapu siciline tescil öngörülmüştür¹⁰⁶. TMK ve KK'ya göre taşınmazlar üzerindeki aynı hakların tespiti için bilimsel yöntemlerle taşınmazın hukukî ve coğrafik durumunun belirtilip kadastrounun yapılması gerekir¹⁰⁷.

Tapusuz taşınmazların ve Kadastro Kanunu'nun uygulama alanı dışında kalan taşınmazların mülkiyetinin kazanılması ise kadastro sırasında KK md. 14 hükmüne tabidir (KK md. 33/III). Tapusuz taşınmazların tapuya geçirilmesi, KK md. 14 ve TMK md. 713 çerçevesinde gerçekleşir¹⁰⁸. TMK md. 705/II gereği tapusuz taşınmazların¹⁰⁹ üzerinde tasarruf yapılabilmesi için de tescil edilmesi gerekir. Bu nedenle tescil ettirilmedikçe tapusuz taşınmazların mülkiyeti başkasına devredilemez. Tapulandıktan sonra ise tapulu taşınmazların devrine ilişkin hükümlere tabi olurlar. Elbette, tapusuz taşınmazın tapuya kaydedilmeden önce borçlandırıcı işlemle devrinin borçlanılması mümkündür. Yine satış sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerekir (TMK md. 706/I, TBK md. 237, TK md. 26)¹¹⁰.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında tescil, tasarruf işlemi olan tescil talebinin tamamlayıcı olgusudur¹¹¹. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerde dahi malikin tasarruf işlemlerini yapabilmesi için mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekir (TMK md. 705/II). Tescil talebi bozucu ve geciktirici şarta bağlanamaz (TBK md. 243; TST md. 16/II). TST md. 16'nın lafzı şüpheye düşürücü olsa da geciktirici veya bozucu her şart tescilin bozulmasına neden olacağından tescil talebi hiçbir kayıt ve

¹⁰⁶ G. Antalya, (2014). Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Yıl: 23. Sayı: 3. s. 421 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 131.

¹⁰⁷ Bkz. TMK md. 1003, KK md.1: kanunun amacı.

¹⁰⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 400.

¹⁰⁹ Üzerinde mülkiyet hakkı bulunan tapusuz taşınmazlar kastedilir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 400.

¹¹⁰ Harici satış yapılmış ise tıpkı tapulu taşınmazlarda şekle aykırılığın sonuçları doğar. Ancak tapusuz taşınmazda zilyet kılınan alıcı için olağanüstü zamanaşımı işlemeye başlar (TMK md. 713). Tapusuz taşınmazda mülkiyet hakkı bulunmayan şahsın, zilyetliğini ve bundan doğan kullanma hakkını başkasına devretmesi şekle tabi değildir; zira şekil açıkça kanunda öngörülmemiştir. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 399-404.

¹¹¹ E. Cansel, (1964). *Tapu Siciline İtimat Prensibi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 44; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 462; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 206; tescil ile beraber tasarruf işlemini oluşturan tescil talebi, aynı zamanda şekli ve usulî bir taleptir. Tasarruf işlemi için tescil talebinden sonra tapu sicil görevlisinin resmî fiili gerekir. Ancak tescilin etkisi yevmiye defterine kayıt tarihinden itibaren başlar (TMK md. 1022/II; ZGB Art. 972). (Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 206).

şarta bağlanamaz¹¹². Bunun yerine geri alım hakkının şerhi ve dönme koşullu bağışlama enstrümanlarına başvurulabilir¹¹³.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sebebe bağlı olduğundan tescilin hukukî sebebinin var ve geçerli olması gerekir. Hukukî sebep yoksa veya geçerli değilse, ortada yolsuz tescil bulunur (TMK md. 1024). Sebebe bağlılık ilkesi gereği yolsuz tescil mülkiyet sahipliğinde değişiklik yapmaz. Bu ihtimalde aynı hak sahibi tescile zorlama davasını değil; tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açar.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerde kural olarak tescilden önce mülkiyeti kazanmış kişi tescil talebinde bulunabilir¹¹⁴. Kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya eş değer belgeye¹¹⁵ dayanarak mülkiyetin kazanılması söz konusu ise eski malikin talebine gerek yoktur (TMK md. 1013/II). Talepte bulunacak kişi yeni maliktir (TMK md. 1013/son).

Tescille kazanma, tescile zorlama davası açısından da önemlidir. Zira tescile zorlama uyuşmazlığının çıkmasının sebebi, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanımını sağlayacak hukukî ilişkinin¹¹⁶ ifa edilmemesidir. Başka bir deyişle, mülkiyet tescille kazanılacağı halde borçlunun temerrüdü nedeniyle tescile zorlama davası açılmıştır.

Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanıldığı hallerde¹¹⁷ tescil talebinin hukukî niteliğinin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Üç temel görüş bulunur¹¹⁸: ilk görüşe göre tescil talebi aynı sözleşme niteliğindedir¹¹⁹. Bu görüşe göre tescil isteminde, malikin tek

¹¹² Tescil talebi, geciktirici şarta da bağlanamaz. Bkz. Akipek, Akıntürk, Ateş (2018). *Eşya Hukuku*. (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 296; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 185; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 203. Mülga 10040 sayılı Tapu Sicili Nizamnamesi'nde de tescil talebinin hiçbir kayıt ve şarta tabi tutulamayacağı düzenlenmişti (md. 13). R. Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 407.

¹¹³ Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 280; H. Becker, (1934). *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm*. (Çeviren: Dr. A. Suat Dura) Ankara: Yargıtay Yayınları No: 24, s. 156, geri alım sözleşmesine resmîyeti hangi makamın vereceği tartışması için bkz. Karahasan, M. R. (2007). *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayıncılık, s. 1284 vd.

¹¹⁴ İstisnai olarak 03.05.2012'de 6302 sayılı kanunla Tapu Kanunu'na eklenen ek birinci madde ile; ölüm tarihinden itibaren iki yıl içinde tapu sicilinde miras intikalinin gerçekleşmemesi halinde mirasçılardan talebi olmaksızın tapu müdürlüğünün, mahkemeye başvurarak mirasçılık belgesine göre tescil edebileceği öngörülmüştür. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 201.

¹¹⁵ Burada kastedilen mahkeme kararına eş değer olan hakem kararı değildir. Zira HMK md. 408 ve diğer ilgili mevzuat gereği taşınmazlar üzerindeki aynı haklar hakem yargılamasının konusu olamaz. Yarg. 1. HD. 18.06.2007, 5642/7012. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 199.

¹¹⁶ Burada sözleşme ifadesi kasten kullanılmamıştır. Zira ileride değinileceği üzere tescile zorlama davasında dayanak olan sebep; tek veya iki taraflı hukukî işlem, idari işlem veya kanun olabilir.

¹¹⁷ Tescilin açıklayıcı olduğu durumlarda tipik bir idari işlem olduğu kabul edilir. Nitekim TMK md. 1013/II ve III'e göre kesinleşmiş mahkeme kararına, kanun hükmüne vb. dayanıyorsa aynı hak değişikliğine ilişkin irade beyanına gerek yoktur. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 201; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 184.

¹¹⁸ Kocayusufoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 13 vd.; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 183 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 203, 204; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 293 vd.

¹¹⁹ TMK md. 1013'e göre malikin talebinin tek taraflı olması nedeniyle bu görüş eleştirilir; ayrıca bu görüşün eleştirisi için bkz. Kocayusufoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 23-25.

tarafli beyanıyla birlikte hakkı kazanacak kişinin rızası karine olarak var sayılır. İkinci görüşe göre¹²⁰ tescil talebi tasarruf işlemi değildir. Tescilin hukukî sebebi olan borçlandırıcı işleminin içinde yer alan salt usulî bir iřlemdir¹²¹. Uygulamadaki durum nedeniyle taşınmaz satış sözleşmesinin içinde tescil talebinin de bulunması, tescil talebini tamamlayıcı öğe olarak resmî fiilden ibaret kalmasına yol açar¹²². Aynı hakkın tescilden önce kazanıldığı hallerde dahi tescil isteminin gerekmesi, usulî işlem olduğuna işarettir (TMK md. 1013/III). Hâkim görüş konumundaki üçüncü görüşe göre ise tescil talebi, iki yönlü irade beyanıdır¹²³. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre tescil talebi, bir yönüyle usulî işlem bir yönüyle tek tarafli tasarruf iřlemidir¹²⁴. Taşınmaz malikinin yazılı olarak tek tarafli yaptığı tescil talebi (TMK md. 1013/I) malikin hem mülkiyet devri iradesini hem de resmî görevliye tescili yapması isteğini barındırır. Tescil talebinin; mülkiyeti devir iradesini yansıtmaması tasarruf işlemi niteliğini, görevliden tescilin yapılması isteğini yansıtmaması usulî işlem niteliğini gösterir.

Bu görüşlerin teorik değeri olduğu gibi uygulama açısından da değeri vardır. Nitekim tescil talebinin salt usulî işlem sayılması ihtimalinde -gereken şartları sağlaması koşuluyla- talep olmasa veya talepte sakatlık olsa dahi mülkiyet kazanılabilecektir¹²⁵. Tescil talebi tasarruf işlemi sayıldığında ise talebin geçerli olarak var olmaması halinde mülkiyet de geçmeyecektir. Tescil talebi olmadan tescil yapılamadığından ve tescil kurucu nitelikte olduğundan üçüncü görüş benimsenmelidir. Ancak uygulamada tapu

¹²⁰ Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 83, pr. 338; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 293; Kocayusufpaőoęlu, (1959), **a.g.k.**, s. 17 vd.; taşınmazların edinilme sistemi Türk hukukundan epey farklı olan Alman hukukunda tescili hem alıcı hem satıcı talep edebilir ve tescil salt usulî bir işlemdir.

¹²¹ Bu fikirde: Kocayusufpaőoęlu, (1959), **a.g.k.**, s. 26; nihayetinde, mülkiyet tescille kazanılır. Tescili sağlayan olgu tescil talebi olduğu için bu talebe salt usulî işlem denmesi uygun değildir. Bu görüş İsviçre hukukunda da benimsenmemiştir. Bkz. H. V. Velidedeoğlu, G. Esmer, (1956). *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı. (2.Baskı)*. İstanbul: T.A.O. Matbaacılık, s. 632, 633; F. H. Saymen, H. K. Elbir, (1963). *Türk Eşya Hukuku Dersleri*. Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 186 vd.; Cansel, (1964), **a.g.k.**, s. 46.

¹²² Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 399; Kocayusufpaőoęlu, (1959), **a.g.k.**, s. 70, dpnt. 105.

¹²³ H. C. Huber, (1978) Anmeldung und Tagebuch im schweizerischen Grundbuchrecht, in: ZBGR 59/ 1978, s. 163; P. Liver, H. Hinderling, P. Piotet, (1977) (herausgegeben von A. Meier-Hayoz) *Schweizerisches Privatrecht – Sachenrecht*. (Fünfter Band-erster Halbband) Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart, s. 139; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2578, Art. 963 N.18 vd..; Cansel, (1964), **a.g.k.**, s. 44; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 294; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 183.

¹²⁴ Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 267; Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 139; Tuor, Schnyder, Schmid, (1995), **a.g.k.**, s. 649; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2578, Art. 963 N.15; Koller, (2017), **a.g.k.**, s. 141; Cansel, (1964), **a.g.k.**, s. 46. Uygulamada taşınmaz satış sözleşmelerinin içinde tescil talebinin bulunması, tescil talebinin tek tarafli işlem olmadığı görüşlerini beraberinde getirmiştir. Ancak kanunun lafzı tek tarafli işlem olduğu yönündedir. (Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2580, Art. 963 N.15.).

¹²⁵ Çünkü bu görüşe göre tescil talebi usulî işlem niteliğinde olduğundan esasî etkileme kabiliyeti yoktur. Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 293; Cansel, (1964), **a.g.k.**, s. 44 vd.

sicil görevlileri tescil talebi içermeyen satış sözleşmesini tanzim etmediklerinden ister istemez tasarruf işlemi taahhüt işlemi içinde yer alır¹²⁶.

Tescil, talebin tamamlayıcısıdır¹²⁷. Ayrıca tescil talebi, tescilin yapılacağına dair aynı bekleme hakkı oluşturur¹²⁸. Bu nedenle tescil istemi yevmiye defterine kaydedildikten sonra tescil isteminde bulunan ayırt etme gücünü kaybetse veya ölse dahi tapu kütüğüne tescil yapılır¹²⁹. Bu hak yevmiye defterinde açıklık ilkesinin bulunmasıyla güvence altına alınmıştır¹³⁰.

Taşınmazların mülkiyetinin aleniyeti ve kazanılması; hukukî, ekonomik ve sosyal önemleri nedeniyle taşınırlardan farklı düzenlenmiştir¹³¹. Taşınmazlarda aleniyetin sağlanması için tapu kütüğü sistemi ve mülkiyetin devrinde tescil ilkesi öngörüldüğü halde taşınırlarda zilyetlik sistemi ve mülkiyet devrinde teslim ilkesi öngörülmüştür.

Tescil talebinin borçlandırıcı işlem içinde yer alan salt usulî bir işlem niteliğinde olduğu görüşüne göre taşınır ile taşınmaz arasındaki sistem farklılığı daha da derindir¹³². Bu görüşe göre taşınmaz satış sözleşmesinde, taahhüt ve tasarruf işlemleri (tescil talebi) birliktedir. Bu anlamda mülkiyetin kazanılmasında tek sözleşmeli yapı mevcuttur¹³³. Taşınır mülkiyetinin hukukî işlem yoluyla geçişinde ise iki sözleşmeli yapı mevcuttur¹³⁴. Gerçekten, uygulamada taşınmaz satış sözleşmesinde tescil talebinin de bulunmasının tescile zorlama davası açısından da ciddi sonuçları vardır¹³⁵.

¹²⁶ Bu uygulamanın sonuçlarına ve detaylı tartışmalara Birinci Böl. 3.'te değinilecektir (bkz. aşağı s. 44 vd.); Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 296; bir görüşe göre bu açıdan Türkiye'de taşınmaz mülkiyetinin devri Fransız sistemine yaklaşır. Fransız birlik sisteminde sözleşme mülkiyet kazandırır (Von Tuhr, A. (1948). "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli". Çev. Ayiter, Kudret, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3 (2-4), ss. 635). Ancak Türk-İsviçre hukukunda tescil ile kazanma esastır. Hukukumuzda birlik sistemine benzer sistem taşınmazlarda benimsenmiştir. Tasarruf işlemi borçlandırıcı işlem içinde yer alır. Tescil talebi salt usulî işlem; tescil de resmî fiilden ibarettir. Bu görüşte: Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 398 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 12 vd.

¹²⁷ Akipek, Ş. (1995). Tamamlayıcı Olgunun Hukukî İşleme Etkisi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 44. Sayı 1. ss. 278; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 177; H. Hatemi, R. Serozan, A. Arpacı, (1991). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 118; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 205.

¹²⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 184; Cansel, (1964), **a.g.k.**, s. 53.

¹²⁹ Nitekim tapu kütüğüne yapılan tescilin etkisi, yevmiye defterine kayıt tarihinden itibaren başlar (TMK md. 1022/II, TST md. 23/I). Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 184, dpnt. 387, 388.

¹³⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 184.

¹³¹ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s.455; Serozan, temel ayırım olan taşınır eşya-taşınmaz eşya ayırımının temelinde, taşınmaz eşyanın sınırlı sayıda ve göreceli sosyal-ekonomik olarak daha ağır olmasının etkili olduğunu; ancak günümüzde bu düşüncelerin geçerliliğini yitirdiğini ifade etmiştir. Zira artık hisse senetlerinin ekonomik olarak yüzlerce taşınmaza karşılık gelmesi; -uranyum gibi- kimi taşınırların ekonomik ve sosyal etkisi bunu gösterir. Bkz. Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 77, pr. 299; s. 259, pr. 1064 vd.

¹³² Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 77, pr. 299. Bu mesele ileride ayrıca tartışılacaktır: Bkz. aşağı. Birinci Böl. 3. s. 44 vd.

¹³³ Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 260 vd.

¹³⁴ Serozan bunu "iki aşama ve üç hukukî istasyon" şeklinde ifade eder. İktisap sürecinin detayları için bkz. Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 262 vd.

¹³⁵ Bkz. aşağı. Birinci Böl. 3. s. 44 vd.

2.2.2. Kazanma sebepleri

Tescilin, mülkiyeti kazandırıcı tasarruf işlemi olabilmesi için geçerli bir hukukî sebebe dayanması gerekir (TMK md. 1015, 1024). Mülkiyet hakkının tescille kazanılmasında ilk adım olan borçlandırıcı işlem, kazanma sebebidir¹³⁶. Hukukî işlemin temelinde yer alan “*sebepe(causa)*” ise farklı bir kavramdır¹³⁷. Kazanma sebebinden kasıt, taşınmaz mülkiyetini devir borcu yükleyen hukukî sebeptir¹³⁸. Bu sebep, tasarruf işlemi niteliğindeki tescilin dayanağıdır. Hangi hukukî sebeplerin taşınmaz mülkiyetini kazandırma sonucu doğuracağı TMK’da düzenlenmemiştir.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebepler çok çeşitlidir. Bunların farklı açılardan sınıflandırılması mümkündür. TMK md. 716’nın metni de sözleşme kavramı yerine “*hukukî sebep*” kavramını kullanmıştır. Gerçekten, kazanma sebepleri ve dolayısıyla tescile zorlama davası açmaya esas olan hukukî sebepler kanundan¹³⁹, idari işleminden¹⁴⁰ veya hukukî işleminden kaynaklanabilir. Kaynaklandığı hukuk alanı bakımından ise kazanma sebepleri; idare hukuku, miras hukuku¹⁴¹, eşya hukuku¹⁴², borçlar hukuku, aile hukuku¹⁴³, ticaret hukukundan doğabilir.

¹³⁶ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 204; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**,463.

¹³⁷ Hukukî sebep; mevcut işlemin, temel ilişki üzerindeki etkisine ilişkin amaç anlaşmasını ifade eder. Örneğin temel ilişkiden doğan borcun ifası konusundaki temel anlaşması hukukî sebeptir. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323, dpnt. 242; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 207.

¹³⁸ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s.463. Bu sebep çoğunlukla taahhüt işlemi niteliğindedir.

¹³⁹ TMK md. 831’e göre üst hakkı sahibinin yetkilerini ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal edilmesi halinde veya sözleşmede görülen diğer hallerde üst hakkının süresinden önce kendisine devredilmesini isteyebilir. Üst hakkı sahibinin ifadan kaçınması halinde TMK md. 716’ya göre dava açılabilir. Ayrıca TMK md. 834’e göre irat şeklindeki taahhütlerde taşınmaz malikine azami üç yıllık irat alacağı için üst hakkı üzerinde kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. Taşınmaz malikinin talebi üzerine üst hakkı sahibi bundan kaçınırsa TMK md. 716’ya göre dava açabilecektir. TMK md. 706’ya göre feragat taahhüdünde bulunulmuşsa veya TMK md. 839’a göre de doğabilir. Ş. Ertaş, (2018). *Eşya Hukuku*. (14. Baskı). İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, s. 538, pr. 2436.

¹⁴⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 324; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 656; örneğin Kamulaştırma Kanunu’nun 23. maddesine göre kamulaştırma kararının kesinleşmesinden beş yıl içinde amaca uygun işlem yapılmaz veya olduğu gibi bırakılırsa malik ve mirasçılarının tekrar kendilerine devir için idareye başvurabileceği; idarenin devirden kaçınması halinde bu kişilerin TMK md. 716’ya göre dava açabileceği düzenlenmiştir.

¹⁴¹ Miras hukukundaki kazanma sebeplerine açılmamış miras payının devri örnek gösterilebilir. Paylaştırma sonucunda kalan tereke unsurlarında taşınmaz varsa tescile zorlama davası gündeme gelebilir. Ancak paylaşma tamamlanmadan elbirliği ile mülkiyet devam ettiğinden münferit mallar, miras payının devri sözleşmesine konu olamaz. Yargıtay ise aksi görüştedir. M. Dural, T. Öz, (2017). *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*. (11.Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 381 vd.; TST md. 20/I-c’de noterde hazırlanan miras taksim ve miras paylaşım sözleşmesi tescili talep etme yetkisini de taşıyorsa bunun tescil için yeterli olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca aynı bentte miras taksim sözleşmesi mirasçılar arasında yazılı olarak yapılmış olup da mirasçılarının imzaları noterce onaylanmamışsa tüm mirasçılarının; imzaların bir kısmı onaylanmış ise imzaları onaylanmamış olanların istemlerinin gerekli olduğu öngörülmüştür.

¹⁴² Örneğin geçit veya kaynak irtifakının kurulmasına ilişkin sözleşmenin (TMK 779 vd.) sözleşmesinin ifa edilmemesi halinde alacaklı taraf TMK md. 716’ya dayanarak tescile zorlama davası açabilir.

¹⁴³ Örneğin anlaşmalı boşanma protokolü. Yargıtay bir kararında, boşanma protokolünde üçüncü kişideki taşınmazı eşine devretmeyi üstlenen diğer eşin bu borcunun yerine getirmemesi hsalinde tazminat borcu

Kazanma sebebi sağlararası işlem olabileceği gibi lme bağlı tasarruf da olabilir. Bunlara, taşınmaz vasiyeti içeren vasiyetname ve miras sözleşmesi örnek gösterilebilir.

Kanundan doğan borç ilişkisinin taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurmasına TMK md. 724 örnek verilebilir¹⁴⁴. Maddeye göre haksız yapıda, yapının değerinin aıkca arazinin değerinden fazla olması halinde iyi niyetli tarafın, taşınmaz mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi isteme hakkı olduğu düzenlenmiştir. İyi niyetli taraf bu hakkını tescile zorlama davası açarak kullandığında TMK md. 716 kıyasen uygulanır¹⁴⁵.

Taşınmaz mülkiyetini kazanma sebebi çoğunlukla iki taraflı hukukî işlem olan szleşmedir¹⁴⁶. Ancak hukukî sebep; n alım, alım, geri alım haklarının kullanılmasında karşılaşıldığı üzere yenilik doğuran hak kullanımından doğabileceği gibi vasiyetname¹⁴⁷, ilan yoluyla ödül sözü verme¹⁴⁸, soyut borç vaadi gibi tek taraflı hukukî işlemlerden de kaynaklanabilir. Piyango ve isteğe bağlı açık artırımın da taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurması mmkndr¹⁴⁹.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran borçlar hukuku sözleşmelerine; satış, bağış, mal değişim ve vekalet szleşmesi¹⁵⁰ örnek gsterilebilir¹⁵¹. Devir borcu doğuran sözleşme, kanunlarda hüküm ve sonuçları düzenlenmiş bir sözleşme olabileceği gibi isimsiz sözleşme de olabilir¹⁵². Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, namı müstear, sulh sözleşmesi ve inançlı iřlem¹⁵³, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran tipik isimsiz sözleşmelerdir.

doğacağına hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 26.04.2010, E. 2010, K. 8238. *Tekinay*, mal ortaklığı sözleşmesinin sulh hkimince onaylanmasının (TMK md. 169) ve ferilerin hkimince onaylanmasının (TMK md. 150) tarafları resmî sözleşme yapma külfetinden kurtarmayacağını ve ifa edilmeme halinde tescile zorlama davası açılacağını kabul eder.

¹⁴⁴ ř. B. zelik, (2016). *Tapu Siciline Güvenin Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 88.

¹⁴⁵ Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 182; S. S. Tekinay, S. Akman, H. Burcuoğlu, A. Altop, (1989). *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 824; bu yönde Yarg. İBK. 15.05.1957, E. 11; K. 9.

¹⁴⁶ J. Akipek, T. Akıntürk, D. Ateş, (2018). *Eşya Hukuku*. (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 97; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323., Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s.463; Oğuzman, Seliçi, Oktay-zdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 358; Taşınmaz satış vaadi, mahkeme dışı sulh sözleşmeleri, bağışlama, ölünceye kadar bakma, mal değişim sözleşmeleri örnek gösterilebilir. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323 vd.

¹⁴⁷ Tuor, Schnyder, Schmid, (1995), **a.g.k.**, s. 679.

¹⁴⁸ Detaylar için bkz. F. Eren (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (21. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 478; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 207.

¹⁴⁹ Bkz. aşa. Birinci Bl. 2.2.2. s. 24 vd.

¹⁵⁰ Vekilin taşınmazı vekalet veren adına alması gerekirken kendi adına satın alması durumunda tapu sicilinin düzeltilmesi davasının mı tescile zorlama davasının mı gündeme geleceği tartışmalıdır. Konuya ilişkin iki farklı İBK mevcuttur.

¹⁵¹ Rey, (2007). **a.g.k.**, s. 346; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, 463; P.Tuor, B. Schnyder, J.Schmid, A Jungo, (2015) *ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Aufl., Zürich - Basel - Genf, s. 1106.

¹⁵² Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 207.

¹⁵³ İnançlı işlem teorik olarak tartışmalı konulardandır. Bkz. Yavuz, N. (2001). Doğrudan Doğruya Temsil / Nam-ı Müstear / Dolayısı ile Temsil / İnançlı İşlem / Tarafta Muvazaa / Nam-ı Müstear ile Muvazaa İlişkisi / İspat rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile Kavramları ile Bunlara İlişkin Yargıtay Uygulaması. *Yargıtay Dergisi*,

Mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmenin sona ermesinden sonra iade yükümlülüğünden de mülkiyeti devir borcu ve dolayısıyla tescile zorlama davası doğabilir¹⁵⁴. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerden dönmenin edimlere etkisi tartışmalıdır¹⁵⁵. Sözleşmeden dönme teorilerinden hangisinin kabul edildiğine göre farklı ihtimaller söz konusu olur¹⁵⁶.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran kazanım sebeplerinin tescile zorlama davası bakımından önemi şudur ki, kazanma sebebi; borçluya tescilde bulunma yükümlülüğü, alacaklıya da tescili isteme alacak hakkı verir¹⁵⁷. Borçlunun bu borcunu haksız şekilde yerine getirmemesi halinde alacaklının mahkemenen aynen ifa talebinde bulunması tescile zorlama davası ile olur.

2.2.3. Mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerde şekil

2.2.3.1. Genel olarak

TMK md. 706/I ve TBK md. 237'ye göre taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin¹⁵⁸ resmî şekilde yapılması gerekir. TMK md. 706/II'ye göre ise mal rejimi sözleşmeleri ve ölüme bağlı tasarruflar kendilerine özgü şekle tabidir. Şekil şartı bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kaydedilmiş bağımsız bölümler için de geçerlidir¹⁵⁹. TMK md. 706'da taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin

2001(1-2), ss. 64 vd.; Ş. Parlak-Börü, (2017). Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Cilt 128, ss. 250; E. S. Özmen, G. S. Aydın, (2014). Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası / Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası). *İstanbul Barosu Dergisi*. C. 88 (6); Detaylar için bkz. Ö. Güvenç, (2014). *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*. Ankara: Yetkin Yayınları.

¹⁵⁴ R. Serozan (2007). *Sözleşmeden Dönme (2.Baskı)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 109. Örneğin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde de tescile zorlama davası gündeme gelebilir.

¹⁵⁵ Bkz. aşağı. Üçüncü Böl. 3. s. 177 vd.

¹⁵⁶ Klasik dönme görüşüne göre tasarruf işlemi doğrudan etkilenmez ve sebepsiz zenginleşmeye hükümlerine göre tescile zorlama davası açılır. Kanundan doğan borç ilişkisi görüşüne göre (TBK md. 125/III) de tescile zorlama davası açılır. Yeni dönme teorisine göre (dönüşüm teorisi) de dönülen sözleşmeye dayanılarak tescile zorlama davası açılır. Aynı etkili dönme görüşüne göre ise tasarruf işlemi kendiliğinden geçersiz olduğundan tapu sicilinin düzeltilmesi davası gündeme gelir. Bu tartışmalara ikinci bölümde yer verilecektir. Bkz. 2.4.

¹⁵⁷ Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, s. 463.

¹⁵⁸ TMK md. 706, "taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme" ifadesi yerine "taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşme" ifadesini kullanmıştır. İki ifade aynı anlama gelir. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 324.

¹⁵⁹ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 207; ayrıca TK md. 26/I'de mülkiyet dışındaki aynı haklar da resmî şekle tabi tutulmuştur.

resmî şekle tabi olduğu düzenlendiğinden; mülkiyeti devir borcu doğuran tek taraflı hukukî işlemler resmî şekle tabi değildir¹⁶⁰.

Mal rejimi sözleşmelerinden yalnız mal ortaklığı rejiminin kararlaştırılması halinde taşınmaz mülkiyet değişikliği olur¹⁶¹. Bu sözleşme noterde yapılır (TMK md. 205/I) ve sözleşmenin yapılmasıyla ortaklığa giren mallar üzerinde, kendiliğinden -tescilden önce- eşlerin elbirliği mülkiyeti doğar (TMK md. 716/III).

Ölüme bağlı tasarruflardan mirasçı atamada, atanmış mirasçı, ölüme bağlı tasarruflarda bulunanın ölümüyle kendiliğinden ve tescilden önce mallarının mülkiyetini kazanır. Ölüme bağlı tasarruflardan taşınmaz vasiyeti söz konusu ise vasiyet alacaklısı bu taşınmazın mülkiyetini kendiliğinden -tescilden önce- kazanmaz. Bu durumda vasiyet alacaklısının, mirasçılardan tescili isteme talep (alacak) hakkı vardır ve vasiyet alacaklısı taşınmaz mülkiyetini kendi adına yapılan tescille kazanır.

TMK md. 194'e göre eşlerden birinin aile konutunu devredebilmesi için diğer eşin rızasına ihtiyaç vardır. Aile konutu üzerinde yapılan tasarruf işlemleri diğer eşin açık rızasına tabidir¹⁶².

Resmî şekle tabi sözleşmeler, elektronik imza ile kurulamaz ve tescil edilemezler (5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu md. 5). Resmî şekle tabi olmayan taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin ise elektronik imza ile kurulmaları mümkündür. Taşınmaz mülkiyetini devir borçlusu, sözleşmenin kurulmasından sonra tescil başvurusunda da elektronik imza kullanamaz¹⁶³.

2.2.3.2. Şeklin amacı ve kapsamı

Taşınmazların uyuşmazlıkların çıktığı temel alan olması ve hukukî, ekonomik ve sosyal önemleri nedeniyle taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmî şekle tabi tutulması doğaldır. Zira resmî şekle tabi tutmanın birtakım faydaları vardır¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 324; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 656; örneğin tek taraflı hukukî işlem niteliğindeki ilan yoluyla ödül sözü verme (TBK 9) taşınmaz mülkiyetini devir borcu içerse dahi resmî şekilde yapılma zorunluluğu yoktur.

¹⁶¹ J. G. Akipek, (1973). Türk Eşya Hukuku-Mülkiyet. (İkinci Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası, s. 120; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 359; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 324; diğer mal rejimi sözleşmelerinde mülkiyet değişikliği olmaz.

¹⁶² Bkz. aşa. İkinci Böl. 1.5.1. s. 69-70.

¹⁶³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 365.

¹⁶⁴ H. Altaş, (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 109; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 325; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 359.

İlk olarak, taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran sözleşmelerin resmî şekle tabi olması, tarafları ister istemez düşünmeye sevk eder ve böylece acele davranışlardan korur¹⁶⁵. İkinci olarak, resmî şekil sayesinde tescilin sebebi olan sözleşmeye açıklık getirilir. Bu da taraflar ve üçüncü kişiler için hukukî güvenlik sağlar¹⁶⁶. Nitekim resmî şekilde düzenlenmiş sözleşmede irade sakatlığı ve ehliyetsizlik iddiası zorlaşır¹⁶⁷. Bu bağlamda resmî şekil, irade beyanlarının içeriği ve birbirine uygunluğu açısından ispat kolaylığı sağlar¹⁶⁸.

Sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarının tamamıyla resmî şekilde bulunması gerekir¹⁶⁹. Bu anlamda taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmenin objektif esaslı unsurları olan taşınmaz mülkiyetini devir borcu ile karşı tarafın borçlandığı edimlerin tümü resmî senette bulunmalıdır¹⁷⁰. Örneğin taşınmaz satış sözleşmesinde objektif esaslı unsur niteliğindeki taşınmaz mülkiyetini devir borcu ve karşılığı olan satış bedeli resmî senette yer almak zorundadır¹⁷¹. Ceza koşulu, cayma parası gibi edimi veya karşı edimi açıklığa kavuşturucu ve ağırlaştırıcı kayıtların da resmî şekilde düzenlenmesi gerekir¹⁷².

2.2.3.3. Resmî şekli gerçekleştirecek makam

Resmî şekilden kasıt, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmenin kanun tarafından yetkilendirilmiş resmî sıfat taşıyan kişi tarafından kanunun öngördüğü usule uygun olarak düzenlenmesidir¹⁷³. TK md. 26/I'e göre taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin resmî senetleri tapu müdürü veya tapu sicil görevlileri düzenler¹⁷⁴. Tapu Sicil

¹⁶⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 325; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 359.

¹⁶⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 325; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 359.

¹⁶⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 359.

¹⁶⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 325.

¹⁶⁹ H. Tandoğan, (2008). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*. (6. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 226; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 480; M. Keller, C. Schöbi, G. Sonja, (1988). *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts Bd. 1 - Schweizerische Schuldrecht* (3. Auflage). Zürich: Helbing & Lichenhahn, s. 54 vd.; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 329; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 360; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 670; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 211; sözleşmenin sübjektif esas unsurları hakkında bilgi için bkz. Oğuzman, K. ve Öz, T. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. (15. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, nr. 475 vd.

¹⁷⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 329; Keller, Schöbi, Sonja, (1988), **a.g.k.**, s. 117 vd.

¹⁷¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 329; ancak satış bedelinin ödenme biçimine ilişkin detayların bulunması şart değildir. Yarg. 1. HD. 06.05.1980, E. 4090, K. 6191. (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 360'tan naklen.); sözleşmede bedelin yanlış gösterilmesi halinde (muvazaa) yaptırımın ne olacağı tartışmalıdır. Bkz. Yarg. İBK. 10.06.1931, 2/40. ve Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 375 vd.

¹⁷² Tandoğan, (2008). **a.g.k.**, s. 226; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 211; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 329.

¹⁷³ Altaş, (1998), **a.g.k.**, s. 79; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 325.

¹⁷⁴ 25.11.2010'da kabul edilen Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Personeline Ek Ödeme Yapılması Hakkında Kanun 10/VIII'e göre "Tapu Sicil Müdürü"ne veya "Tapu Sicil Müdürlüğü"ne yapılmış atıflar, ilgisine göre

Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 8 ve 9'a göre tapu müdürü, müdürlük görevine vekalet edenler ve tapu müdürünün yetkilendirdiği Tapu Müdürlüğü görevlileri resmî senet düzenleyebilir¹⁷⁵. Bakım borçlusuna taşınmaz devrinin taahhüt edildiği ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise sulh hâkimi, noter ve -tapu müdürü gibi- kanunla yetkilendirilmiş kişi düzenleyebilir (TBK md. 612, TMK md. 545 ve 532)¹⁷⁶.

2.2.3.4. Resmî şeklin istisnaları

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelere ilişkin resmî senetleri kural olarak tapu müdürü veya tapu sicil görevlileri düzenler. Ancak hukukumuzda buna istisnalar öngörölmüş ve bazı taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler resmî şekle tabi tutulmamıştır¹⁷⁷.

Tereke mallarının elbirliği halinde maliki olan mirasçılar miras paylaşma sözleşmesi yapabilirler (TMK md. 676)¹⁷⁸. Miras paylaşma sözleşmesi yazılı geçerlilik şekline tabidir (TMK md. 676/III). Ancak NK md. 89'a göre mirasçılar, miras paylaşma sözleşmesini isterlerse noterde de yapabilirler. Bu ihtimalde noter, miras paylaşma sözleşmesini ancak düzenleme şeklinde yapabilir¹⁷⁹.

Terekenin bir kısmı veya tamamına ilişkin miras payının devri sözleşmesi mirasçılar arasında yapılıyorsa, adi yazılı şekle tabidir (TMK md. 677). Bu bağlamda

“Tapu Müdürü”ne veya “Tapu Müdürlüğü”ne yapılmış sayılır.; 2644 sayılı TK kabul edilmeden önce, taşınmaz satış sözleşmelerine resmîyeti hangi makamın vereceği de tartışılmıştır. Tartışmalar için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 361.

¹⁷⁵ Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 8 ve 9'da resmî senedin hazırlanması ve onaylanması iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Senedin hazırlanmasından kasıt, metnin yazılmasıdır. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 325, dpnt. 248.

¹⁷⁶ Ş. Akipek-Öcal, (2018). Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.6 (1), ss. 88; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 206; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 363.

¹⁷⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 326.

¹⁷⁸ Tapu Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle miras paylaşma sözleşmesinin hangi şekilde yapılacağı doktrinde tartışılmıştır. Miras paylaşma sözleşmesinin yazılı sözleşmeyle yapılabileceğini düzenleyen MK md. 611/II (TMK md. 676) yürürlükteyken 1512 sayılı NK kabul edilmiş ve miras paylaşma sözleşmesinin noter tarafından resen düzenlenmesi gereken işlemler arasında olduğu düzenlenmiştir (NK md. 89). *Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop*'un temsil ettiği bir görüş sonraki tarihli kanun olan NK'nin MK md. 611'i değiştirdiğini ve bu nedenle miras paylaşma sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılamayacağını, noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiğini savunmuştur (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 658 vd.). *Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir*'in temsil ettiği görüş ise NK md. 89 hükmünün, geçerlilik nedeni ihdas eden esasa ilişkin bir hüküm olmayıp notere başvurulduğunda noterin resmî şekli nasıl gerçekleştireceğine ilişkin düzen hükümü olduğuydu. Yargıtay İBK. 26.11.1980, 5/3'te ikinci görüşü benimsemiş ve adi yazılı yapılan miras paylaşma sözleşmeleri geçerli sayılmıştır. (Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 315, dpnt. 243.). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 361 vd.

¹⁷⁹ Nitelik miras paylaşma sözleşmesi noterde yapılmak istendiğinde, NK md. 89'a göre resen düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemlerdendir.

terekedeki taşınmazlar için adi yazılı miras payının devri sözleşmesi, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurur¹⁸⁰. Mirasçı, üçüncü kişiyle miras payının devri sözleşmesi yapıyor ise geçerli olması için noterde düzenlenmesi gerekir (TMK md. 677/II). Miras payının devri sözleşmesi ile alacaklı kılınanlar, -tescile zorlama davası ile tescilin yapılmasını talep edebilir (TMK md. 716)¹⁸¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi noter tarafından düzenleme biçiminde veya tapuda yapılır (NK md. 44, TK md. 26/VII). Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye bırakılan bölümlerin adi yazılı sözleşme ile üçüncü kişilere satışlarını alacağın temliki (TBK md. 183) olarak niteler¹⁸². Ayrıca temlik alanın, taşınmaz mülkiyetinin tescilini isteyebileceğini kabul eder¹⁸³.

Vekile, vekil olunan adına taşınmaz edinme borcu yükleyen vekalet sözleşmesi (doğrudan temsil içeren vekalet) TBK'ya göre şekle tabi değildir¹⁸⁴. Zira taşınmazın devredilmesi, vekalet sözleşmesinin değil; vekilin üçüncü kişi ile yapacağı sözleşmenin konusudur¹⁸⁵. Bahsi geçen vekalet sözleşmesinin konusu, hizmetin yerine getirilmesi taahhüdüdür¹⁸⁶. Benzer şekilde vekile, kendi adına ve vekalet veren hesabına taşınmaz edinip bunu vekalet verene devretme borcu yükleyen vekalet sözleşmesi de (dolaylı temsil içeren vekalet) resmî şekle tabi değildir¹⁸⁷.

Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın yaptığı taşınmaz satış sözleşmeleri resmî şekle tabi değildir (2985 sayılı Toplu Konut Kanunu md. 6/II).

Kamulaştırma Kanunu'na göre idare, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz malın satın alma veya idareye ait taşınmazla mal değişim yoluyla devralınmak istendiğini resmî yazıyla malike bildirir (KK md. 8/IV). Malik taşınmazı pazarlıkla-anlaşarak satmak veya mal değişim isteği ile idareye başvurursa ve bedelde-mal değişimde (trampada) anlaşmaya varılırsa bu anlaşmaya ilişkin tutanak düzenlenir. Bu tutanak taşınmaz malın

¹⁸⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 326.

¹⁸¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 364.

¹⁸² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 363.

¹⁸³ Yarg. HGK. 16.02.2005, 14-6/73; Yarg. 14. HD. 03.10.2003, 4403/6756; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 363; benzer şekilde, adi yazılı sözleşme ile yükleniciden taşınmaz alan kişinin, adi yazılı sözleşme ile bu hakkını başkasına devretmesi halinde (TBK 183), bu kişinin de tescili isteyebileceğine ilişkin Yargıtay kararları vardır. Bkz. Yarg. HGK. 02.07.2003, 14-452/456; (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 363'ten naklen); arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibine bırakılan bağımsız bölümün devrinin ise resmî şekilde yapılacağı kabul edilmektedir.

¹⁸⁴ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 327; taşınmaz edinme borcu için vekilin Noterlik Kanunu'na göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içerir vekâletnameye sahip olması gerekir. Tapu işlemi için düzenlenecek vekâletnamelerde, vekâlet verenin imzasının bulunması zorunludur. (TST 18/IV).

¹⁸⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 327.

¹⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 660; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 327.

¹⁸⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 660; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 327.

hukukî-fiili niteliklerini, kamulaştırma bedelini, taşınmazların tesciline veya terkinine ilişkin beyanları içerir ve bu tutanak tescilin hukukî sebebi ve malikin tescil beyanı sayılır (KK md. 8/V). Görüldüğü üzere resmî senette düzenlenmiş taşınmaz satış sözleşmesi gerekmeksizin kamulaştırma tutanağı ile tescil istenebilir¹⁸⁸.

Taşınmazın bir satış türü olan isteğe bağlı açık artırmayla satışında sözleşme en yüksek bedeli öneren kişiye ihale edilme ile kurulur (TBK md. 275/I). Bu anlamda resmî satış sözleşmesinin yapılması gerekmez¹⁸⁹. Öte yandan herkesin katılamayacağı bir açık artırma (isteğe bağlı özel artırma) söz konusu ise resmî şekilde taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması gerekir (TBK md. 279/IV)¹⁹⁰.

Adi ortaklıkta yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler kural olarak vekalet sözleşmesi hükümlerine tabidir (TBK md. 630). Adi ortaklıkta yönetici ortak ortaklık amacını yerine getirmek üzere ortaklıktan toplanan parayla taşınmaz satın aldığı anda yönetici ortak ile diğer ortaklar arasında dolaylı temsil ilişkisi söz konusudur¹⁹¹. Bu nedenle kendi adına taşınmaz edinen yöneticinin, ortak vekalet sözleşmesine göre (TBK md. 508) taşınmazı diğer ortaklara devretme borcu vardır. Bu devir için resmî taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması gerekmez¹⁹².

Ana sözleşmelerinde ortaklara taşınmaz devredileceğine ilişkin taahhütler bulunan kooperatiflerde anılan taahhütler, resmî şekil aranmaksızın geçerlidir (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md. 2/II)¹⁹³.

Taşınmazın ödül olarak belirlendiği piyangolarda, piyango sözleşmesinin hangi şekle tabi olacağı tartışmalıdır¹⁹⁴. Doktrinde ödülün taşınmaz olduğu piyango sözleşmelerinin resmî şekle tabi tutulmaması gerektiği kabul edilir¹⁹⁵. Ancak Yargıtay içtihatlarında, piyangodan taşınmaz kazanan kişinin resmî satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı olduğunu kabul eder¹⁹⁶.

¹⁸⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328.

¹⁸⁹ Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 289; Tandoğan, (2008). **a.g.k.**, s. 318; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 364.

¹⁹⁰ Tandoğan, (2008). **a.g.k.**, s. 318; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 364.

¹⁹¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328.

¹⁹² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 663 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 365; Yarg. 1. HD. 22.01.1974, K. 11654/266 /YKD 1975/1, 46).

¹⁹³ Yarg. 13. HD. 13.10.2009, K. 5856/11524.

¹⁹⁴ TBK md. 606'da buna ilişkin düzenleme yoktur.

¹⁹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 662; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328, 329.

¹⁹⁶ YTD, 04.10.1958, 57/2745-2313 (Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328, dpnt. 258'den naklen).

Ticaret şirketlerinde, sermaye koyma borcu için taşınmazın konulacağı esas sözleşmede düzenlenmişse taşınmaz devri borcunu içeren şirket sözleşmesi, resmî şekle gerek olmaksızın geçerlidir (TTK md. 128/III). Bu sözleşme ile şirket, söz konusu taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanır¹⁹⁷. Bu nedenle şirketin ayrıca tescili istemesine (tescile zorlama davası açmasına) gerek kalmaz.

2.3. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması halleri

Taşınmaz mülkiyeti ya tescille ya da tescilden önce kazanılır. TMK'ya göre taşınmaz mülkiyetinin kazanılması kural olarak tescille olur (TMK md. 705, 1022)¹⁹⁸. Ancak taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı haller de mevcuttur ve hatta sayıca çoktur. Mülkiyeti tescilden önce kazanan malik kural olarak malikin bütün hak ve sorumluluklarını taşır¹⁹⁹. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması hali ancak kanunda öngörülebilir²⁰⁰. TMK md. 705/II'de ve bazı özel kanunlarda²⁰¹, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması öngörülmüştür. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı haller, aslen ve -hukukî işlemle kazanma hariç- diğer devren kazanma halleridir.

Bu çalışmanın konusu olan taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılması da taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerden biridir.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerde tapu siciline yapılan tescil kurucu değil; açıklayıcı niteliktedir. Ancak bu hallerde dahi (açıklayıcı) tescilin yapılması önem taşır. Açıklayıcı tescilin temelde iki fonksiyonu vardır. Bunlar tedavül ve koruma fonksiyonlarıdır²⁰². Mülkiyeti tescilden önce kazanan malik, açıklayıcı tescil yapılmadıkça taşınmazda tasarruf işlemi yapamaz²⁰³. Örneğin taşınmaz üzerinde (rehin

¹⁹⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 329; TBK'daki düzenlemelerde aynı durum adi ortaklık için öngörülmediğinden sermaye olarak taşınmazın getirilmesi halinde adi ortaklık sözleşmesinin resmî şekilde düzenlenmesi gerekir (TBK md. 620 vd.).

¹⁹⁸ Bkz. yuk. 1.2.2. s. 20 vd.

¹⁹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 401.

²⁰⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 400.

²⁰¹ Örneğin 5543 sayılı İskân Kanunu md. 13.

²⁰² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 701

²⁰³ Homberger, (1938), **a.g.k.**, s. 315; doktrinde, açıklayıcı tescil yapılmadan malikin taşınmazda tasarrufta bulunamayacağına ilişkin TMK md. 705/II hükmünün düzen hükmü olduğu görüşü vardır. Bu görüşe göre, herhangi bir şekilde yani malik taşınmazda tasarruf işlemi yaparsa bu işlem geçerlidir. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 353; Meier-Hayoz, A. (1981). *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1.Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654, 5. Auflage, Bern., Art. 656, N. 73*; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 400; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 18; Yarg. 5. Hp., 4.7.2011, 8068/12186 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Veraset ve Intikal Vergisi Kanunu md. 19/II:

gibi) aynı hak kuramaz ve taşınmazı başkasına devredemez²⁰⁴. Açıklayıcı tescilin yapılmasıyla malik, taşınmazda tasarruf etme imkânına kavuşur (TMK md. 705/II). Buna açıklayıcı tescilin tedavül fonksiyonu denir.

Koruma fonksiyonu ise açıklayıcı tescilin üçüncü kişilerin aynı hak kazanımını engellemesini ifade eder. Sicilde eski malik kayıtlı gözüktüğü sürece, özellikle devren ve tescilden önce mülkiyetin kazanıldığı hallerde, iyi niyetli üçüncü kişinin mülkiyet ve aynı hak kazanımları korunur (TMK md. 712, 1023)²⁰⁵. Yeni malik adına açıklayıcı tescil yapıldığında ise anılan tehlike bertaraf edilir²⁰⁶.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerde tapuda sözleşme yapılması gerekmediğinden istem sahibi istem belgesinde tescil talebine yer verir (TMK md. 1013/III, TST md. 22/I).

2.3.1. TMK md. 705'te belirtilenler

2.3.1.1. Miras yoluyla tescilsiz kazanma

Miras hukukunda geçerli olan külli halefiyet ilkesinin sonucu olarak mirasçılar, terekedeki taşınmazın mülkiyetini, miras bırakanın ölümüyle kendiliğinden kazanırlar (TMK md. 599/I, 705). Bu anlamda mirasçıların, taşınmaz mülkiyetini kazanabilmeleri için tapu siciline tescil gerekli olmadığı gibi mirasçıların irade beyanları da gerekmez²⁰⁷. Ancak malikin taşınmaz üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmesi için mülkiyetin tapu siciline bildirici nitelikteki tescili gerekir (TMK md. 705/II). Mirasçılar bildirici tescilin yapılmasını "*mirasçılık belgesi*" ile isterler (TST md. 20/a). Bu belge ile mirasçılar, kendilerinin mirasçı olduğunu ve kendilerinden başka mirasçı bulunmadığını

"Tescil tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde sonucu ilgili. vergi dairesine bildirmek üzere intikal eden gayrimenkullerin tescil işlemi, veraset ve intikal vergisinin tahakkuku beklenmeksizin yapılır. Ancak, intikali yapılan gayrimenkule isabet eden veraset ve intikal vergisi tamamen ödenmedikçe devir ve ferağ yapılamaz ve üzerinde herhangi bir aynı hak tesis edilemez. Tapu memurları vergi daire- since verilmiş ilişik kesme belgesi olmaksızın devir ve ferağ işlemi yapamazlar; aksi halde verginin ödenmesinden mükellefler ile birlikte müteselsilen sorumlu olurlar". Maddenin 1984 yılından önceki haline göre ise vergileri ödenmedikçe taşınmazın devredilmesi mümkün değildi.

²⁰⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 400; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 353; Bu durum doktrinde "*nispi tescil ilkesi*" olarak da adlandırılır. Bkz. Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 245.

²⁰⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 701; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 353; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 401.

²⁰⁶ Örneğin kazandırıcı zamanaşımı kesilir.

²⁰⁷ R. Pfäffli (1999). *Der Ausweis Für Die Eigentumseintragung Im Grundbuch*, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal Dike Verlag Ag, s. 421; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 246; A. Meier-Hayoz, (1974). *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.Band, Das Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, 2.Teilband, Das Grundeigentum I, Artikel 655-679 ZGB, Bern, Art. 656, N. 78.*

ispatlarlar²⁰⁸.

Terekedeki taşınmazın mülkiyetini yasal ve atanmış mirasçılar (küllî halefler) kendiliğinden kazanır. Cüzi halef niteliğindeki vasiyet alacaklısı ise mülkiyeti, mirasın açılmasıyla kendiliğinden kazanmaz. Vasiyet alacaklısı mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteme hakkına sahiptir²⁰⁹. Bu alacak hakkının kullanılması sonucunda -gereken şartların gerçekleşmesi halinde- taşınmaz mülkiyetini tescil ile kazanır²¹⁰.

Mirasçının tek kişi olduğu ihtimalde taşınmaz mülkiyeti doğrudan bu kişiye geçer ve yapılan tescil bildirici niteliktedir²¹¹. Birden fazla mirasçının olduğu ihtimalde ise mirasçılar elbirliği halinde taşınmaza malik olurlar. İki ihtimalde de taşınmazın mülkiyeti kanun icabı geçer. Sonrasında miras ortaklığındaki mirasçılar elbirliği mülkiyetten bireysel mülkiyete geçebilirler (TST md. 28). Paylaşma, paylaşma sözleşmesi ile veya aksi halde mahkeme kararı ile olur (TMK md. 676/III). Borç doğurucu işlem olan paylaşma sözleşmesi, mülkiyetin tapu siciline tescilinin hukukî sebebidir²¹². Bu sözleşmeye dayanarak bütün mirasçıların yazılı olarak tescili istemesi veya tescile rıza göstermesi gerekir²¹³. Bu istem sonucu yapılan tescil kurucu niteliktedir²¹⁴.

Mirasçıların taşınmazı paylaşma konusunda anlaşamamaları halinde miras ortaklığı, paylaşma davası sonunda mahkemenin verdiği karar ile sona erer²¹⁵. Mahkemenin kararı ile mirasçılar bireysel olarak taşınmaz mülkiyetini kazanırlar. Bu karara istinaden yapılan tescil ise bildirici niteliktedir²¹⁶. Mirasın paylaşılması ile miras ortaklığı sona erer ve mirasçıların bireysel mülkiyeti meydana gelir²¹⁷.

²⁰⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 401; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354.

²⁰⁹ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 305, pr. 1324; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354.

²¹⁰ Değindiği üzere vasiyet alacaklısı tescili isteme alacak hakkını kullandığı halde vasiyeti ifa borçluları tescili istemekten kaçınırlarsa, vasiyet alacaklısı TMK md. 716'ya dayanarak tescili zorlama davası açabilir.

²¹¹ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 246.

²¹² Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 247.

²¹³ Paylaşma sözleşmesine rağmen mirasçılar tescil isteminde bulunmaz ise tescile zorlama davası açılabilir (TMK md. 716).

²¹⁴ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 401; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 247; P. Liver, (1980a) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. N/2a/1, Die Grunddienstbarkeiten, ZGB 730-744, 2. Aufl., Zürich, s. 156; Rey, Sachenrecht, N. 1849-1650; Laim-BSK ZGB, Art. 656, N. 38 vd.

²¹⁵ Bu ihtimalde mahkemenin kararı inşaî nitelikte; tescil ise bildiri niteliktedir. Başka bir ifadeyle mahkeme kararı ile taşınmazın mülkiyeti bireysel olarak kazanılır.

²¹⁶ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 247.

²¹⁷ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 247.

2.3.1.2. İşgal yoluyla tescilsiz kazanma

İşgal, taşınmaz mülkiyetinin zilyetlik yoluyla tescilden önce ve aslen²¹⁸ kazanıldığı bir haldir²¹⁹. Kişinin sahipsiz bir taşınmazın maliki olmak amacıyla zilyedi olmasına işgal denir²²⁰. Bu anlamda ancak arazi ile kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerin mülkiyeti işgal yoluyla kazanılabilir²²¹. Zira taşınmaz niteliğini haiz bağımsız ve sürekli haklar ile paylı mülkiyet payının maddi olarak işgal edilmesi mümkün değildir²²².

Taşınmazın sahipsiz olmasından, malikinin bulunmaması anlaşılır²²³. Ancak maliki bulunmayan her taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması mümkün değildir²²⁴. TMK mülkiyetin işgal yoluyla kazanılmasında, tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar ile kayıtlı olmayan taşınmazlar arasında ayırım yapmıştır (TMK md. 707). Buna göre; tapu siciline kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin kazanılması, kaydın malikin istemiyle terkin edilmiş olması halinde mümkündür (TMK md. 707/I). Ayrıca tapuya kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması için, taşınmazın sahipsiz olduğunun tapu sicilinden anlaşılması gereklidir²²⁵.

Taşınmazın sahipsiz hale gelmesi de ancak malikin mülkiyet hakkını terkiyle (vazgeçme) mümkündür²²⁶. Mülkiyet hakkının terki için malikin yazılı olarak tapu müdürlüğüne başvurup mülkiyetin terkinini talep etmesi gerekir²²⁷. Bu anlamda terkinin hangi sebepten ötürü yapıldığının ve malik olarak kayıtlı kişinin tespit edilebilir olması şarttır²²⁸. Malikin kim olduğunun veya terkinin sebebinin anlaşılacağı hallerde

²¹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 405; işgal ile mülkiyetin kazanılması yeni malik ile eski malik arasında yapılan hukuki işleme dayanmaz. Detaylı bilgi için bkz. Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 254.

²¹⁹ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 477; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 253; Meier-Hayoz, Art. 658, N. 13; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 305, pr. 1325.

²²⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 405; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 305, pr. 1325; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356.

²²¹ Meier-Hayoz, Art. 658, N. 4; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356, 357; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 405; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 477.

²²² Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 477; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 405.

²²³ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356.

²²⁴ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 255; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356.

²²⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 406; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356.

²²⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 405.

²²⁷ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 255; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356; malikin mülkiyet hakkından vazgeçmesine ender rastlanır. Bu nedenle TMK 707/I pratik değeri olmayan bir hükümdür. Arazinin çorak hale gelmesi, bakım masraflarının aşırı artması gibi sebepler maliki mülkiyet hakkından vazgeçmeye itebilir. Detaylı bilgi için bkz. Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 255.

²²⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 405; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356.

taşınmaz mülkiyeti ancak olağanüstü zamanaşımı ile kazanılabilir²²⁹. İşgal ile kazanılamaz²³⁰.

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması ise mümkün değildir (TMK md. 707/II)²³¹. Aslında sahipsiz olsa ve tapu siciline tescili gerekse dahi taşınmaz tapu kütüğüne siciline kayıtlı değilse mülkiyeti işgal ile kazanılamaz²³². Böyle bir taşınmazın mülkiyeti ancak olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılabilir (TMK md. 713). Doğal olarak, tapu kütüğüne kaydedilmeyen devletin hüküm ve tasarrufu altındaki sahipsiz yerler ve kamu malı niteliğini haiz diğer taşınmazların mülkiyeti işgal yoluyla kazanılamaz (TMK md. 715/II,III; 999)²³³.

İşgal eden, taşınmaz mülkiyetini malik olma amacıyla zilyetlik kurduğu anda, tescilden önce kazanır²³⁴. İşgal eden kişinin (malikin) yazılı istemiyle mülkiyet tescil edilir (TMK md. 706/II)²³⁵. Bu istemde işgal ile mülkiyetin kazanıldığını ispatlayan olgu ve vakalar da gösterilir²³⁶. Yapılacak tescil kurucu değil; açıklayıcı niteliktedir.

2.3.1.3. Kamulaştırma yoluyla tescilsiz kazanma

Anayasa, devlet ve kamu tüzel kişilerine kamu yararının gerektirmesi ve diğer birtakım şartların yerine getirilmesi koşuluyla kamulaştırma yetkisi vermiştir (md. 46). Kamulaştırma, kamu yararının gerektirdiği hallerde devlet ve kamu tüzel kişilerinin idari tasarruf ile bedellerinin tamamını peşin ödeyerek özel mülkiyetteki taşınmazın mülkiyetinin tamamının veya bir kısmının kazanmasıdır (AY md. 46)²³⁷. Kamulaştırmayı düzenleyen temel kanun 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'dur. Esas olan idarenin

²²⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 255; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 405;

²³⁰ Tapu sicilinde sebebe bağlılık ilkesinin doğal sonucu olarak tapu sicilinden terkinin yolsuz olduğu durumlarda da malik mülkiyeti kaybetmediğinden taşınmaz mülkiyeti işgal yoluyla kazanılamaz. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 356, 357. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir bu durumda taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabileceği görüşündedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, N. 1514.

²³¹ Önceki kanun dönemindeki durum ve detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (8. Baskı), **a.g.k.**, s. 309 vd.; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 256 vd.

²³² Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 306, pr. 1331; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 357; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407.

²³³ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 357.

²³⁴ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 256; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 477; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 358; bu anlamda zilyetlik kurulduktan sonra zaman geçmesi şart değildir. Bu anlamda kazandırıcı zamanaşımından farklıdır. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 414; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 357; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 256.

²³⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 358.

²³⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 358.

²³⁷ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 307, pr. 1338.

tapuya kayıtlı taşınmazı satın alma yoluyla kamulaştırılmasıdır; fakat mal değişim yolu ile kamulaştırma yapılması da mümkündür (Kamulaştırma Kanunu ‘KamK’ md. 8).

TMK açısından kamulaştırmanın iki anlamı vardır. İlki, TMK md. 705/II’ye göre kamulaştırma ile taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılmasıdır. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması yalnızca malik ile idarenin anlaşamaması ve bunun sonucu olarak kamulaştırmaya mahkemenin karar vermesi halinde söz konusudur (KamK md. 10, 25). Zira malikin idare ile anlaşması halinde imzalanan kamulaştırma tutanağı malikin tescil talebini içerir (KamK md. 8). İdare taşınmaz mülkiyetini tescil ile kazanılır (KamK md. 6)²³⁸.

Kamulaştırmanın TMK açısından ikinci anlamı ise taşınmaz mülkiyetinin nispi kaybedilmesidir. Çünkü mülkiyeti hakkı yok olmamakta; idareye geçmektedir²³⁹. TMK md. 717/II’de mülkiyetin ne zaman kaybedileceği özel kanunlara bırakılmıştır.

KamK’ya göre kamulaştırma kararı alan idare öncelikle kamulaştırılacak taşınmazı tespit ve onun değerini takdir eder²⁴⁰. Taşınmaz bedelinin takdirini idarenin görevlendirdiği takdir komisyonu yapar (KamK md. 8/II). Ardından, takdir edilen bedel belirtilmeksizin taşınmaz malikine resmî taahhütlü yazı ile bildirimde bulunulur. Bu bildirim idarenin malike ait taşınmazı peşin, pazarlıkla, kanunda öngörülen hallerde taksitle satın alma veya mal değişimi yoluyla edinme isteğini içerir (KamK md. 8/IV). Bu aşamadan sonra malikin tutumuna göre iki ihtimal söz konusudur. İlk ihtimal olarak; malik, resmî yazının tebliğinden on beş gün içinde söz konusu taşınmazı anlaşmayla / pazarlıkla satmak veya mal değişimi için idareye başvurursa pazarlık yapılır. İdarece belirlenen bedeli geçmemesi koşuluyla bedelde veya mal değişiminde anlaşılırsa, gerekli tutanak düzenlenir²⁴¹. Bu kamulaştırma tutanağı malikin tescil istemini de içerir ve idare adına yapılacak tespitin hukukî sebebi kabul edilir (KamK md. 8/V)²⁴². Anlaşma tutanağının düzenlenmesinden kırk beş gün içinde idare tutanakta belirtilen miktarı hazır

²³⁸ 24.04.2001’de 2942 sayılı kanunla değiştirilmeden önce KamK’ye göre taşınmaz mülkiyeti, kamulaştırmanın tamamlanmasıyla tescilden önce kazanılmaktaydı. Bu anlamda değişiklikten önce KamK’ye göre taşınmaz mülkiyetinin tam anlamıyla tescilden önce kazanılması söz konusuydu. (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 412).

²³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 702, 703.

²⁴⁰ AY md. 49/II

²⁴¹ Tutanak, anlaşma konusu taşınmaz malın tüm hukukî ve fiili vasıfları ile kamulaştırma bedelini, malikin kimlik bilgilerini ve taşınmazların tapuda tesciline veya terkinine dair kabul beyanlarını da ihtiva eder (KK 8/V).

²⁴² KamK md. 8/IV’in 2016’da değiştirilmesinden önce idare ile malikin anlaşması ile imzalanan kamulaştırma tutanağı, malikin tescil beyanını içermemekte idi. Bunun sonucu olarak, anlaşmaya rağmen malikin tescil isteminde bulunmaması mümkündü. Bu durumda KK md. 10’da öngörülen prosedür ile -anlaşma olmaması halinde olduğu gibi- mahkeme kararı ile mülkiyetin idare lehine kazanılması söz konusuydu.

eder. Taşınmaz üzerinde hak ve kısıtlama olmadığına ilişkin bildirimle dayanılarak idare adına tescil yapılır ve ardından kamulaştırma bedeli ödenir (KamK md. 8/VI).

KamK md. 8/VI'da idare adına tescil veya terkinin resen yapılacağı belirtilmesi teknik anlamda doğru değildir²⁴³. Zira kamulaştırma tutanağı malikin tescil talebini içerir. Bu anlamda tescil veya terkin resen değil; malikin talebi üzerine yapılır.

İkinci ihtimal, malik ile idarenin anlaşamaması veya ferağ verilmemesi²⁴⁴ halidir (KamK md. 8/VIII). İdare, kamulaştırmanın satın alma usulüne göre yapılamaması halinde taşınmazın bulunduğu yer mahkemesine başvurur ve kamulaştırma bedelinin tespiti ile (bedelin ödenmesi kaydıyla) tescile hükmedilmesini ister. Duruşmada hâkim tarafları anlaşmaya davet eder. Taraflar anlaşırsa bedelin malike ödenmesine ve taşınmaz mülkiyetinin malik adına tesciline karar verilir. Taraflar anlaşamazsa taşınmazın bedeli KamK md. 10'da öngörülen prosedürle tespit edilir. Taraflar bu tespit edilen bedel üzerinde de anlaşamazlarsa bedeli, bizzat hâkim tespit eder. Mahkeme, idari yargıda dava açılıp yürütmeyi durdurma kararı alındığı belgelendirilmediği takdirde, idare adına tescile karar verir. Mahkemenin verdiği tescil kararıyla idare mülkiyeti aslen kazanır²⁴⁵ ve malik mülkiyet hakkını kaybeder (KamK md. 25/I).

2.3.1.4. Cebri İcra ile tescilsiz kazanma

İcra İflas Kanunu'na göre haczedilen, rehnedilen veya iflas masasındaki taşınmazın paraya çevrilmesi durumlarında, alıcı mülkiyeti tescilden önce kazanır. İlk durum için, haczedilen taşınmazın paraya çevrilmesi sadece açık artırma (cebri ihale) ile satılarak olur ve açık artırma İİK'ye göre yapılır (İİK md. 123 ve TBK md. 279/III). Rehnedilmiş taşınmazın paraya çevrilmesinde de hacizli taşınmazın paraya çevrilmesine ilişkin hükümler uygulanacağından (İİK md. 150/g) rehnedilmiş taşınmaz da açık artırımla satılarak paraya çevrilir. Alıcı taşınmazın mülkiyetini tescilden önce, ihalenin kesinleştiği anda kazanır (İİK md. 134, 243)²⁴⁶. İflas masasındaki taşınmazın paraya çevrilmesi ise

²⁴³ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 359, dpnt. 378.

²⁴⁴ KamK md. 8/V'e göre kamulaştırma tutanağı malikin tescil talebini içerdiğinden, malikin ferağ'dan (tescilden) kaçınması mümkün değildir. Bu nedenle, burada ayrıca ferağ verilmemesi ihtimalinin zikredilmesi gereksiz olmuştur. Maddenin 2016 yılından önceki halinde malikin tescilden kaçınması mümkün olduğu için madde 10 ferağ verilmemesi halini de zikretmiştir. Özetle, KamK md. 8/VIII'de anlaşma olmaması ile ferağ verilmemesi ifadelerinin birlikte kullanılması, kanunun eski halinden kalmadır ve uygulama alanı yoktur.

²⁴⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 360; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 251; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 501; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 310, pr. 1358.

²⁴⁶ Taşınmazın ihale edilmesinden ve bedelin alınmasından sonra tapu siciline bildirilir (İİK 235). Tapu siciline yapılacak tescil, bildirici niteliktedir. Bkz. Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 251; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 316, pr. 1394;

açık artırma veya pazarlık suretiyle olur (İİK md. 241). İflas masasının taşınmazı açık artırımla sattığı hallerde de hacizli taşınmazın paraya çevrilmesine ilişkin hükümler uygulanır. İflas masasındaki taşınmazın pazarlık usulüyle satışı halinde taşınmaz mülkiyetinin tescille mi tescilden önce mi kazanıldığı tartışmalıdır²⁴⁷. Hâkim görüş bu hallerde taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılacağıdır²⁴⁸.

2.3.1.5. Mahkeme kararıyla tescilsiz kazanma (Tescile Zorlama Davasıyla Kazanma)

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hallerden olan “*taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılması*” TMK md. 716/I’de düzenlenmiştir. Hüküm, “*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.*” demektedir. Hükümün lafzından da anlaşıldığı üzere, mülkiyetin mahkeme kararıyla kazanılması için ortada taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran bir ilişki olması gerekir. Bu ilişki uygulamada genel olarak sözleşme olsa da niteliği itibariyle farklılık gösterir ve çeşitli hukuk alanlarından doğar.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için -devir borcu doğuran ilişkinin gereği olarak- satıcının tescil talebinde bulunması gerekir (TMK md. 1013/I). Nitekim -Alman ve Fransız hukukundan farklı olarak- Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme (ilişki) ile alıcı taşınmaz mülkiyetini doğrudan kazanmaz. Bunun için malikin tapu siciline tescil talebinde bulunması ve nihayetinde tapuya tescil edilmesi gerekir. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme (hukukî ilişki) alıcıya tescili isteme hakkı verir²⁴⁹. Bu hak aynı hak değil; alacak hakkı (nispi hak) niteliğindedir²⁵⁰. Malik bu hukukî ilişkiye aykırı davranarak -herhangi bir sebeple- tescili istemekten kaçınabilir. İşte bu ihtimal için TMK md. 716 taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için özel bir yol öngörmüştür. Satıcı mülkiyetin alıcı adına tescilini istemekten kaçınırsa -diğer şartların da oluşması kaydıyla- alıcı tescile zorlama davası açabilir. Mahkemenin

Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 715; H. C. Huber, (1978) Anmeldung und Tagebuch im schweizerischen Grundbuchrecht, in: ZBGR 59, s. 163.

²⁴⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 404;

²⁴⁸ Meier-Hayoz, (1974), **a.g.k.**, Art. 656, N. 102; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 251; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 404; hatta kimi yazarlar taşınmazın pazarlıkla satılmasında resmî senet düzenlenmesinin de gerekli olduğunu savunur. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 715.

²⁴⁹ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 5.

²⁵⁰ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 5.

kararı ile alıcı taşınmaz mülkiyetini kazanır. Ardından tapu kütüğüne yapılacak tescil bildiri niteliktedir (TMK md. 705/II).

2.3.2. TMK md. 705'te belirtilmeyenler

2.3.2.1. Kişiliği sona eren tüzel kişinin mallarının kamu kurum kuruluşuna geçmesi

İki durumda, kişiliği sona eren tüzel kişinin malları kamu hukuku tüzel kişisine geçer. İlk olarak, TMK md. 54/I uyarınca “*Tüzel kişinin malvarlığı, kanunda veya kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça ya da yetkili organı başka türlü karar vermedikçe, en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna geçer.*”. İkinci olarak ise, TMK md. 54/III gereğince, “*Hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı herhâlde ilgili kamu kuruluşuna geçer.*”²⁵¹. İki durumda da kamu kurumu taşınmaz malları mülkiyetini tescilden önce kazanır²⁵².

2.3.2.2. Vakfa özgülenen malın mülkiyetinin vakfa geçmesi

Vakıf, yerleşim yeri mahkemesinde tutulan özel sicile tescille tüzel kişilik kazanır. Vakfın tüzel kişilik kazanmasıyla, vakfa özgülenen malların mülkiyeti vakfa geçer (TMK md. 105/I). Vakfın tesciline karar veren mahkeme, vakfa özgülenen taşınmazın tescil edilmesini tapu idaresine bildirir (TMK md. 105/II). Vakıf, kendisine özgülenen taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanır²⁵³. Tapu kütüğüne yapılan tescil bildirci niteliktedir²⁵⁴.

2.3.2.3. Mal rejimi sözleşmesi sonucu meydana gelen değişiklik

Eşler, mal ortaklığı mal rejimini seçmekle ortaklığa giren mallarda elbirliği halinde malik olurlar (TMK md. 256). Diğer mal rejimlerinden birinin seçilmesi durumunda, mülkiyet değişikliği kendiliğinden meydana gelmez. Mal ortaklığı mal rejiminin

²⁵¹ Bu ihtimalde tüzel kişinin yetkili organının aldığı karar veya tüzük hükmü olsa bile malvarlığı ilgili kamu kuruluşuna geçer. Bkz. Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 263.

²⁵² Meier-Hayoz, (1974), **a.g.k.**, Art. 656, N. 94; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 722; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 263; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 361; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 414.

²⁵³ Meier-Hayoz, (1974), **a.g.k.**, Art. 656, N. 94; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 722; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 263; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 361; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 414; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 323, pr. 1429.

²⁵⁴ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 262; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 361; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 414.

seçilmesi, noterde evlilik sözleşmesi ile yapılabileceği gibi evlenme başvurusunda eşlerin yazılı olarak bildirmesiyle de yapılabilir (TMK md. 205, 706/II). Mal ortaklığı rejiminin seçilmesiyle, mülkiyet hakkında meydana gelen değişiklik eşlerden birinin talebiyle tapu kütüğüne tescil edilir (TMK md. 716/III). Bu tescil bildirici niteliktedir.

2.3.2.4. Yeni arazi oluşması

Devletin yeni oluşan arazinin mülkiyetini TMK md. 708'e göre tescilden önce kazanması mümkündür. Nitekim maddeye göre "*Birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerde yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazi Devlete ait olur,*.. Bunun için dört şart gerekir. Bunlar; yeni bir arazinin oluşması, yeni arazinin sahipsiz yerlerde oluşması, yeni oluşan arazinin sahipsiz yerlerden gelmiş olması ve arazinin yararlanmaya elverişli olmasıdır²⁵⁵.

Yeni oluşan bu arazi devlete ait olur (TMK md. 708). Doktrinde yeni oluşan arazinin, kural olarak devletin özel malları arasına dahil olacağı kabul edilir²⁵⁶. Böylece devlet, yeni oluşan arazinin mülkiyetini tescilden önce ve aslen kazanır²⁵⁷. Ardından tapu siciline bildirici nitelikteki tescil yapılır. Kamusal sakıncanın bulunmadığı hallerde²⁵⁸ devlet, arazisini kaybedene veya bitişik arazinin malikine devredebilir (TMK md. 708/II).

TMK dışında kimi özel kanunlarda da sahipsiz yerlerde oluşan arazi üzerinde özel mülkiyet kurulmasına cevaz verilmiştir²⁵⁹. Örneğin Tapu Kanunu'na göre belirli koşulların oluşması halinde deniz, göl ve nehir kenarlarında doldurma sonucu oluşan yerlerin, dolduranlar adına tescili mümkündür (Tapu Kanunu md. 8, 11, 14)²⁶⁰.

²⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 262; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 364 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 414 vd.

²⁵⁶ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 480; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 262; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 366; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Tarıma elverişli olup olmasına göre, arazinin devletin özel malları arasına mı gireceği yoksa TMK md. 715 gereği devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallardan mı olacağı tartışılmıştır. İsviçre Hukukunda kabul edilen görüşe göre; bu arazinin tarıma elverişli olması zorunlu değildir; kendisinden başka türlü yararlanılması yeterlidir. Bu nedenle TMK md. 708 hükmü, TMK md. 715/II'teki tarıma elverişli olmayan arazinin kimsenin mülkiyetinde olmayacağını karinesinin bir istisnasıdır. Tartışmalar için bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 366 vd.

²⁵⁷ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 367; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.

²⁵⁸ Kamusal sakıncanın bulunmamasından, yeni oluşan arazinin devletin hüküm ve tasarrufu altındaki arazilerden olmaması (kıyı gibi) anlaşılır. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 367.

²⁵⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 367.

²⁶⁰ Örneğin Tapu Kanunu md. 8: "... İzinle doldurulan bu yerler izin veren dairelerden alınacak belgeler üzerine değer baha aranmaksızın dolduran namına tapu sicillerine geçilir. ...". Detaylı bilgi için bkz. Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 262; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 367, 368; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 419 vd.; 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na göre kamu yararının gerektirdiği hallerde deniz, göl ve akarsularda doldurma ve

2.3.2.5. Ticaret ortaklıklarına sermaye olarak taşınmaz konulması ve şirket birleşmesi

Şirket esas sözleşmesinde bilirkişi tarafından belirlenen değeriyle yer alan her tür taşınmaz, tapuya şerh verildiği takdirde ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilir (TTK md. 127/I, 128/II). Şirketin sermaye olarak konulan taşınmazda tasarruf edebilmesi için ise taşınmaz mülkiyetinin tapu kütüğüne tescili gerekir (TTK md. 128/V)²⁶¹. Şirket tüzel kişilik kazanmakla, sermaye olarak konulan taşınmazın mülkiyetini de tapu siciline tescilden önce kazanır²⁶². Nitekim ticaret sicili müdürü, resen taşınmaz mülkiyetinin veya aynı hakkın tescil istemini tapu siciline bildirir (TTK md. 128/VI).

Ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesinde de benzer durum söz konusudur. TTK md. 153/I'e göre şirketlerin birleşmesiyle devrolunan şirketin; TTK md. 179/I'e göre ise bölünmesi durumunda ise devreden şirketin hak ve borçları otomatikman devralan şirkete geçer. Anılan iki ihtimalde de devralan şirket, taşınmazların aslen ve mülkiyetini tescilden önce kazanır²⁶³. Ticari işletmenin devrinde de devrin ticaret siciline işlenmesiyle devrolunan işletmenin tüm malvarlığı unsurları ayrıca tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek olmaksızın devralan şirkete geçer (TTK md. 11/III)²⁶⁴. Külli halefiyet ilkesinin sonucu olarak işletmeyi devralan işletme, devreden işletmenin taşınmazlarını tapu kütüğüne tescilden önce kazanır²⁶⁵.

2.3.2.6. 5543 sayılı kanun uyarınca tahsis

1331, 2510 ve 1771 sayılı kanunların “zımni ve sarih hükümlerine göre usulü dairesinde yapılıp katileşen tahsis ve tevfişler” 1944 tarihli, 30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre²⁶⁶ tescilden önce mülkiyet hakkının kazanılmasını sağlamaktaydı²⁶⁷. 1771 ve 1331 sayılı kanunlar artık yürürlükte değildir²⁶⁸. 5543 İskân Kanunu, 2510 sayılı İskân

kurutma yoluyla arazi elde edilebilir (Kıyı Kanunu md. 7). Ancak oluşan bu araziler devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Özel mülkiyete tabi olamaz.

²⁶¹ Özdamar, M. (2015). 6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*. C. 1(1), ss. 147.

²⁶² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 364; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417.

²⁶³ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 323, pr. 1431; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 362.

²⁶⁴ Ticari işletmenin devrine ilişkin yazılı sözleşmenin hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Erdem, H. E. (2013). Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri. *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 8, Özel Sayı, s. 1005 vd.; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 362 vd.

²⁶⁵ Erdem, (2013), **a.g.k.**, s. 997; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 362; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 422.

²⁶⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Kısmı, 1930-1947, Ankara 1948, 182; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 422, dpnt. 606'dan naklen.

²⁶⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 422.

²⁶⁸ Anılan iki kanun 10.07.1945 tarih ve 4796 sayılı kanunla yürürlükten kaldırıldı. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 422.

Kanunu'nun yerini almıştır. 1944 tarihli İctihadı Birleştirme Kararı'na uygun olarak 5543 sayılı İskân Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı kabul edilmelidir²⁶⁹. Nitekim kanunun 19. maddesine göre “*Bu Kanun hükümlerine göre verilen taşınmaz malların temlikine, vali ve kaymakamlar yetkilidir. Dağıtım defter veya kararlarının vali veya kaymakamlarca onanması, temliktir*”²⁷⁰.

3. Taşınmaz Mülkiyeti ile Taşınır Mülkiyetinin Hukukî İşleme Kazanılmasının Genel Olarak Karşılaştırılması ve Sistem Farklılığının Sonuçları

Taşınır eşya ile taşınmaz eşya arasında birtakım temel farklılıklar vardır. Bunlardan başlıcaları; taşınır eşyanın özü ve fonksiyonu değiştirilmeden yer değiştirebilir (taşınabilir) olması, taşınmazların sınırlı sayıda bulunması ve taşınmazların taşınırlara oranla ekonomik²⁷¹ ve sosyal önemlerinin fazla olmasıdır. Gerçekten de taşınmazlar insanın en temel birkaç ihtiyacından olan “*barınma*” hakkına hizmet eder²⁷². Bu anlamda taşınmazlar yaşama hakkı ile dirsek teması içindedir. Ayrıca taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar uygulamada en sık karşılaşılan uyuşmazlıklardandır.

Nitelik farklılıkları, taşınır ile taşınmaz eşyanın hukukunu derinden etkiler ve hatta şekillendirir²⁷³. Nitekim TMK'da sistematik olarak taşınmaz mülkiyeti-taşınır mülkiyeti, tapu sicili-zilyetlik ve taşınmaz rehni-taşınır rehni ayrımı yapılmıştır²⁷⁴.

Aynı haklar, yalnız hukukî ilişki içinde bulunulan kişiye karşı değil; herkese karşı ileri sürülebilir. Aynı hakları ihlal etmeme yükümlülüğü herkese aittir²⁷⁵. Bu yüzden aynı hakkın varlığının ve kime ait olduğunun dış dünyaya gösterilmesi gerekir ki kişiler aynı hakkın varlığını ve kime ait olduğunu bilsinler ve ona göre davransınlar²⁷⁶. Bu

²⁶⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 422.

²⁷⁰ Zira 2510 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde -kanunda açık hüküm olmamasına rağmen- mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı mahkeme içtihatlarında kabul edilmekteydi: Yarg. 7. *Hd.*, 21.11.1975, 6360/6468 (YKD 1976/6, 883); Yarg. 7. *Hd.*, 11.10.1977, 1076/10-389 (YKD 1979/1, 53); Yarg. 1. *Hd.*, 22.04.1987, 1897/3765 (YKD 1987/10). (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 422, dpnt. 607'den naklen).

²⁷¹ Günümüzde bu durum yavaş yavaş değişmektedir. Hisse senetleri, uranyum gibi değerli madenler, taşınmazların değerlerini katbekat aşmaktadır. Ancak anılan diğer özellikleri gereği taşınmazların önemini yadsımak mümkün değildir. Bkz. Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 259 vd.

²⁷² Barınma (konut) hakkı, Anayasanın 57. maddesinde korunmuştur.

²⁷³ Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 30; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 259.

²⁷⁴ Taşınır mülkiyeti TMK md. 762-778 arasında; taşınmaz mülkiyeti ise TMK md. 704-761 arasında düzenlenmiştir. Benzer şekilde, TMK md. 939-972 arasında taşınır rehni; TMK md. 850-938 arasında taşınmaz rehni düzenlenmiştir.

²⁷⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 27.

²⁷⁶ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, Art. 641, N.52; Simonius, Sutter, (1995), **a.g.k.**, § 3 Rz. 17; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 27.

sebeplerden, aynı haklarda kamuya açıklık prensibi geçerlidir. Taşınırlarda aleniyetin sağlanmasında zilyetlik ilkesi; taşınmazlarda ise tescil ilkesi geçerlidir²⁷⁷.

Doğası gereği yer değiştirebilir olması nedeniyle -taşınmazlardan farklı olarak taşınırlarda zilyetlik aleniyeti ve hak sahipliği karinesini sağlamakta yeterlidir²⁷⁸. Ayrıca taşınır eşya için sicilin varlığına ihtiyaç duyulmaz. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların aleniyeti ise Türk-İsviçre hukuklarında herkese açık tapu sicili sistemi ile sağlanır²⁷⁹.

Kamuya açıklığı sağlamadaki sistem farklılığının sonucu olarak, taşınır mülkiyetinin kazanılması için kural olarak zilyetliğin devri yeterlidir. Ayrıca herhangi bir sicile tescil gerekmez²⁸⁰. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması ise kural olarak²⁸¹ ancak tapu siciline tescille mümkündür. Buna tescil ilkesi denir.

Hemen aşağıda taşınır ve taşınmaz mülkiyetlerinin kazanılması karşılaştırılacak ve bunun tescile zorlama davası bakımından sonuçları verilecektir.

3.1. Genel olarak taşınır mülkiyetinin kazanılması

Taşınır mülkiyetinin konusu TMK md. 762'ye göre taşınır eşya ile edinmeye elverişli olan doğal güçlerdir. Taşınır eşya, cismani varlığı bulunan ve özünde-fonksiyonunda değişiklik yapılmadan başka yere hareket ettirilebilen eşyadır²⁸². Taşınır mülkiyetine konu olan doğal güçler ise, kişilerin hâkimiyet altına alabildiği ve taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmemiş varlıklardır²⁸³.

²⁷⁷ Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 267; Simonius, Sutter, (1995), **a.g.k.**, § 3 Rz. 17; Koller, (2017), **a.g.k.**, s. 135; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 259.

²⁷⁸ Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 259.

²⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 27.

²⁸⁰ Özellik gösteren taşınırlar da vardır. Otomobiller, uçaklar ve gemilerde durum özelliklidir. Bunlarda - taşınmaz mülkiyetinde benzer - tescil sistemi öngörülmüştür. bkz. aşağı. İkinci Böl. 1.1. s. 61.

²⁸¹ Tescil ilkesinin istisnaları ancak kanunda öngörülebilir. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 27.

²⁸² Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 503; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.; Bu taşınmanın eşyanın kendi hareketi neticesinde olması veya dışsal bir güç tarafından gerçekleşmesi önemli değildir.

²⁸³ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 503, 504; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.; atom bombasında toplanmış nükleer enerji ve kolektörde toplanmış elektrik enerjisi, bunlara örnektir. Ancak kontrol altına alınmamış güneş enerjisi ve halidaki elektrik enerjisi taşınır mal niteliğinde değildir. Bkz. Serozan, (2014), **a.g.k.**, pr. 1057; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 503; bağımsız ve süreli haklar tapu kütüğüne kaydedildiğinde nasıl taşınmaz mülkiyeti hükümlerine tabi oluyorsa; hâkimiyet altına alınabilen doğal güçler de taşınır eşya hükümlerine tabi olurlar. Bu durum onları taşınır eşya haline getirmez. Bkz. Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 504; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.

Taşınır mal, bir taşınmazın bütünleyici parçası haline geldiği zaman bu niteliğini kaybeder ve taşınmaz mülkiyeti hükümlerine tabi olur²⁸⁴. Doğal güçler, bağımsız ve sürekli hak niteliğini kazanıp tapu kütüğüne tescil edildiğinde taşınır eşya niteliğini taşımaz. Bağımsız ve sürekli bir hakka konu olan doğal güçler de taşınır mülkiyeti hükümlerine tabi değildir (TMK md. 762).

Taşınmaz mülkiyeti gibi taşınır mülkiyeti de aslen veya devren kazanılır. Taşınır mülkiyetinin aslen kazanıldığı haller; sahiplenme, işleme, karışma, birleşme, bulunmuş eşya, define ve kazandırıcı zamanaşımıdır²⁸⁵. Taşınır mülkiyetinin devren kazanıldığı haller ise; zilyetliğin devrini de içeren hukukî işlemle (ayni sözleşmeyle) devir ve zilyetlik devredilmeksizin mülkiyetin kazanıldığı hallerdir²⁸⁶. Çalışmamız bakımından taşınır mülkiyetinin hukukî işlem ile devri önem taşır.

3.2. Taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin hukukî işlemle devren kazanılmasının karşılaştırılması

3.2.1. Mülkiyetin devrinde tek sözleşmeli yapı veya çift sözleşmeli yapı olması açısından

Taşınır eşyanın hukukî işlemle devri TMK md. 763/I'de düzenlenmiştir. Maddede “*Taşınır mülkiyetinin devri için zilyetliğin devri gerekir*” denilerek taşınır mülkiyetinde zilyetliğin devri ilkesinin geçerli olduğu düzenlenmiştir. Taşınır mülkiyetinin kazanılması için tarafların mülkiyetin devri konusunda anlaşması ve zilyetliğin mülkiyeti kazandırma amacıyla devredilmesi gerekir²⁸⁷. Bu anlamda taşınır mülkiyetinin kazanılmasındaki tasarruf işlemi, ayni sözleşmedir²⁸⁸. Bu ayni sözleşmenin kurucu

²⁸⁴ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 503; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.

²⁸⁵ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 504 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.; detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 398 vd.

²⁸⁶ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 504 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.

²⁸⁷ Doktrinde taraftar bulmayan *Kocayusufpaşaoğlu*'nun görüşüne göre ayni sözleşme tarafların mülkiyetin devri amacıyla anlaşmasından ibarettir. Zilyetliğin devredilmesi ise tamamlayıcı unsurdur. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 96; ancak kendisine katıldığımız *Sirmen* zilyetlik devrinin, ayni sözleşmenin kurucu unsuru olduğu görüşündedir. Zira zilyetliğin devrinin tamamlayıcı olgu kabulünde -mülkiyetin ayni sözleşmenin akdedilmesiyle mi zilyetliğin devredilmesiyle mi kazanılacağı problemi gibi- yeni doğan sorunların çözülmesi de gerekir.

²⁸⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 491; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 742 vd; farklı görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 96ç

unsurları, mülkiyetin devrine ilişkin tarafların anlaşması ve zilyetliğin bu amaçla devredilmesidir²⁸⁹.

Taşınır eşyanın mülkiyetinin hukukî işlemle kazanılması tasarruf ve taahhüt işlemlerinin ayrılığı ilkesi (Trennungsprinzip) geçerlidir²⁹⁰. Taşınır mülkiyetinin bu yolla edinilmesi temel olarak üç aşamadan oluşur²⁹¹. İlk aşama taahhüt işlemi niteliğindeki taşınır satış sözleşmesidir. Bu sözleşmenin akdedilmesiyle alıcı mülkiyeti kazanmaz²⁹². Bu anlamda aynı değil; nispi etkilidir²⁹³. Satış sözleşmesiyle alıcı tasarruf işleminin yapılmasını isteme hakkını edinir.

İkinci ve üçüncü aşama ise birlikte taşınır satışının tasarruf işlemini oluşturur²⁹⁴. Bu iki aşama kanuni olarak birbirine bağlanmıştır. İkinci aşama, tarafların alıcıyı malik kılma amacıyla zilyetliği devir konusunda anlaşmalarıdır. Bu anlaşma, zilyetlik anlaşmasıdır. Bu işlem hukukî niteliği itibarıyla “*ayni tasarruf sözleşmesi*”dir²⁹⁵. Bu aynı sözleşme ne TMK md. 763’te ne de ZGB’de düzenlenir. Ancak doktrin ve içtihatlarda aynı sözleşmenin varlığı kabul edilir²⁹⁶. Üçüncü aşama ise zilyetliğin alıcıya geçirilmesidir. TMK md. 763 hükmünün lafzından da anlaşılacağı üzere, taşınır mülkiyetinin devredilebilmesi için teslim dışındaki zilyetlik devri yöntemleri de kullanılabilir. Zilyetliğin devri, taşınır mülkiyetinin alıcıya geçtiğini kamuya açıklama işlevini -aleniyet işlevini- yerine getirir.

²⁸⁹ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 505; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.

²⁹⁰ Serozan bunu “*iki sözleşmeli Alman sistemi*” olarak adlandırır. Mülkiyetin devrinin sebebe bağlı olması ve sebepten soyut olması ise iki sözleşmeli yapıdan bağımsız bir meseledir. İki sözleşmeli yapı taşınır mülkiyetinin devren kazanılmasında taahhüt ve tasarruf işlemlerinin ayrı birer sözleşme niteliğinde olmasıdır. Sebebe bağlılık, sebepten soyutluk ilkeleri ise taahhüt işlemi niteliğindeki sözleşmenin geçersizliğinin tasarruf işlemini de geçersiz kılmayacağı ile ilgilidir. TMK taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğunu açıkça öngörmüştür. Taşınırlarda da illilik yönünde neredeyse oy birliği vardır. Bkz. R. Serozan, (2000). Taşınır Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu, *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, s. 397-412. Ayrılık ilkesi elden satış halinde dahi mevcuttur. Parayı tezgaha bırakıp gazeteyi alan kişi, teorik olarak biri taahhüt diğer tasarruf işlemi niteliğinde iki sözleşme kurmuştur. Detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 398 vd.; İstisnaen taşınırlarda da taahhüt ve tasarruf işleminin bir arada gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin ihale anında sattım demekle kazanılması (TBK md. 279/I), vakfa özgülennmiş malların vakfin tescili ile geçmesi, aynı kapsama dahil eklentilerin taşınmaza ilişkin aynı hakkın tescili ile aynı hakka konu olması. Ancak bu ihtimallerde ihale ve tescil kamuya açıklığı sağlar.

²⁹¹ Serozan bunu “*iki aşamalı ve üç istasyonlu iktisap süreci*” olarak niteler. Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 262 vd.; Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 397.

²⁹² Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 397.

²⁹³ Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 262 vd.

²⁹⁴ Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 398.

²⁹⁵ Alacağın devri ve ibra da tasarruf sözleşmesi niteliğindedir. Ancak zilyetlik anlaşmasında, sayılanlardan farklı olarak kamuya açıklık ve zilyetlik devri söz konusudur.

²⁹⁶ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 505; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 262 vd.

Zilyetlik esasen taşınmazlarda da gündeme gelir. Ancak taşınırlardan farklı olarak taşınmazlarda zilyetlik aleniyet sağlamada yeterli değildir²⁹⁷. Nitekim kişinin sürekli taşınmazının başında durması beklenemez²⁹⁸. Taşınmazlarda zilyetlik taşınırlara nispeten daha uzun sürer ve bunun sonucu olarak uyuşmazlıklar daha uzun bir geçmişe ilişkin olur. İşte aleniyetin sağlanması ve geçmişe ilişkin uyuşmazlıklarda kolaylık sağlanması için taşınmazlarda “*tescil sistemi*” öngörülmüştür. Taşınırlar ile taşınmazlar arasında devir farklılığının temelinde bu yatar.

Görüldüğü üzere taşınmaz mülkiyetinin devrinde olduğu gibi taşınır mülkiyetinin devrinde taahhüt ve tasarruf aşamaları ayrıdır. Taşınmaz mülkiyetinin hukukî işleme devrindeyse tescil ilkesi geçerlidir. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için tapu kütüğüne tescili gerekir. Tescil, kurucu niteliktedir (TMK md. 705/D). Tescilin yapılabilmesi için taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunması, tescilin hukukî sebebini ve tasarruf yetkisine sahip olduğunu kanıtlaması gerekir (TMK md. 1013, 1015; TST md. 16-17). Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında tescil talebi tasarruf işlemidir ve tescil onun tamamlayıcısıdır.

Burada taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin özellikli bir duruma değinmek gerekir. TST'nin “*Resmî senet düzenlenmesi*” başlıklı yirmi birinci maddesine göre sözleşme düzenlenmesi gereken işlemlerde resmî senet düzenlenir ve resmî senetlerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir (TK md. 26/III). Burada bahsedilen yönetmelik Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'tir²⁹⁹.

Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³⁰⁰ md. 7/I-i'de resmî senedin içeriğinde bulunması gereken unsurlar içinde “*Tasarruflî işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanları*” da sayılmıştır. Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 5'te Tapu Müdürlükleri tarafından gerçekleştirilen akitli işlemlerde, TAKBİS programında yer alan resmî senet kullanılacağı düzenlendikten sonra Geçici md. 1'de TAKBİS projesinin henüz uygulanmadığı tapu sicil müdürlüklerinde gerçekleştirilen akitli işlemlerde, örneği bu Yönetmelik ekinde yer alan

²⁹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 27.

²⁹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 27.

²⁹⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.13535&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=tapu%20sicil>.

³⁰⁰ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/11/20091110-7.htm>.

matbu resmî senet (EK-2) kullanılacağı öngörülmüştür. Tapu sicil müdürlüğü görevlilerinin, boş resmî senedi elektronik ortamdan alarak kullanabileceği düzenlenmiş ve yönetmelikte bu eke yer verilmiştir. Gerçekten de yönetmeliğin ekindeki resmî sözleşme örneğinde “*Taraflar bu, akdinin tapu siciline kayıt ve tescilini talep ettiler.*” ifadesi yer almaktadır. Ayrıca md. 23’te tescili yapan resmî görevlinin, resmî senetteki “*Tescil tarafımdan yapılmıştır*” beyanının altına imza atacağı öngörülmüştür. KMK’da daha da ileri gidilerek sözleşmenin aynı zamanda tescil istemi sayılacağı, ayrıca tescil talebi gündeme gelmeyeceği düzenlenmiştir (KMK md. 13).

Gerçekten de tapu sicili uygulamasında taşınmaz satış sözleşmelerinin içinde tescil talebi de yer almakta; taşınmaz satış sözleşmesinden ayrı olarak tescilin (tescil talebinin) ileriye bırakılması mümkün olmamaktadır³⁰¹. Bu durum, uygulamada -TMK’ya aykırı olarak- tasarruf işleminin (tescil talebi) taahhüt işlemi (taşınmaz satış sözleşmesinde) içinde yer aldığı anlamına gelir³⁰².

Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik nedeniyle ortaya çıkan bu durum, TMK 1013/I’e ve tescil talebinin tek taraflı olmasına aykırıdır³⁰³. Çünkü TMK md. 1013’te tescil talebinin, malikin tek taraflı yazılı beyanıyla³⁰⁴ yerine getirileceği öngörülmüştür³⁰⁵. Taşınmaz satış sözleşmesi tapu müdürlüğünde düzenlendikten sonra tescil talebinde bulunup bulunmamak malikin

³⁰¹ H. Tandoğan (2008a). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*. (6. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık., s. 245; Ozanoğlu, H. S. (2017). Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, s. 390; uygulamadaki bu durumun yalnız satış sözleşmeleri için değil; taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran ve tapuda düzenlenmesi gereken her işlem için geçerli olduğu: Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 1; tapu dairesi dışında düzenlenebilen ve taşınmaz mülkiyetinin devri sonucu doğurabilecek sözleşmelerde ise tescil talebinin sonradan yapılması mümkün olabilir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 202; 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde aynı uygulama vardı. bkz. Tandoğan, (2008a), a.g.k., s. 245; Cansel, (1964), **a.g.k.**, s. 46; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 329; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 70; Velidedeoğlu, Esmer, (1956), **a.g.k.**, s. 633 ve 37.

³⁰² Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 296; böyle olunca taşınmaz satış sözleşmesi, satış sözleşmesinin mülkiyeti kazandırdığı Fransız hukukundaki “*birlik ilkesi*”ne yaklaşıp. (Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 398); bu durum doktrindeki tescil talebinin borçlandırıcı işlem içinde bulunan salt usulî bir işlem olduğu görüşüne uygun görülmektedir. Bkz. Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 83, pr. 338 ; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 23 vd.

³⁰³ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2578, Art. 963 N.7; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 184, dpnt. 386; Gürsoy, K. T. (1978). *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 256 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 328. Tescil talebinin borçlandırıcı işlemin içinde yer alması tarafların birlikte tescil isteminde bulunmaları anlamında gelmektedir; bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu yönünde: Özmen, S. ve Bilgin Yüce, M. (2001). Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tamyarı Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler. *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*. Cilt 2, s. 1.

³⁰⁴ Malikin yazılı beyanının geçerlilik koşulu olmadığına, bu nedenle yazılı olmayan bir şekilde irade açıklanmışsa bunun da geçerliği olacağına ilişkin bkz. Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2578, Art. 963 N.8.

³⁰⁵ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2578, Art. 963 N.5.

tasarrufundadır³⁰⁶. Malik tescil talebini ileriye bırakabilir, sözleşmenin kurulmasından bir süre geçtikten sonra da yapabilir³⁰⁷. Zira hukukumuzda taahhüt ve tasarruf işlemlerinin ayrılığı ve taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması öngörülmüştür. Tescilin talep edilmesini istemek de sözleşmeden doğan bir haktır ve alıcıya aittir. Zaten taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmuş olmasına rağmen, malikin tescil talebinde bulunmaması halinde, alıcının başvurabileceği TMK md. 716 hükmü vardır³⁰⁸.

Hal böyle olunca TMK md. 716 hükmünün uygulama alanı, uygulamada taşınmaz satış sözleşmesi için adeta kapanmaktadır. Çünkü malikin taşınmaz satış sözleşmesini imzaladıktan sonra tescilden kaçınma olanağı yoktur³⁰⁹. Taşınmaz mülkiyetini devri borcu doğuran sözleşmenin noterde düzenlenebildiği veya resmî şekilde yapılmasının gerekmediği hallerde -ölmüncüye kadar bakma sözleşmesi gibi- söz konusu problem ortaya çıkmayacaktır.

İsviçre Hukukunda ise taşınmaz satış sözleşmeleri kural olarak noterde yapılır³¹⁰. Noterlerde matbu (basılı) formlar kullanılmamaktadır³¹¹. Benzer şekilde İsviçre doktrininde de kantonların, taşınmaz malikini, tescil talebinde bulunurken belli matbu

³⁰⁶ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 296; nitekim mülga Tapu Sicili Nizamnamesi'nin 15. maddesinde "bu akit tescil talebini de ihtiva ettiği takdirde" ifadesi yer almaktaydı. Bu ifade tescil talebinin taşınmaz satış sözleşmesinde yer almasının zorunlu olmadığı; fakat sözleşmede yer almasının mümkün olduğu anlamına gelir. (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1668.pdf>).

³⁰⁷ Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 246 ve 268; Tandoğan, H. (2008a). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/I*. (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 244; İsviçre uygulamasında da genellikle taşınmaz satış sözleşmesinden hemen sonra (sözleşmede tescil talebinin bulunması kastedilmemektedir) malik, alıcı adına tescil talebinde bulunmaktadır. Gürsoy, K. T., Eren, F. ve Cansel, E. (1984). *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 247; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 296; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 328; aksi yönde görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 25-26; tapu müdürlüğünde yapılan taşınmaz satış sözleşmesi sonrasında tapu sicil görevlisinin hatalı olarak tescil işlemini yapmamış olması ihtimalinde de tescile zorlama davası açılabilirdiği yönünde: 20. HD 2018/1652 E., 2018/6550 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

³⁰⁸ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 296.

³⁰⁹ Durum yalnız arazi satışında değil, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerde de aynıdır.

³¹⁰ İsviçre hukukunda da taşınmaz satış sözleşmesi resmî şekilde düzenlenmelidir (ZGB Art. 657, OR Art. 216). Taşınmaz satış sözleşmesi de resmî olarak noterlikte kurulur. Federal hukuk yerine getirilmesi gereken resmî şekle ilişkin asgari şartları belirlemiş, detaylarının (modalitelerinin) belirlenmesini kantonların iç hukukuna bırakmıştır (Schlusstitel ZGB Art. 55, *Schweizerische Grundbuchverordnung Art.3/I-b*). Kantonlarda noterlere ilişkin farklı sistemler benimsenmiştir. Genel olarak söylenebilir ki, Aargau, Wallis, Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Freiburg, Genf gibi eyaletlerde noterin serbest meslek erbabı olduğu latin sistemi mevcuttur. Schaffhausen ve Züriç kantonlarında noterlerin resmî görevli (Amtsnotariat) olması öngörülmüştür. Kalan eyaletlerde ise karma sistemler vardır. Ayrıca, Tapu Sicilleri İsviçre'de kantonal seviyede tutulur; bütün İsviçre için geçerli bir Tapu Sicili mevcut değildir. Kantonlardaki tapu sicillerinin denetimini Konfederasyonel Tapu ve Toprak Hukuku Müdürlüğü (EGBA) yapar. Her kanton kendi tapu sicilinin yürütülmesinden sorumludur (*Schweizerische Grundbuchverordnung Art.4*). Züriç gibi bazı kantonlarda noterler aynı zamanda tapu sicili olarak da çalışır. Detaylar için bkz. İsviçre Noterler Birliği (Schweizerischer Notarenverband) resmî internet sayfası: <http://www.schweizernotare.ch/de/Schweiz/?oid=1855&lang=de>. Bkz. Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2429, Art.942 vd.

³¹¹ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2579, Abs. 4 Art. 963 N.7.

formların kullanılması yönünde zorlayamayacağı kabul edilir³¹². Tapu sicil görevlisinin aynı zamanda noter olarak görev yaptığı kimi kantonların pratikte yalnız belli resmî formları kullanması federal hukuka aykırıdır³¹³. Bu nedenle tescil talebinin taşınmaz satış sözleşmesinde yer alması da zorunlu değildir³¹⁴. Tescil talebi satış sözleşmesinden sonraya bırakılabilir³¹⁵.

Uygulamadaki durum nedeniyle taşınmaz mülkiyetinin hukukî işlemle kazanılmasında -taşınırlardan farklı olarak- taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birleşik olmasının ve tescil talebinin şarta bağlanamamasının ciddi hukukî sonuçları vardır³¹⁶. Bu sonuçlar, taşınmaz satışında ön sözleşmeye (taşınmaz satış vaadi sözleşmesi) ihtiyaç duyulması, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılamaması ve bir görüşe göre mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmenin malik tarafından yerine getirilmemesi halinde taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılmasıdır.

3.2.2. Sebebe bağlılık – soyutluk açısından

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sebebe bağlıdır (TMK md. 1024). Sebebe bağlılık ilkesi gereğince, geçerli hukukî sebebe dayanmayan tescil, mülkiyeti kazandırmaz. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için tescile dayanak olan hukukî sebebinin var ve geçerli olması gerekir. Hukukî sebep yoksa veya geçerli değilse, ortada yolsuz tescil bulunur. Bu ihtimalde malik, aynı hakka dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabilir (*Grundbuchberichtigungsklage*). Aynı hakka dayandığı için bu dava zamanaşımına tabi değildir.

Taşınır mülkiyetinin kazanılmasında sebebe bağlılık mı sebepten soyutluk ilkesinin mi geçerli olduğu TMK’da düzenlenmemiştir. İFM 1929 yılına kadarki içtihatlarında taşınır mülkiyetinin kazanılmasında sebepten soyutluk ilkesinin geçerli olduğunu kabul

³¹² Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2579, Art. 963 N.7.

³¹³ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2579, Art. 963 N.7.

³¹⁴ Hatta bu nedenle -Türk hukukundan farklı olarak- İsviçre hukukunda aynı taşınmazın birden fazla kişiye satılması <Doppelverkauf> söz konusu olabilir. Bu ihtimal doktrini de meşgul etmiştir. Bkz. Wiegand, W. Doppelverkauf und Eigentumserwerb – Wer zuerst kommt, mahlt zuerst? Festgabe für Hans Marti, Bern 1985, S. 11 ff.; Wolf, S., Zingg, S. (2005). Zivil- und notariatsrechtliche Aspekte des Doppelverkaufs von Grundstücken. *Norm und Wirkung Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65.Geburtstag*, S. 710 vd.; Türk hukuku uygulamasında tescil talebinin sözleşmenin yapılmasından sonraya bırakılması mümkün olmadığından taşınmazı farklı iki kişiye birden satma, özellikle satış vaadi sözleşmelerinde ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde gündeme gelir.

³¹⁵ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 711; Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 246; Burcuoğlu, H. (2008). Türk Hukukunda Önalım Hakkına İlişkin Gelişmeler ve İsviçre Hukukunun Bu Gelişmelerdeki Etkileri Üzerine. *100 Jahre Schweizerisches ZGB 80 Jahre Türkisches ZGB (Peter Breitschmid, Tuğrul Ansay Hrsg.)*, s. 128.

³¹⁶ Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 263.

etmekteydi³¹⁷. 1929 yılından sonra ise taşınır mülkiyetinin devrinde de sebebe bağlılık ilkesinin (*illilik ilkesinin*) geçerliği olduğunu benimsemiştir³¹⁸. Doktrin ve Yargıtay kararlarındaki hâkim görüş, taşınır mülkiyetinin sebebe bağlı olduğu yönündedir³¹⁹.

Taşınırlarda sebebe bağlılık veya soyutluk ilkesinin kabul edilmesi ile mülkiyetin iki aşamalı kazanılması ve dolayısıyla mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılabilmesi birbirini etkilemeyen, farklı meselelerdir. Hangi ilkenin kabul edileceği iade yükümlülüğü bakımından önemlidir. Sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiğinde, taahhüt işleminin herhangi bir sebeple geçersizliği halinde tasarruf işlemi (ayni sözleşme) de geçersiz olur ve mülkiyet karşı tarafa geçmez. Malik ayni hakka dayanan istihkak davası açarak malın iadesini sağlayabilir. İstihkak davası ayni hakka dayandığından zamanaşımına tabi değildir. Soyutluk ilkesi kabul edildiği takdirde ise, geçerli hukukî sebebe dayanmasa dahi tasarruf işlemi geçerlidir ve karşı taraf taşınırın mülkiyetini kazanır. Bu ihtimalde devreden kişi, taşınırın iadesini kişisel hakka dayanan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir. Sebepsiz zenginleşme davası kişisel hakka dayandığından zamanaşımına tabidir (TBK md. 82/I). Son tahlilde; soyutluk ilkesi devralan, sebebe bağlılık ilkesi ise taşınırı devreden lehinedir. Ancak taahhüt işlemini geçersiz kılan hukukî engelin, tasarruf işlemi de geçersiz kılması muhtemeldir. Taahhüt işleminin geçersiz olduğu çoğu halde tasarruf işlemi de geçersiz olduğundan, soyutluk ve sebebe bağlılık ilkeleri arasındaki sınır silikleşir. Örneğin, devreden irade sakatlığına düşmesi veya ehliyetsizliği halinde hem taahhüt işlemi hem de ayni sözleşme geçersizdir³²⁰. Bu nedenle hangi ilkenin tercih edileceği, pratik açıdan önem taşımaz.

Taşınırlardan farklı olarak taşınmazlarda sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olmasının taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılması açısından önemi şudur ki, tescile zorlama davasının açılabilmesi için ortada taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran geçerli bir sözleşme bulunması gerekir.

³¹⁷ BGE 34 II 809 vd. (karar İsviçre Federal Mahkemesi resmî internet sitesinden alınmıştır).

³¹⁸ BGE 55 II 302 vd. (karar İsviçre Federal Mahkemesi resmî internet sitesinden alınmıştır).

³¹⁹ Bu yönde: Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 505; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.; taşınır mülkiyetinin kazanılmasında sebepten soyutluk ilkesinin geçerli olduğunu görüşünde: Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 400; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 270, 281; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Ergüne, S. (2017). *Taşınır Mülkiyeti*. (1. Basım). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

³²⁰ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 506; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.

3.2.3. Tasarruf işlemlerinin şarta bağlanıp bağlanamaması açısından

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için tapu kütüğüne tescili gerekir. Tescil, kurucu niteliktedir (TMK md. 705/I). Tescilin yapılabilmesi için taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunması, tescilin hukukî sebebinin göstermesi ve tasarruf yetkisine sahip olduğunu kanıtlanması gerekir (TMK md. 1013, 1015; TST md. 16-17). Taşınırlardan farklı olarak, tescil talebinin şarta bağlanması mümkün değildir. Taşınır mülkiyetinin devrinde ise tasarruf işlemi olan aynı sözleşmenin şarta bağlanması mümkündür. Bu sayede, taşınırlarda -aynı sözleşmenin şarta bağlanmasıyla- mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılabilir.

Taşınmaz mülkiyetinin devrinde taahhüt işlemi olan taşınmaz satış sözleşmesinin şarta bağlanması elbette mümkündür (TBK md. 243). Bu halde, şart gerçekleşmeden tescilin yapılması mümkün değildir. Eşdeyişle, şarta bağlı taşınmaz satış sözleşmesi ancak şartsız olarak tescil edilebilir³²¹.

Uygulamadaki durum nedeniyle tapu müdürlüklerinde düzenlenen taşınmaz satış sözleşmelerinde tescil talebi de yer aldığından, aslında taahhüt işlemi olan taşınmaz satış sözleşmesini şarta veya vadeye bağlamak mümkün olmaz³²². Bu durum kişilerin bir ön sözleşmeye, taşınmaz satış vaadine başvurması zorunluluğunu doğurur.

3.3. Taşınır ve taşınmazlardaki sistem farklılığının mülkiyetin kazanılma biçimi bakımından sonuçları

3.3.1. Taşınmazlarda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılamaması

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, taraflarca belirlenen şartın gerçekleşmesine kadar teslim edilen taşınırın mülkiyetinin satıcıda kalması hususunda tarafların anlaşmasıdır³²³. Taşınır satışında aynı zilyetlik sözleşmesinin geciktirici şarta bağlanmasıyla mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi kurulur³²⁴. Satıcı geciktirici şartın gerçekleşmesine kadar taşınır

³²¹ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 297.

³²² Uygulamadaki bu durum TBK md. 243'e aykırıdır. Bkz. Ozanoğlu, (2017), **a.g.k.**, s. 392.

³²³ W. Wiegand, (1998). Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in: *Mobiliarsicherheiten. Berner Bankrechtstag Bd. 5*, ss. 83; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 259; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 509, 510; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 417; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 479 vd.

³²⁴ Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 280, pr. 1151; taşınır devrinin bozucu şarta bağlanıp bağlanamayacağı tartışmalıdır. Bkz. Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 408. TBK md. 171/III şarta bağlı tasarruf sözleşmelerini varsayıştır. Ancak kapsamı şüphelidir. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi dışında taşınır mülkiyetini şarta bağlamak mümkün değildir. Mülkiyeti saklı tutma sicili vardır. Bu sicil aleniyeti olmayan bir sicildir. Bu sicile tescilin kurucu nitelikte olup olmadığı tartışmalıdır. Detaylar için bkz. Wiegand, (1998), **a.g.k.**, s. 85 vd.

mülkiyetinin kendisinde kalmasını sağlayarak, kendini güvence altına alır. Nitekim mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine özellikle taksitle satış sözleşmelerinde rastlanır. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi vasıtasıyla kararlaştırılan şart çoğu kez satış bedelinin ödenmesidir. Bu anlamda, çoğu zaman geciktirici şart niteliğindedir. Taşınır mülkiyetinin alıcıya geçeceğinin kabul edilmesiyle birlikte, bedel ödenmediği takdirde mülkiyetin satıcıya döneceği de şart olarak koşulabilir. Bu durumda ortada bozucu şart vardır.

Taşınırlarda bu manevraların yapılabilmesi, taşınır satışında tasarruf işlemi niteliğindeki aynı sözleşmenin şarta bağlanabilmesi sayesinde. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde şarta bağlanan sözleşme, taahhüt işlemi niteliğindeki satış sözleşmesi değil; tasarruf işlemi niteliğindeki aynı sözleşmedir (*Einigung*)³²⁵.

Taşınmazlarda ise tasarruf işlemi olan tescil talebi taşınmazı devir borcu doğuran sözleşmenin içinde yer almaktadır. Hukukumuzda tescil talebi şarta bağlanamayacağından (TMK md. 764/II; TBK md. 243, TST md. 16/II), taşınmaz satış sözleşmesinin de şarta bağlanması mümkün değildir³²⁶. Taşınırlarda ise taahhüt ve tasarruf sözleşmeleri ayrı olduğundan taahhüt işleminin şarta bağlı olmayıp tasarruf işleminin şarta bağlı olması mümkündür. Anılan sebeplerden taşınmazlarda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılamaz (TBK md. 243/II).

3.3.2. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde ön sözleşmeye (taşınmaz satış vaadi) ihtiyaç duyulması

Taşınır mülkiyetinin kazanılmasında taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrıdır ve tasarruf işlemi olan aynı sözleşme şarta bağlanabilir. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında ise taahhüt işlemi olan satış sözleşmesinde (aynı kâğıt üzerinde)³²⁷ tasarruf işlemi olan malikin tescil talebi de yer almaktadır. Uygulamadaki durumda mülkiyetin tescili talebinin ileri bırakılması olanaksızdır. TMK'ya ve TST'ye göre tescil talebi şarta bağlanamadığından taşınmaz satış sözleşmesinin şarta bağlanması da mümkün olmaz³²⁸. Bu durum sebebiyle borçlandırıcı işlemin yapıldığı anda tasarruf yetkisine de sahip

³²⁵ Satıcı malik kalmaya devam eder; ancak temerrüde düşmesi söz konusu değildir. Çünkü zaten şarta bağlı sözleşmesi, taşınırı teslim ederek, ifa etmiştir. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 510; aynı sözleşmenin hukuki niteliği ve zilyetlik devrinin ötelenip ötelenemeyeceği tartışmaları için bkz. Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 398.

³²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 60.

³²⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 346.

³²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 60; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 346; halbuki TBK md. 243'ün lafzından da taşınmaz satış sözleşmesinin şarta bağlanabileceği anlaşılmaktadır.

olunması; başka bir deyişle satış sözleşmesi yapan kişinin aynı zamanda malik olması da gerekmektedir³²⁹.

Ancak; çeşitli nedenlerle taşınmaz satış sözleşmesinin ve dolayısıyla tescilin yapılamaması mümkün ve pek de olasıdır. Uyuşmazlıkların en sık kaynaklandığı alan olan taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, taahhüt ile tasarruf işlemlerinin birlikte olması karşısında alışveriş hayatında esneklik sağlayan hukukî çareye ihtiyaç duyulur³³⁰.

Açıklanan bu problem ön sözleşme niteliğinde olan taşınmaz satış vaadi ile çözülür³³¹. Taşınmaz satış sözleşmesinde tescil talebinin ileriye bırakılmaması ile birlikte tescil isteminin şarta bağlanamadığı da göz önünde bulundurulduğunda bu durum teorik ve pratik açıdan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önemini artırır³³². Zira artık taraflar ancak taşınmaz satış vaadi ile tescil talebinde bulunmak zorunda olmaksızın ayrı bir taahhüt işlemi yapabilecek, maliki olmadığı taşınmazı satabilecek³³³ ve hatta bu taahhüt işlemi şarta bağlayabileceklerdir³³⁴. Bu sebeple teorik ve pratik açıdan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önemini büyüktür. Gerçekten uygulamada da taşınmaz satış vaadi en sık başvuru olan sözleşmelerdendir³³⁵.

Taşınır mülkiyetinin devrindeyse taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrı olduğundan ve tasarruf işlemi zaten şarta bağlanabildiğinden ayrıca ön sözleşme yapılmasına ihtiyaç yoktur.

³²⁹ Türk hukukunda da -yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi- taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin noterlerde yapılmasının daha doğru olacağı yönünde: Ozanoğlu, (2017), **a.g.k.**, s. 393 vd.; Tapu Sicili Nizamnamesi md. 16'da da henüz taşınmaz satış sözleşmesi kurulurken satıcının tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği düzenlenmişti. (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1668.pdf>); tescil talebinde bulunmaya ise taşınmaz maliki yetkilidir. *Kocayusufpaşaoğlu*, tapu sicilinin muntazam işlemesi için işlemin henüz başında tasarruf yetkisinin aranması gerektiğini savunur. Tartışmalar için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 30.

³³⁰ Ozanoğlu, (2017), **a.g.k.**, s. 392; *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 214; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 263.

³³¹ Ozanoğlu, (2017), **a.g.k.**, s. 392; Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 2; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 263; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 245.

³³² Aynı yönde Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 245; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 346; Ozanoğlu, (2017), **a.g.k.**, s. 390; G, H. ve Gökyayla, E. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. (3. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 58; Reisoğlu, S. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 98; Ayrancı, S. (2006). *Ön Sözleşme*. (1.Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 84; *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 214; Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 1 vd.

³³³ Uygulamadaki durumda ise A kişinin, B'ye ait taşınmazı C'ye satması mümkün değildir. Çünkü satıcının sözleşmenin kurulduğu anda tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir. *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 62.

³³⁴ Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 245; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 346; TK md. 26/VII'ye göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhi mümkündür.

³³⁵ Ön sözleşmelere ilişkin -özellikle taşınmaz satış vaadi- tartışmalar için bkz. aşağı. Üçüncü Böl. 2. s. 145 vd.

3.3.3. Taşınmaz mülkiyetinin doğrudan mahkeme kararıyla kazanılması (TMK md. 716)

Taşınır malikinin, taşınır satış sözleşmesinin gereğini yani mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmemesi halinde, alıcı aynen ifa davası açar (TBK 112 vd.). Bu talep haklı görüldüğü takdirde mahkeme, taşınır zilyetliğinin alıcıya geçirilmesine ilişkin karar verir. Bu karar eda hükmü niteliğindedir³³⁶. Eda hükmünün yerine getirilmemesi durumunda alıcı, taşınırın mülkiyetini ancak mahkeme kararı uyarınca başlatılan icra prosedürü vasıtasıyla kazanır (İİK 24)³³⁷. İşte alıcının taşınırın zilyetliğini kazandığı an, aynı zamanda taşınırın mülkiyetini kazandığı andır. Görüldüğü üzere taşınır mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme ifa edilmediğinde açılan ifa davasında, mahkeme inşaî bir kararlar mülkiyetin alıcıya devrine hükmedemez³³⁸. Taşınır mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmenin aynen ifası için açılan davada, mahkeme kararı mülkiyeti alıcıya kazandırmaz.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmenin ifa edilmemesi halinde ise taşınırlardaki dolambaçlı yola gerek kalmadan mahkeme mülkiyetin alıcıya geçmesine hükmedebilir (TMK md. 716)³³⁹. Örneğin alım hakkının kullanılmasıyla taşınmaz satış sözleşmesi kurulmuş olur. Alım hakkının kullanılmasına dayanarak dava açıldığında, mahkeme eda hükmü (satıcının tescilde bulunmasına) vermek yerine (*Leistungsklage*); doğrudan mülkiyetin alıcıya geçtiğine (*Gestaltungsklage*) karar verir. Doktrindeki bir görüşe göre, mahkemenin bu “*kestirme*” yola sahip olması, taşınımlardaki taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birliğinin yansımasıdır³⁴⁰.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebep TMK md. 716’daki imkân dolayısıyla -Fransız hukukunda olduğu gibi³⁴¹- adeta aynı hak kazandırıcı etkiye sahiptir. Bu açıdan taşınır mülkiyetinin kazanılmasından farklıdır. Ancak Fransız hukukundan

³³⁶ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 500, pr. 2238; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 507; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 77, pr. 299 ve s. 83, dpnt. 339.

³³⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 507.

³³⁸ Haab, R./Simonius, A./Scherrer, W./Zobl, D. (1977). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar Bd. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, Zürich. Schulthess Polygraphischer Verlag AG, s. 208, 209; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 500, pr. 2238; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 584.

³³⁹ Bu durumun tarihsel temelleri için bkz. aşağı. İkinci Böl. 1.4. s. 66 vd.

³⁴⁰ Serozan, (2000), **a.g.k.**, s. 399; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 83.

³⁴¹ Code civil français (Fransız Medeni Kanunu) Art. 1138; Alman hukukunda ise satıcı ile alıcının tapu müdürlüğünde yaptığı taahhüt işlemi aynı sözleşmeyi de içerir (§ 925 BGB). Bu aynı sözleşme “*Auflassung*” olarak adlandırılır ve sebepten soyuttur. Tescil yapılır yapılmaz da mülkiyet kazanılır. Ama İsviçre hukukunda, tasarruf işlemi, geçerliliğinin kendisine bağlı olduğu mülkiyet devrinin temelindeki taahhüt işleminden her zaman ayrıdır. (Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 140, dpnt. 9.).

farklı olarak yalnız hukukî sebebin oluşmasıyla mülkiyetin etkilerinin doğabilmesi için tapu siciline tescil şarttır³⁴². Başka bir ifadeyle taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrıdır.

Öte yandan durum taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde daha da ilginçtir. Doktrin ve içtihatlarla göre mahkeme, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak da taşınmaz mülkiyetinin alıcıya geçmesine karar verebilmektedir (TMK md. 716)³⁴³.

Aslında ön sözleşmeden doğan borç asıl sözleşmenin (taahhüt işleminin) yapılmasıdır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de ön sözleşme olduğundan³⁴⁴, bu sözleşmeden doğan borç taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasıdır; satıcının tescili talep ederek taşınmaz mülkiyetini alıcıya geçirmesi değil. Bu anlamda taşınmaz satış sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmemesi halindeki olağan süreç, açılan eda davası sonucunda mahkemenin taşınmaz mülkiyeti sözleşmesinin kurulmasına karar vermesidir. Ardından, kurulan bu taşınmaz satış sözleşmesi de ifa edilmezse, bu sefer TMK md. 716'ya dayanılarak hâkimden mülkiyeti inşâî kararlarla geçirmesi istenebilir.

Ancak; taşınmaz satış sözleşmesinde zaten tescil talebinin de bulunması nedeniyle, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borcun yerine getirilmemesi halinde doğrudan TMK md. 716'ya dayanılarak tescile zorlama davası açılıp mülkiyet mahkeme kararıyla inşâî olarak kazanılmaktadır³⁴⁵.

İsviçre hukuku doktrininde ise taahhüt ve tasarruf aşamalarının katı ayrılığı ve taşınmaz satış vaaadinin tescile dayanak olamayacağı kabul edilir³⁴⁶. Bunda İsviçre pratiğinde tescil talebinin, satış sözleşmesinin içinde yer almasının zorunlu olmaması da etkilidir³⁴⁷.

³⁴² Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 140, dpnt. 9.

³⁴³ Bkz. aşağı. Üçüncü Böl. 2.5. 154 vd.

³⁴⁴ Tartışmalar için bkz. aşağı. Üçüncü Böl. 2. s. 145 vd.

³⁴⁵ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davasının açılabilmesinde usul ekonomisi ilkesi de etkilidir.

³⁴⁶ Bucher, E. (1979). Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages. Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Hrsg. von Eugen Bucher und Peter Saladin, Bern/Stuttgart, s. 178; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 4; bu yönde BGE 97 II 48, 52 E. 4b).; Tartışmalara 2.1. bölümünde değinilecektir.

³⁴⁷ Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 246; kimi kantonların uygulamada tescil talebinin belli şekilde yapılmasını dayatması, doktrinde açıkça hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2579, Art. 963 N.7.

İKİNCİ BÖLÜM

TESCİLE ZORLAMA DAVASININ ÖZELLİKLERİ

1. Tescile zorlama davasının tanımı, konusu, davanın esastan kabulüne ilişkin şartları ve zamanaşımı

1.1. Tanımı ve konusu

Borcun doğal ve istenen sona erme nedeni ifadır. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî işlemde doğan borç taşınmaz mülkiyetini devretmektir. Taşınmazlarda geçerli olan mutlak tescil ilkesi gereği taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran taahhüt işlemiyle borçlunun tescil talebinde bulunma borcu doğar³⁴⁸. Mülkiyeti devir borcu doğuran geçerli hukukî işlemin³⁴⁹ gereği olarak mülkiyeti devir borçlusunun, tescilin yapılmasını yazılı olarak istemesi gerekir³⁵⁰. Devir borçlusunun başvurusu istem belgesi ile olur ve tapu sicil görevlisi de istem belgesine uygun olarak tescili yapar (TST 16 vd.). Taşınmaz mülkiyetini devir borçlusu tescili istemekten kaçınırsa (borcunu yerine getirmezse) alacaklı taşınmaz mülkiyetinin hükmen geçirilmesini TMK md. 716'ya göre isteyebilir. İşte; tescile zorlama davası, borçlunun, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran herhangi bir hukukî ilişkiden doğan taşınmaz mülkiyetini devretme borcunu haksız olarak yerine getirmediğinde mülkiyetin mahkemenin inşaî kararıyla kazanılmasını amaçlayan davadır. Bu dava TMK md. 716'da düzenlenmiştir. Tescile zorlama davasının teknik anlamda hukukî sebebi TMK md. 716 hükmüdür³⁵¹.

Tescile zorlama davasının teknik anlamda “*dava sebebi*” ise taşınmaz mülkiyetini devir borçlusunun hukukî işlemde doğan taşınmaz mülkiyetini devretme borcunu ifa etmemesidir³⁵².

TMK md. 716, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkiye, malikin tescil talebinde bulunmaktan haksız şekilde kaçınması durumunda, aynı icra fonksiyonu

³⁴⁸ F. Hitz (2016). Art. 656, 665 ZGB, Breitschmid, B., Rumo-Jungo, A. (Hrsg.): CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Aufl., Zürich, s. 163.

³⁴⁹ Bu hukukî işlem çoğu zaman sözleşmedir.

³⁵⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 365.

³⁵¹ Davanın hukukî sebebi ise somut olaya uygulanacak hukukî normlardır. Bkz. Tanrıver, S. (2017). *Medeni Usul Hukuku Cilt I. 2. Bası*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 499.

³⁵² Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 495 vd.; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 46, dpnt. 234; dava sebebi ise hukukî sebepten farklı bir kavramdır. Dava sebebi iddia ve savunmanın kendilerini haklı çıkarmak için dayandığı maddi vakialardır.

(*Reallexekution*) bahşetmektedir³⁵³. Nitekim mahkemenin TMK md. 716'ya göre verdiği kararın kesinleşmesiyle mülkiyet kazanılmış olur. Bu kararın icrası gerekmez³⁵⁴. TMK md. 716 devir alacaklısına, taşınmaz satış sözleşmesi vasıtasıyla adeta aynı etkiye sahip olma hakkı verir³⁵⁵. Gereken şartların oluşmasıyla devir alacaklısı doğrudan mahkeme kararıyla -basitlik ve sürat ile- mülkiyeti kazanır³⁵⁶. Bu anlamda TMK md. 716 mutlak tescil ilkesinin istisnalarındandır³⁵⁷. İsviçre doktrininde de -tescil talebine yer vermek mümkün olduğundan ve doğrudan mülkiyetin nakli talep edilebildiğinden- taşınmaz satış sözleşmelerinin taahhüt işlemi olmakla beraber kuvvetlendirilmiş olduğu söylenir³⁵⁸.

Tescile zorlama davası, aslında taşınmaz mülkiyetini devir borcunun ifa edilmemesi halinde açılan aynen ifa davasıdır³⁵⁹. Çünkü bu davada alacaklı adına tescil talebinde bulunma borcunu yerine getirmeyen borçludan, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkiden doğan bu borcunu yerine getirmesi yani tescil talebinde bulunması talep edilmektedir. Yani aynen ifa, bizzat mahkeme tarafından gerçekleştirilmektedir³⁶⁰. Elbette borçlunun devir borcu doğuran sözleşmeyi ihlal ederek temerrüde düşmesi halinde, alacaklı -gereken şartları yerine getirerek- tescile zorlama davası açmak yerine; müspet zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir³⁶¹. Tescile zorlama davasının açılabilmesi için

³⁵³ A. Kern (2016). Art. 656, 657, 665 ZGB, Orell Füssli ZGB Kommentar: Kostkiewicz, J. K., Nobel, P., Wolf, S., Amstutz, M., Frankhauser, R. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG, Art. 665, s. 1295; Liechti, (2018), **a.g.k.**, S. 243; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 235, 236; Liver, P. (1980a). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. N/2a/I, Die Grunddienstbarkeiten, ZGB 730-744, 2. Aufl., Zürich 1980, s. 157; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 731, s. 157; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 341 ve 427; Acemoğlu, K. (1962). Tescilsiz İktisaplar Yolu ile Mahdud Ayni Haklar ve Şerh Edilebilen Şahsi Hakların Edinilmesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C.28, S. 3-4, ss. 808; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 681-682, s. 421; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 22; ancak Türk hukukunda taşınmaz satış sözleşmesi bir real sözleşme (Realvertrag) değildir.

³⁵⁴ Başoğlu, B. (2012). *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*, s. 85 vd.

³⁵⁵ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126.

³⁵⁶ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 122.

³⁵⁷ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 1

³⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 22, dpnt. 70.

³⁵⁹ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 34; Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 378; Serozan, R. (2016). *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı - Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt) (7.Bası)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 222; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 716; Özçelik, Ş. B. (2016). *Tapu Siciline Güvenin Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 45; 3. HD 2013/10595 E., 2013/12801 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

³⁶⁰ Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 378; nitekim birçok Yargıtay kararında da "*borcun hükmen yerine getirilmesi*" ve "*hakkın hükmen nakledilmesi*" ifadeleri geçmektedir. Bkz. 14. HD 2016/13561 E., 2019/4731 K.; 14. HD 2016/12127 E., 2019/4431 K.; 14. HD 2016/12052 E., 2019/4099 K.; 14. HD 2018/3125 E., 2019/2091 K.; 8. HD 2018/12601 E., 2018/18394 K.; 8. HD 2017/2377 E., 2017/3601 K.; 14. HD 2015/12470 E., 2016/4191 K.; 14. HD 2015/18233 E., 2016/4081 K.; 14. HD 2014/14550 E., 2015/10833 K.; 14. HD 2014/14001 E., 2015/9044 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

³⁶¹ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 203, 204; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 672.

devir borçlusunun temerrüde düşürülmüş olması gerekir³⁶². Nitekim taşınmaz mülkiyetini devir borcunun ifası, sonraki imkânsızlık nedeniyle gerçekleşemezse, bu halde borçluya tescile zorlama davası açılmaz³⁶³.

Mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmenin ifa edilmemesi halinde davacı eda hükmü verilmesini yani borçlunun irade beyanında bulunmasını (*Leistungsklage*) da talep edebilir³⁶⁴. TMK md. 716 ile kişi malik olduğundan, hükmün icra edilmesi problemi ortaya çıkmaz³⁶⁵. Yani taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde devir alacaklısının aynen ifaya ilişkin iki bağımsız hakkı vardır. Alacaklı mülkiyetin kendisine inşâî hükümle geçirilmesini isteyebilir veya borçlunun tescil talebinde bulunmasını talep edebilir³⁶⁶. Nitekim ortada ifa edilmemiş bir sözleşme vardır. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK md. 112 vd. hükümleri burada da geçerlidir³⁶⁷.

Taşınmaz satış sözleşmesi ifa edilmediğinde alıcı TMK md. 716'ya göre sözleşmenin ifa edilmesini değil de doğrudan inşâî hüküm talep edebildiğinden, satış sözleşmesi olduğunda bu hükmün uygulanması çoğu zaman gereksizdir³⁶⁸. Mahkemeden -mülkiyeti geçirmesi yerine- eda hükmü vermesini istemek nadiren makuldür³⁶⁹. Taşınmaz, satıcının (devir borçlusunun) mülkiyetinde değilse ona karşı tescile zorlama davası açılmaz. İşte TMK md. 716'ya göre karar vermek için gereken şartların oluşmadığı hallerde, devir borçlusunun tescil talebinde bulunmasına hükmedilmesini istemek mantıklıdır³⁷⁰. Açılan eda davasının esastan kabulü halinde mahkeme kararı borçlunun tescil talebinde bulunmaya yönelik irade beyanı yerine geçer (ZPO Art. 344/II, GBV Art. 64/I-h)³⁷¹. Mahkeme tescilin yapılması için Tapu Müdürlüğü'ne talimat verir

³⁶² Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 672.

³⁶³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 673.

³⁶⁴ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1129, Abs. 13; Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 313, dpnt. 13; Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1296; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 194, 195; Liechti, (2020), **a.g.k.**, s. 9, 10; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163, 164; A. Koller (2017b). Erfüllung des Grundstückskaufvertrags und deren Sicherung, insbesondere in sachenrechtlicher Hinsicht. 3. Auflage, Staempfli Verlag, Bern, s. 296, 297; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148; eda davası açılması halinde de mahkemenin şarta bağlı hüküm vermesi mümkündür (Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1296).

³⁶⁵ Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 141.

³⁶⁶ İlk halde inşâî dava; ikinci halde eda davası niteliğindedir. Bu nitelik farkının sonuçları için bkz. aşa. İkinci Böl. 2.1. s. 80 vd.; Bu hal taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğudan hukukî ilişkilere özgü bir durumdur. (Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 75).

³⁶⁷ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 203, 204.

³⁶⁸ Bommer (2010). Art. 344. Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Staempflis Handommentar: Baker/McKenzie. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG, s. 1249.

³⁶⁹ Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 296, 297. İsviçre'de de daha çok inşâî hüküm istenmesi ile karşılaşılr (Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 296, 297).

³⁷⁰ Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143; Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 296, 297.

³⁷¹ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 34; Liechti, (2020), **a.g.k.**, s. 9, 10; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163, 164.

veya davacı mahkeme kararının sunarak tescilin yapılmasını ister³⁷². Ancak bu halde tescil kurucu nitelikte olur³⁷³.

Bu davanın konusu taşınmazlar ve genellikle arazilerdir. Ancak TMK md. 704 ve 998 anlamında taşınmaz olan her şey tescile zorlama davasının konusu olabilir³⁷⁴. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler ile tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar TMK'da taşınmaz olarak kabul edildiğinden bunlar tescile zorlama davasına konu olurlar. Nitekim tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar ile bağımsız bölümlerin tescile zorlama davasına konu olmasına uygulamada ve Yargıtay kararlarında sıkça rastlanır³⁷⁵.

TMK md. 716, sınırlı aynı haklar olan taşınmaz yükü, irtifak ve tartışmalı olmakla birlikte rehin haklarının kazanılmasında kıyasen «*mutadis mutandis*» uygulanır³⁷⁶.

Sicil sistemi bulunan taşınırlar olan motorlu araç, gemi ve uçakların mülkiyetinin kazanılmasında sicile tescil kurucu rol oynamaz (Türk Sivil Havacılık Kanunu md. 66/I, TTK md. 1001/I, Kara Yolları Trafik Kanunu md. 20)³⁷⁷. Bu anlamda diğer taşınırlarda olduğu gibi mülkiyet, zilyetliğin devri ile geçer³⁷⁸. Durum böyle olunca sicil sistemi bulunan taşınırlarda dahi tescile zorlama davası benzeri bir kurum yoktur.

Tescile zorlama davası, taşınmaz mülkiyetinin devren yani hukukî işleme dayanılarak kazanıldığı her ihtimalde açılabilirdiğinden büyük öneme sahiptir. Ayrıca,

³⁷² Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163, 164.

³⁷³ Kernén, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1296; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 194, 195; Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 34 ve 179.

³⁷⁴ Tapusuz taşınmazlar tescile zorlama davasına konu olamaz. Bu yönde: 14. HD 2016/14042 E., 2019/5570 K.; 14. HD 2014/5697 E., 2014/10290 K.; 14. HD 2015/4112 E., 2015/3514 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır); bkz. yuk. Birinci Böl. 1.2.1. s. 24 vd.

³⁷⁵ Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 371; tescile zorlama davasının konusunun bağımsız bölüm olduğu Yargıtay kararları: 14. HD 2019/789 E., 2019/7373 K.; 14. HD 2015/16551 E., 2018/4382 K.; 14. HD 2017/4810 E., 2018/3983 K.; 14. HD 2015/10787 E., 2015/11891 K.; 14. HD 2013/1312 E., 2013/3098 K.; Yarg. HGK. 08.12.2004, T. 14-610, K. 656; Yarg. 14. HD. 21.10.2008, T. 7788, K.12103 ve Yarg. 14. HD. 02.07.2012, 7922/9089 (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

³⁷⁶ Bkz. aşa. Üçüncü Böl. 1.2.1.2.5. s. 128 vd.; Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 323, dpnt. 44; Koller, A., (2007). *Sachen Recht* 3. Auflage. Staempfli Verlag Bern, s. 36; Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 659; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 124; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 162; ZGB'de taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına atıf yapan başlıca hükümler: ZGB Art. 731/II, 746/II, 776/III, 779, 780, 781/III, 783/III.; Türk-İsviçre hukuklarında mülkiyetin tescille kazanılmasının kural; tescilden önce iktisap hallerinin istisnai nitelik taşıması, TMK md. 716'nın kıyasen uygulanması hususunda tartışmalara yol açmıştır. Tartışmalar için bkz. Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 143 vd.; Ayrıca TMK md. 716'nın şerh verme ve terkin etme borçları için kıyasen uygulanmasına ilişkin bkz. aşa. Üçüncü Böl. 4. ve 5. s. 184 vd.

³⁷⁷ Kurt, E. (2013). Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler. *Journal of Yaşar University*. Cilt 8 (Özel Sayı). ss. 1862; Kurt, E. (2017). Sivil Hava Aracı Mülkiyetinin Kazanılması, Devri ve Sona Ermesi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 21 (S. 2). ss. 47, 87.

³⁷⁸ Kurt, (2017), **a.g.k.**, ss. 71; Kurt, (2013), **a.g.k.**, ss. 1887.

sınırlı aynı hakların kazanılmasına, terkin etme borcuna ve şerhlere de kıyasen uygulanması, bu davanın önemini artırır.

Satıcının taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden doğan borcu; taşınmaz mülkiyetinin alıcı adına tescil talebinde -irade beyanında- bulunmasıdır. Bunu yaparken gerekli belge-kanıtları da sunmalıdır (ZGB 965/II,III)³⁷⁹. Malik, malik olduğunu ve hukukî sebebi ispatlamalıdır (ZGB 966/II saklıdır). Bu belgelerin doğruluğunu incelemek tapu sicil görevlilerine düşer³⁸⁰. Satıcının bizzat alıcı adına tescil talebinde bulunması şart değildir; alıcı tarafından temsili dahi mümkündür (ZGB 965/II)³⁸¹.

Tescile zorlama davası, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran ilişkiden doğan bir davadır. Bu anlamda tescile zorlama davasına esas olan hukukî sebep³⁸²; tek taraflı hukukî işlem, idari işlem, haksız fiilden, sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden, bizzat kanundan ve hatta mahkeme kararından doğan bir dava olabilir.

Tekinay'a göre TMK md. 716'nın ZGB Art. 665'den çevirisi tam olarak doğru olmamıştır. Yazar Almanca ve Fransızca metinleri birlikte göz önünde tutarak çevirinin şöyle olması gerektiğini ifade etmiştir³⁸³: “*Bir iktisap sebebine sahip olan kimse, malikten tescili gerçekleştirmesi için şahsi bir talepte, malikin bundan kaçınması halinde yargıçtan mülkiyetin kendisine verilmesi isteminde bulunabilir.*”.

1.2. Varsayım (Fiktion) normu olarak TMK md. 716 (ZGB Art. 665)

Esasen taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler TBK(OR)'da düzenlense de TMK'nın eşya hukuku kitabında da sözleşmenin ifasına ilişkin hükümler vardır³⁸⁴. Bazı hallerde TBK borçluya taşınmaz mülkiyetini devretme borcu yükler; eşya hukukuna ilişkin normlar ise bunun nasıl yerine getirileceğini belirler³⁸⁵. TMK md. 716 (ZGB Art. 665) bu tür normlara örnektir³⁸⁶. TMK md. 716, taşınmaz mülkiyetini devir

³⁷⁹ Koller, (2017), **a.g.k.**, s. 141.

³⁸⁰ Koller, (2017), **a.g.k.**, s. 141.

³⁸¹ Koller, (2017), **a.g.k.**, s. 141.

³⁸² “*Taraflarca getirilen maddi vakıaların dahil bulunduğu hukuksal kategori, yani somut olaya uygulanacak olan hukuk kuralları ise, dava sebebinden tümüyle farklı bir kavram olan hukukî sebepleri oluşturur*” Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 499; Dava konusu, dava sebebi ve hukukî sebep kavramları arasındaki farklar için bkz. aynı eser s. 499 vd.

³⁸³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 672.

³⁸⁴ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 135, 136.

³⁸⁵ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 135, 136.

³⁸⁶ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 135, 136.

alacaklısını eşya hukuku açısından güvence altına alan ifaya ilişkin bir hükümdür³⁸⁷. TMK md. 716 davalının (malikin) tescil talebi gerekmeksizin, hâkimi doğrudan mülkiyeti geçirme hususunda yetkilendirmiştir³⁸⁸. TMK md. 716 istisnai bir hali düzenler. Çünkü mahkeme aynı icra yoluyla «Realexekution» mülkiyet hukuken «im juristischen Himmel» elde edilmiş olur³⁸⁹. İnşai hüküm sayesinde ilamın icrasına gerek kalmaz³⁹⁰. Zaten yapma borçlarının icrasındaki güçlük³⁹¹, kanun koyucuyu böyle bir hüküm ihdas etmeye itmiştir.

Kanun koyucu doğrudan mahkeme kararıyla mülkiyetin kazanılabilmesi imkânını bir hukuk politikası tercihi olarak bilinçli olarak kanunda düzenlemiştir³⁹². Nitekim ZGB Art. 665'in ön taslağında taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebebin yalnız taşınmazın devrini isteme kişisel hakkı verdiği öngörülmüştü³⁹³. Kanun koyucunun TMK md. 716'da aynı icrayı öngörmesinin amacı bir yandan davacının maddi hukuaktan doğan hakkını güvence altına almak; diğer yandan hakkına ulaşmasını kolaylaştırmaktır³⁹⁴.

Başka bir açıdan bakıldığında, TMK md. 716 bir varsayım, yani «*Fiktion*» normudur³⁹⁵. Çünkü mahkemenin kararının davalının tescil talebinin yerine geçmiş olduğu varsayılır³⁹⁶. Yani borçlu borcunu ifa etmiş varsayılır³⁹⁷. Benzer şekilde satış vaa dinin ifa edilmemesinde hem satış sözleşmesi kurulmuş sayılır hem de alacaklı mülkiyeti kazanmış olur. Bir norm tekniği olarak “varsayım” sayesinde hakkın elde edilmesi daha kolay olur³⁹⁸. Mahkeme kararı hem borçlunun tescil talebi yerine geçer hem de mülkiyeti tescilden önce kazandırır³⁹⁹.

³⁸⁷ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 147.

³⁸⁸ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 141.

³⁸⁹ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148.

³⁹⁰ Serozan, (2016b), **a.g.k.**, s. 222.

³⁹¹ Serozan, (2016b), **a.g.k.**, s. 222.

³⁹² Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 120.

³⁹³ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 120, 121.

³⁹⁴ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 44.

³⁹⁵ Serozan, R. (2016a). *Medeni Hukuk - Genel Bölüm/Kişiler Hukuku. (7.Baskı)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 20; kanunlardaki diğer varsayım normlarına örnek olarak mirasbırakanın borç ödemediğinde aciz içinde ölmesi halinde mirasın reddedilmiş sayılacağına ilişkin TMK 605/II hükmü örnek gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz. aynı eser 17 vd.

³⁹⁶ Serozan, (2016a), **a.g.k.**, s. 19, 20; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 215; Serozan, (2016b), **a.g.k.**, s. 222.

³⁹⁷ Sanlı, K. C. (2015). *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 220.

³⁹⁸ Serozan, (2016a), **a.g.k.**, s. 20.

³⁹⁹ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 215.

TMK md. 716 borçlunun taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemesi halinde köktenci “icraî” bir yaptırım öngörmüştür⁴⁰⁰. Zira borçlu borcunu yerine getirmese de alacaklı istediğine hâkimin kararıyla doğrudan ulaşmaktadır⁴⁰¹. Yani mahkemenin TMK md. 716’ya göre verdiği karar kendiliğinden icraî kabiliyete sahiptir⁴⁰². Bu açıdan usul ekonomisi ilkesine de hizmet eder. Hukukun ekonomik analizi açısından bu yol yargılama maliyetini ciddi derecede azaltır⁴⁰³. Çünkü cebri icra sürecine gerek kalmaz. Yani tazminat yaptırımına göre daha avantajlıdır⁴⁰⁴.

Böyle bir hüküm öngörülmeseydi özel hukuk mantığının gereği olarak ancak eda davası açılabilirdi. Bu davada mahkeme kararı borçlunun irade beyanı (tescil talebi) yerine geçerdi⁴⁰⁵. Yani normalde TBK md. 122 vd. (OR Art. 97 vd.) göre aynen ifaya ilişkin kurallar geçerlidir⁴⁰⁶. Ancak kanun koyucu burada eşya hukukuna ait bir norm olan TMK md. 716 ile meseleye netlik kazandırmıştır (*Tabula Rasa machen*)⁴⁰⁷. Doğrudan mahkemenin kararıyla mülkiyet hakkının geçirilmesini talep etme hakkı tanınmıştır⁴⁰⁸.

1.3. Terminoloji sorunu

Türk hukuk mevzuatında TMK md. 716’da düzenlenen davaya isim konmamıştır. Bu durum, davanın isimlendirilmesinde çeşitliliğe neden olmuştur. Doktrinde TMK md. 716’da düzenlenen dava için eş anlamlı olarak; “*tescile zorlama davası*⁴⁰⁹”, “*tescile*

⁴⁰⁰ Serozan, (2016a), **a.g.k.**, s. 26.

⁴⁰¹ Serozan, (2016a), **a.g.k.**, s. 26.

⁴⁰² Sanlı, (2015), **a.g.k.**, s. 220; yazar Anglo-Saxon sisteminde de mahkeme kararıyla taşınmaz mülkiyetinin doğrudan kazanılabildiğini açıklamıştır. Bkz. s. 220, dpnt. 736.

⁴⁰³ Sanlı, (2015), **a.g.k.**, s. 220.

⁴⁰⁴ Sanlı, (2015), **a.g.k.**, s. 220.

⁴⁰⁵ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1129; Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 313, dpnt. 13; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 141.

⁴⁰⁶ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148.

⁴⁰⁷ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148; Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 34.

⁴⁰⁸ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 34.

⁴⁰⁹ Tescile zorlama davası olarak adlandıran yazarlar: Akipek, (2010), **a.g.k.**, s. 93; Oğuzman, K. ve Öz, T. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*. (13. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 358., Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 190; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 428; Şen Doğramacı, H. (2016). 6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt XIII, Sayı 2, s. 79; Yıldırım, A. (2016). *Türk Hukukunda Tapuya Güven Yoluyla Aynı Hak Kazanımı (TMK md. 1023)*. (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 324; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 481.

icbar davası⁴¹⁰”, “cebri tescil davası⁴¹¹”, “tescil davası⁴¹²”, “tescili talep davası⁴¹³”, “ifa davası⁴¹⁴”, “Yenilik doğuran şahsi dava⁴¹⁵” ifadeleri kullanılır. Bu ifadelerin hepsi teorik olarak doğrudur.

Birçok eserde de dava ismi zikretmek yerine, TMK md. 716’ya dayanarak mülkiyetin kendisine geçirilmesini istemeden söz edilmektedir⁴¹⁶. İsviçre doktrininde genelde mülkiyetin mahkeme kararıyla tanınması davası ifadesi kullanılır⁴¹⁷.

Uygulama ve yargı kararlarında TMK md. 716’da düzenlenen dava için teorik olarak yanlış olan “tapu iptali ve tescil davası” ifadesi oldukça yaygın şekilde kullanılır⁴¹⁸. Hatta tescile zorlama ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası başta olmak üzere,

⁴¹⁰ Tescile icbar davası olarak adlandıran yazarlar: Gümüş, M. A. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II. (3. Bası)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 216; İyilikli, A. C. (2017). Taşınmazın Aynına İlişkin İlamın Mevzuunu Oluşturan Taşınmaz Mülkiyet Hakkına Vaziyet Eden Takyidatlara Etkisi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Yıl: 5. Sayı: 10, s. 320; Yargıtay’ın bu adlandırmayı kullandığı: 20. HD 2019/1507 E., 2019/3622 K.

⁴¹¹ Cebri tescil davası olarak adlandıran yazarlar: Özbek, (2017), **a.g.k.**, s. 80; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 500, pr. 2238; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 228; Yargıtay’ın bu adlandırmayı kullandığı: Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu 2013/2828 E., 2013/3178 K.

⁴¹² Tescil davası olarak adlandıran yazarlar: Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 361; Akipek, J. G. (1973). *Türk Eşya Hukuku-Mülkiyet. (İkinci Bası)*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 103; O. Tok, (2014). Zamanasımı Def’inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 21 (1), ss. 250; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 296; Yargıtay’ın bu adlandırmayı kullandığı 14. HD 2014/15087 E., 2015/11303 K.

⁴¹³ Tescili talep olarak adlandıran yazar: Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 190.

⁴¹⁴ Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde ifa davası olarak adlandıran yazarlar: Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 3; Aybay, A. ve Hatemi, H. (2012). *Eşya Hukuku. (3. Basım)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 139; Özbek, (2017), **a.g.k.**, s. 70.

⁴¹⁵ Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 383.

⁴¹⁶ Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 196; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 552, pr. 2513.; Yıldırım, (2016), **a.g.k.**, s. 324.

⁴¹⁷ “die Klage auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums”. Bkz. Liechti, A. F. (2020). Realkollation von Grundstücken: Erb-, grundbuch- und prozessrechtliche Bemerkungen. *Beurkundungs- und Grundbuchrecht – 101. Jahrgang*, ss. 9, 10, dpnt. 24.

⁴¹⁸ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 179; tapu iptali ve tescil davası olarak adlandıran: 14. HD 2019/4774 E., 2020/4 K.; 14. HD 2019/789 E., 2019/7373 K.; 14. HD 2018/5208 E., 2019/6968 K.; 14. HD 2019/2812 E., 2019/6864 K.; 14. HD 2019/32 E., 2019/6624 K.; 14. HD 2018/4621 E., 2019/5557 K.; 14. HD 2016/14042 E., 2019/5570 K.; 20. HD 2019/1507 E., 2019/3622 K.; 14. HD 2016/13561 E., 2019/4731 K.; 14. HD 2016/12127 E., 2019/4431 K.; 14. HD 2016/12052 E., 2019/4099 K.; 14. HD 2018/3125 E., 2019/2091 K. 14. HD 2018/2532 E., 2019/85 K. 14. HD 2015/16551 E., 2018/4382 K. 14. HD 2015/6890 E., 2018/747 K. 8. HD 2017/2377 E., 2017/3601 K.; Hukuk Genel Kurulu 2015/12 E., 2016/1005 K.; 14. HD 2015/16972 E., 2016/7560 K.; 14. HD 2016/942 E., 2016/6222 K.; 14. HD 2016/877 E., 2016/5749 K.; 14. HD 2015/3212 E., 2016/5499 K.; 14. HD 2014/17467 E., 2016/5495 K.; 14. HD 2015/12470 E., 2016/4191 K.; 14. HD 2015/18233 E., 2016/4081 K.; 14. HD 2014/16955 E., 2016/4009 K.; 14. HD 2015/17480 E., 2016/3727 K.; 14. HD 2015/16113 E., 2016/3274 K.; 14. HD 2015/12514 E., 2016/1622 K.; 14. HD 2015/10787 E., 2015/11891 K.; 14. HD 2014/15087 E., 2015/11303 K.; 14. HD 2014/14550 E., 2015/10833 K.; 14. HD 2014/14001 E., 2015/9044 K.; 14. HD 2015/10354 E., 2015/8727 K.; 14. HD 2014/13429 E., 2015/7135 K.; 14. HD 2014/11831 E., 2015/2887 K.; 14. HD 2015/1164 E., 2015/2654 K.; 14. HD 2014/14684 E., 2015/2320 K.; 14. HD 2014/9001 E., 2015/828 K.; 14. HD 2014/8957 E., 2015/639 K.; 14. HD 2014/5933 E., 2014/12756 K.; 14. HD 2014/6456 E., 2014/12070 K.; 14. HD 2014/1913 E., 2014/6028 K.; 14. HD 2013/16038 E., 2014/3558 K.; 14. HD 2013/15501 E., 2014/2767 K.; 14. HD 2013/14930 E., 2014/2014 K.; 14. HD 2013/13004 E., 2014/921 K.; 14. HD 2013/10527 E., 2013/13640 K.; 3. HD 2013/11308 E., 2013/14619 K.; 14. HD 2013/8561 E., 2013/10410 K.; 14. HD 2013/8676 E., 2013/10319 K.; 14. HD 2012/12488 E., 2012/13873 K.; 14. HD 2012/12484 E., 2012/13876 K.; 14. HD

taşınmazlara ilişkin bütün davalar tapu iptal ve tescil davası adı altında açılmaktadır⁴¹⁹. Dilekçelerde, davalı adına yapılmış tescilin iptali ve davacı adına tescil talep edilmektedir⁴²⁰. Anayasa Mahkemesi kararlarında dahi tapu iptali ve tescil davası ifadesine rastlanır⁴²¹. Kimi eserlerde de “*şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil davası*” isimlendirmesine rastlanır⁴²².

Tescile zorlama davasını, tapu iptali ve tescil davası olarak adlandırmak yanlıştır⁴²³. Çünkü iptal yaptırımı ancak kanunda öngörülebilir bir yaptırımdır⁴²⁴. İptal yaptırımına TBK'nın genel hükümler kısmında irade sakatlıkları ve aşırı yararlanma hallerinde sözleşmenin geçersizliğinde rastlanır⁴²⁵. Ancak eşya hukuku mevzuatında tapunun iptal yaptırımına tabi olduğuna ilişkin bir hüküm mevcut değildir⁴²⁶. Yani Türk hukukunda tapunun iptal edilmesi mümkün değildir. Ancak yanlış uygulanageliş, içtihatları da derinden etkilemiştir. Kanundakinden farklı bir terminoloji yaratmak tehlikelidir⁴²⁷. Bu nedenle bu isimlendirmeden vazgeçilmelidir.

1.4. Tarihsel boyutu

İsviçre’de kantonlardaki medeni usul hukukuna ilişkin düzenlemeler ZGB Art. 665’in kabulünden önce mülkiyeti devir borçlusunun tescil talebinde bulunulmasının sağlanmasına ilişkin belirli bir yol öngörmemişti⁴²⁸. Eda hükümlerinin icrasına ilişkin hükümlerin taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için tatmin edici garanti sağlamadığı

2012/11811 E., 2012/13371 K.; 3. HD 2012/12829 E., 2012/17003 K.; 14. HD 2012/6691 E., 2012/7333 K.; 14. HD 2011/8335 E., 2011/12621 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁴¹⁹ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 190.

⁴²⁰ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 179.

⁴²¹ Örneğin: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Erendiz Önal Başvurusu (2014/1133) Karar Tarihi: 30.06.2014.

⁴²² Bu ifadenin geçtiği: İyilikli, (2017), **a.g.k.**, s. 402; ancak yazar makalesinde, TMK md.716’ya dayanan davalarla tapu sicilinin düzeltilmesi davasının farklı olduğu açıkça vurgulamıştır.

⁴²³ Yargıtay bazı kararlarında tescile zorlama davası için “*mülkiyet hakkına dayanılarak açılmış ve bu hakkın gerçek sahibine hükmen nakledilmesini amaçlayan tapu iptali tescil davaları*” ifadesini kullanmıştır. Ancak bu dava mülkiyet hakkına dayanmadığından bu isimlendirme yanlıştır. 8. HD 2012/7558 E., 2013/2188 K.; 14. HD 2011/11658 E., 2011/14233 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

⁴²⁴ Buz, V. (1998). *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 88.

⁴²⁵ TBK’nın özel hükümler bölümünde ve TMK’da düzenlenen iptal hakları da vardır. Ancak bunlardan bazıları teknik anlamda yenilik doğuran hak değil; yenilik doğuran dava hakkıdır. Bkz. Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 86 vd.

⁴²⁶ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 179.

⁴²⁷ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 190.

⁴²⁸ P. Liver (1979). *Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzips im Grundstücksverkehr*, ZBGR 60, S. 1. 1979, ss. 6; Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 141.

endişesi söz konusuyd⁴²⁹. Bu nedenle İsviçre kanun koyucusu ZGB Art. 665 (TMK md. 716) ile mahkemenin, alıcıyı malik kılan ve böylece cebri icrası gerekmeyen inşâî hüküm verebilmesini sağlamıştır. Ardından malik olan davacı bildirici tescilin yapılması isteyebilir⁴³⁰. Böylece mülkiyetin devredilmesini isteme hakkı kantonal hukuklara bağımlı olmaksızın federal hukukta güvence altına alınmıştır⁴³¹. Görülmektedir ki TMK md. 716 (ZGB Art. 665) taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin kantonal hukukta icra edilmesindeki zorluklar nedeniyle öngörülmüştür⁴³². Nitekim TMK md. 716'nın tanınmasıyla alacaklıyı doğrudan mahkeme kararıyla aynı icrayı isteme hakkıyla donatmıştır⁴³³. Mahkeme kararıyla tescilden önce aynı hak kazanımının öngörülmesinin sebeplerinden biri de mahkemenin kararıyla -aslında sicilin yerine getirdiği- aleniyetin sağlanmasıdır⁴³⁴.

Alıcının mahkeme kararıyla mülkiyeti kazanmasından sonra yapılan, yeni malikin haklarıyla bağdaşmayan veya onu kayıtlayan haklar tescilden silinmelidir⁴³⁵. Mülkiyetin kazanılmasından önce yapılan kayıtlar ise geçerliliğini koruduğu için sicil yolsuz değildir. Alıcı, TMK md. 716'ya başvurmadan önce tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını isteyebilir (TMK 1010, ZGB 960)⁴³⁶.

Taşınmaz mülkiyetini devir alacaklısı hâkimden eda hükmü vermesi talep ederek de mülkiyeti kazanabilir. Malum olduğu üzere, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî işlemde doğan borç, tescil talebinde yani irade beyanında bulunmadır⁴³⁷. İlk kez 1947 İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu Revizyonu'nun 78. maddesinde, bir irade beyanında bulunulmasına ilişkin eda hükmünün malikin tescil talebinin yerine geçeceği ve mahkeme kararına dayanarak kurucu nitelikteki tescilin yapılabileceği öngörülmüştür⁴³⁸. Ardından kantonlar bu düzenlemeyi iç hukuklarına almışlardır⁴³⁹. Bu nedenlerden aslında alıcı, taşınmaz mülkiyetini eda hükmüyle de kazanabilir. Eda hükmü

⁴²⁹ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 121; Liver, (1979), **a.g.k.**, ss. 6; Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 141.

⁴³⁰ Liver, (1979), **a.g.k.**, ss. 6; Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 141; Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 121.

⁴³¹ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 121.

⁴³² Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 731, s. 158.

⁴³³ Reber, M., Hurni, C. (2007). *Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900 Schweizerisches Gesetzbuch, Materialien zum Zivilgesetzbuch*, HAUSHEER, H./ WALTER, H. P. (Hrsg.): BK-Berner Kommentar Band/Vierter Teil. Das Sachenrecht / Erste Abteilung. Das Eigentum. / Neunzehnter Titel. Das Grundeigentum, s. 559, dpnt. 2.

⁴³⁴ Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 379.

⁴³⁵ Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 142

⁴³⁶ Tuor, Schnyder, Schmid, (1995), **a.g.k.**, s. 680.

⁴³⁷ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 141.

⁴³⁸ Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 142; bu yönde *Schweizerische Grundbuchverordnung Art.64/I-h*.

⁴³⁹ İç hukuklarına almayan kantonlar da bu hukukî boşluğu aynı şekilde doldurmalıydı.

daha çok hukukî sebebin şarta bağlı olduğu bu nedenle TMK md. 716'ya dayanılmayan hallerde gündeme gelir⁴⁴⁰. Örneğin, alıcının tazminat veya sözleşme bedelinin tamamını ödemesinin gerektiği durumlarda durum böyledir.

Tescile zorlama davasını tam olarak karşılamamakla birlikte Roma hukukunda da mahkemenin inşâî karar vererek taşınmaz mülkiyetini kazandırdığı bir kurum vardı. Paylı mülkiyetin anlaşma ile paylaşılabilmesi halinde paydaşlardan her biri dava açarak paylaşmanın mahkeme kararıyla sağlanması talep edebiliyordu⁴⁴¹. Paylaşmanın dava yoluyla gerçekleşme üç şekilde mümkündür⁴⁴². Bu üç halde de gereken şartların oluşması halinde mahkeme *adiudicatio* kararıyla paylı mülkiyeti sona erdirip paydaşlar için bağımsız mülkiyet hakkı veya irtifak hakkı kurabiliyordu⁴⁴³. Mahkemenin aynen paylaştırmaya ilişkin bu yetkisini kullanması halinde verdiği karar da *adiudicatio* olarak adlandırılırdı ve inşâî nitelikteydi⁴⁴⁴. Yani *adiudicatio* paylaşma davalarında taşınmaz mülkiyetinin ve irtifak hakkının mahkeme kararıyla kazanıldığı bir haldir⁴⁴⁵.

Adiudicatio, Formula türü yargılamanın dört kısmından biriydi⁴⁴⁶. Mahkeme kararı yalnız paylı mülkiyette doğrudan hak sahipliğine etki ettiğinden *adiudicatio* istisnai bir yoldur⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 142

⁴⁴¹ R. Sohm (1892). *The Institutes of Roman Law*. (Translated by: James Crawford Ledlie). London: Oxford At The Clarendon Press, s. 236; Erdoğan, (2012), **a.g.k.**, s. 47.

⁴⁴² Koschaker, P., Ayiter, K. (1977). *Roma Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 122; bu üç hal: *actio communi dividunda* (paylaşma davası), *actio familiae herciscundae* (mirasın paylaşılması davası) ve *actio finium regundorum* (sınırların belirlenmesi davası) idi. Bkz. C. G. Paulus (Berlin), (1996). *Adiudicatio*, in: Der Neue Pauly, Herausgegeben von: Hubert Cancik, Helmuth Schneider (Antike), Manfred Landfester (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte), s. 114.

⁴⁴³ Sohm, (1892), **a.g.k.**, s. 236; Erdoğan, (2012), **a.g.k.**, s. 47; Öztekin, S. (1985). Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları: Törelerden Şekle; Husui Adaletten Devlet Adaletine. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* ss. 351; Koschaker, Ayiter, (1977), **a.g.k.**, s. 122; B. Erdoğan, (2012). Roma Eşya Hukuku, İstanbul: DER Yayınları, s. 47; Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 378.

⁴⁴⁴ Paulus, (1996), **a.g.k.**, s. 114; Türkoğlu Özdemir, (2005), **a.g.k.**, ss. 198; A. Kocourek (1922). The Formula Procedure of Roman Law. *Virginia Law Review*. Vol. 8, No. 6, ss. 434.

⁴⁴⁵ Erdoğan, (2012), **a.g.k.**, s. 69 ve 109; TMK md. 716 «*Adiudicatio*» hallerinden biri olduğu ve TMK md. 780/II, 795, 823, 838, 840/III halleri TMK'daki diğer «*Adiudicatio*» hallerinin de «*Adiudicatio*» niteliğinde olduğu görüşü için bkz. Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 378.

⁴⁴⁶ Kocourek, (1922), **a.g.k.**, ss. 434; G. Türkoğlu Özdemir (2005). Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 7(1), ss. 196; Erdoğan, (2012), **a.g.k.**, s. 69; Öztekin, (1985), **a.g.k.**, ss. 351.

⁴⁴⁷ Türkoğlu Özdemir, (2005), **a.g.k.**, ss. 196; Öztekin, (1985), **a.g.k.**, ss. 351.

1.5. Davanın esastan kabulüne ilişkin şartlar

Tescile zorlama davasında davacı lehine hüküm verilebilmesi için maddi hukuka ilişkin üç şartın gerçekleşmesi gerekir⁴⁴⁸: davanın geçerli bir hukukî sebebe dayanması, davalının tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması ve davalının en azından dava sırasında hala malik olması.

Bir hususun altı çizilmelidir. Aşağıda açıklanacak üç şart teknik anlamda dava şartı değildir. Nitekim dava şartları, davanın esastan görülebilmesi için gereken ve hâkimin resen gözettiği şartlardır (HMK md. 114, 115)⁴⁴⁹. Bir dava şartının eksikliği halinde eksiklik mahkemece verilen süre içinde giderilmezse dava usulden reddedilir⁴⁵⁰. Bu üç şart ise esastan görülen davada davacı lehine hüküm vermenin yani ona taşınmazın mülkiyetini kazandırmanın şartlarıdır.

1.5.1. Geçerli bir hukukî sebebin bulunması

Tescile zorlama davasının esastan kabul edilebilmesi için taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebebin geçerli olması gerekir⁴⁵¹. Kimse geçersiz bir hukukî işleme dayanarak taşınmaz mülkiyetini kazanamaz. Mahkeme tescile zorlama davasında ilk olarak geçerli bir hukukî sebep olup olmadığını kontrol eder⁴⁵². TMK md. 716'nın lafzında geçen mülkiyetin kazanılmasına esas olan hukukî sebepten kasıt geçerli bir hukukî sebeptir⁴⁵³. Sözleşmenin şekil ve içerik yönünden bütün geçerlilik unsurlarını taşıması gerekir (TBK md. 27)⁴⁵⁴. Örneğin bir borcun güvencesi olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmasına ilişkin sözleşme *lex commissoria* yasağına aykırılık nedeniyle hükümsüz olabilir (TMK md. 873/II). Bu ihtimalde bu sözleşmelere dayanarak

⁴⁴⁸ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 4; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 149; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 427.

⁴⁴⁹ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 636; Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2018), **a.g.k.**, s. 199, 200.

⁴⁵⁰ Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2018), **a.g.k.**, s. 207; Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 637.

⁴⁵¹ Hitz, F. (2016). Art. 656, 665 ZGB, Breitschmid, B., Rumo-Jungo, A. (Hrsg.): CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Aufl., Zürich, Art. 656, s. 124; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 427; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 9, dpnt. 42; 14. HD 2014/3514 E., 2014/7376 K.; 14. HD 2014/8957 E., 2015/639 K.; 14. HD 2015/18233 E., 2016/4081 K.; 14. HD 2016/14042 E., 2019/5570 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁴⁵² Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁵³ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126.

⁴⁵⁴ BGE 114 III 20; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163.

tescile zorlama davası açılmaz⁴⁵⁵. Uygulamada genellikle taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkinin şekle aykırılığıyla karşılaşılır⁴⁵⁶.

Tescile zorlama davasına esas olan taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebebin şekle uygun yapılmış olması gerekir⁴⁵⁷. Şekle aykırı bir sözleşme hüküm ve sonuç doğurmayacağından, TMK md. 716'ya dayanılarak mülkiyetin devredilmesi istenemez⁴⁵⁸. Bu anlamda örneğin bağımsız bir bölümün satışı sözleşmesi resmî şekle uymadan yapılırsa, bu sözleşmeye dayanarak tescile zorlama davası açılmaz⁴⁵⁹.

Bununla birlikte, davalının sözleşmenin şekle aykırılığını ileri sürmesi TMK md. 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse mahkeme TMK md. 716'ya dayanarak mülkiyeti davacıya geçirmelidir⁴⁶⁰. Örneğin taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme şekle aykırı olmasına rağmen taşınmazın zilyetliği geçirilmişse, bu sözleşme de iyileşmiş sayılabilir⁴⁶¹. Yani tescile zorlama davası açılabilir. İFM bir kararında⁴⁶² şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hallerde dahi şekle aykırı sözleşmeye dayanarak tescile zorlama davasının açılmayacağını ifade etmiştir. Fakat bu karar hatalıdır⁴⁶³. Şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde mahkeme TMK md. 716'yi (ZGB Art. 665) kıyasen uygular ve mülkiyeti davacıya kazandırır⁴⁶⁴. Bu ihtimalde bildirici tescilin hukukî sebebi şekle aykırı sözleşme değil; mahkeme kararıdır⁴⁶⁵.

TMK md. 194/I (ZGB Art. 169/I) uyarınca “*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu*

⁴⁵⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693, 694; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 58; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 319, pr. 1405; bu hallerde alım hakkı sözleşmesi ve inançlı işlem yapılması makuldür. Yargıtay ise bu tür sözleşmeleri muvazaa nedeniyle kesin hükümsüz addetmektedir. Bkz. Yarg. HGK. 10.11.2004, E. 14-464/K. 588.

⁴⁵⁶ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁵⁷ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 217, pr. 1400; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 673; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 209; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 349.

⁴⁵⁸ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 218; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 124; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; bu yönde: BGE 116 II 700, BGE 50 II 377; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 657, s. 254; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 673; bu yönde: Yarg. HGK. T. 04.06.1971, E. 4514, K. 4004; elbette doktrinde şekle aykırılığın yaptırımını hakkında ileri sürülen hangi teorinin kabul edildiğine bağlı olarak mahkeme süreci şekillenir. Örneğin *Sui generis* hükümsüzlük anlayışına göre şekle aykırılığı ancak taraflar ileri sürebilir, hâkim resen dikkate alamaz.

⁴⁵⁹ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 456, pr. 2038.

⁴⁶⁰ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 97.

⁴⁶¹ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 5; satış vadedininin şekle aykırılığına ilişkin İFM'nin 2014 yılında verdiği bir karar: BGE 140 III 200.

⁴⁶² BGE 72 II 43 (Karara İFM'nin resmî internet sitesinden ulaşılmıştır).

⁴⁶³ A. Koller, (2017a). *Der Grundstückkauf*. 3. Auflage. Bern. Staempfli Verlag, s. 97.

⁴⁶⁴ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 97.

⁴⁶⁵ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 97.

devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz”. Maddede ifade edilen aile konutunun devredilememesi ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlanamamasından ne anlaşılacağı doktrinde tartışmalıdır. Anılan kısıtlamanın hangi hukukî nitelikte olduğuna karar vermek, aile konutunun taahhüt veya tasarruf işlemlerine olup olamayacağı tartışmasında belirleyicidir. Maddenin aile konutunun konu olduğu hukukî işlemler için getirdiği kısıtlamanın hukukî niteliği hakkında temelde dört görüş vardır. İlk görüşe göre madde, fiil ehliyeti sınırlaması getirmektedir⁴⁶⁶. İkinci görüşe göre madde diğer eşe katılım hakkı bahşetmiştir⁴⁶⁷. Üçüncü görüşe göre anılan kısıtlama, sözleşme özgürlüğünün kanun yoluyla kısıtlanması niteliğindedir⁴⁶⁸.

Nihayet Türk hukukunda hakîm olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise TMK md.194'teki kısıtlama tasarruf yetkisinin sınırlanması niteliğindedir⁴⁶⁹. Buna göre hak sahibi eşin, aile konutu üzerinde diğer eşin açık rızası olmaksızın yaptığı taahhüt işlemleri geçerlidir⁴⁷⁰. Örneğin hak sahibi eş, diğer eşin açık rızası olmaksızın aile konutu üzerinde satış vaadi veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapabilir⁴⁷¹. Ancak eşin açık rızası alınmaksızın hukukî işlemin ifası için yerine getirilen tasarruf işlemleri geçersizdir⁴⁷². Bu nedenle diğer eşin rızasının olmadığı hallerde, aile konutunun devri borcu doğuran sözleşmenin ifası ve dolayısıyla mülkiyetin tescile zorlama davası ile kazanılması mümkün değildir. Böyle bir sözleşmeye dayanarak tescile zorlama davası açılırsa, mahkeme diğer eşin açık rızası olmadığı takdirde resen aile konutu niteliğini göz önünde

⁴⁶⁶ Bkz. Kılıçoğlu, A. M. (2015a). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 235, dpnt. 248'deki yazarlar.; Dural, M., Ögüz, T. ve Gümüş, M. A. (2015). *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. (10.Baskı)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 167, dpnt. 53'teki yazarlar.; Bkz. Armutcuoğlu, C. Y. (2011). Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukukî Niteliği, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.17 S.1-2, ss. 423, dpnt. 40'taki yazarlar. Bu görüşe göre de aile konutu üzerinde mülkiyeti (aynı hakkı) devir borcu doğuran borçlandırıcı işlem yapılabilmesi için diğer eşin açık rızası gerekir.

⁴⁶⁷ Bkz. Armutcuoğlu, (2011), **a.g.k.**, ss. 423, dpnt. 38'deki yazarlar; bu görüşe göre aile konutu üzerindeki hem taahhüt hem tasarruf işlemleri için diğer eşin açık rızası gerekir.

⁴⁶⁸ Bu yönde: Kılıçoğlu, (2015a), **a.g.k.**, s. 251., Bu görüşe göre diğer eşin açık rızası alınmaksızın yapılan aile konutunun mülkiyetini devir borcu doğuran taahhüt işlemleri -taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de dahil olmak üzere- geçersizdir. Aynı yönde: Kamacı, M. (2010). Tapu Kütüğüne “Aile Konutu Şerhi”nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu. *Yargıtay Dergisi*, Cilt 36, Sayı 3, s. 35.

⁴⁶⁹ Bu yönde: Dural, Ögüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 168; Armutcuoğlu, (2011), **a.g.k.**, ss. 424, dpnt. 42'deki yazarlar; aile konutu eşlerin paylı mülkiyetinde ise -edinilmiş mallara katılma rejiminde- TMK md. 223/II geçerlidir.

⁴⁷⁰ Dural, Ögüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 168.

⁴⁷¹ Dural, Ögüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 166.

⁴⁷² Dural, Ögüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 168; buradaki tasarruf yetkisi eksiliği nedeniyle geçersizliğin kendine özgü bir geçersizlik olduğu yönünde: Dural, Ögüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 168.

bulundurup davayı reddetmelidir⁴⁷³. Diğer eşin haksız yere rıza vermekten kaçındığı hallerde eşin dava açma hakkı saklıdır⁴⁷⁴.

Dava konusu taşınmazın devredilebilir ve mülkiyetinin kazanılabilir olması gerekir⁴⁷⁵. Taşınmazda devir yasağı varsa tescile zorlama davası reddedilmelidir⁴⁷⁶. Örneğin TMK 715/II'de, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerler ile kamu malı niteliğindeki diğer taşınmazların mülkiyetinin özel mülkiyete elverişli taşınmaz malların mülkiyetinin kazanılmasını sağlayan yollardan kazanılması yolu kapatılmıştır. Bu nedenle devletin hüküm ve tasarrufu altından bulunan sahipsiz yerler ile kamu malı niteliğini haiz diğer taşınmazlar tescile zorlama davasının konusu olamaz⁴⁷⁷.

Tapuya kaydedilemeyecek taşınmazlar da tescile zorlama davasının konusu olamaz⁴⁷⁸. Ayrıca taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkinin 5403 Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ve 3194 sayılı İmar Kanunu'ndaki⁴⁷⁹ kısıtlamalara aykırı olmaması gerekir⁴⁸⁰.

⁴⁷³ Çabri, S. (2007). Aile Konutu Şerhi, Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, ss. 407.

⁴⁷⁴ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 141; Kamacı, (2010), **a.g.k.**, s. 34.

⁴⁷⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 717.

⁴⁷⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 717.

⁴⁷⁷ Değinildiği üzere bu tür taşınmazların mülkiyeti ancak KK md. 17'ye göre KK md. 14'teki kazandırıcı zamanaşımı şartlarının da gerçekleşmesi koşuluyla imar ve ihya yoluyla kazanılabilir. Ayrıca "*Türk Hukukunda zaman zaman Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin mülkiyetinin kazanılmasını sağlayan bu tür düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden bazıları sadece işgal olgusuna, bazıları da başka olgulara; örneğin, mülga 5516 sayılı Kanun bataklıkların kurulması olgusuna, 2644 sayılı Tapu Kanunu kıyılarda doldurma olgusuna (m. 8, 9, 11, 14), 4753 sayılı Kanunun 5618 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değiştirilen geçici maddesi ihya olgusuna, mülkiyeti kazandırıcı bir işlev tanımıştır. Sadece işgal olgusuna mülkiyeti kazandırıcı bir işlev tanıyan 1934 tarihli ve 3644 sayılı Tapu Kanununun yürürlükten kalkmış olan 6. maddesi, "Devlet'in hususi mülkiyetinde olmayıp hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve ammenin hizmetine tahsis olunmayan sahipsiz ham toprağın" işgal yoluyla edinilmesini düzenlemiş bulunuyordu.*" Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 357, dpnt. 370'dan naklen.

⁴⁷⁸ Tapu kütüğüne kaydedilemeyecek taşınmazlar (TMK md. 715, KK md. 16) hakkında bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 11.

⁴⁷⁹ Örneğin md. 16/I.

⁴⁸⁰ „... satışı vaat edilen taşınmazın tapusunda temlik tasarrufu engelleyen bir kaydın bulunması veya 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi hükmüne aykırı şekilde taşınmaz satışı vaat edilmesi ...” 14. HD 2018/5208 E., 2019/6968 K.; 14. HD 2014/9001 E., 2015/828 K.; 14. HD 2019/789 E., 2019/7373 K.; 14. HD 2018/5208 E., 2019/6968 K.; 14. HD 2018/1793 E., 2018/6476 K.; 14. HD 2015/16526 E., 2018/4499 K.; 14. HD 2014/17467 E., 2016/5495 K.; 14. HD 2015/16113 E., 2016/3274 K.; 14. HD 2014/14001 E., 2015/9044 K.; 14. HD 2014/8957 E., 2015/639 K.; 14. HD 2014/8573 E., 2015/308 K.; 14. HD 2014/6376 E., 2014/7118 K.; 14. HD 2013/13004 E., 2014/921 K.; 14. HD 2012/4680 E., 2012/6612 K. (kararlara <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden ulaşılmıştır.); "*Satış vaadi sözleşmesine konu payın arazinin büyüklüğü itibarıyla belirlenen tarımsal niteliğine göre satışının mümkün olmadığına anlaşıldığı halde davanın reddi, aksi halde kabul kararı verilmesi gerekir*" 14. HD 2012/12484 E., 2012/13876 K.; yasal kısıtlamanın (örneğin 442 sayılı Köy Kanunu'ndaki kısıtlamalar) sonradan ortadan kalkması halinde tescile zorlama davası açılacağı yönünde: 14. HD 2015/18233 E., 2016/4081 K.; 14. HD 2015/16113 E., 2016/3274 K. (kararlara <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden ulaşılmıştır).

1.5.2. Borçlunun tescil talebinde bulunmayı haksız olarak reddetmesi

Tescile zorlama davası, borçlunun taşınmaz mülkiyetini alacaklıya devretmekten kaçınması halinde açılır. Kanun maddesinin lafzında açıkça ifade edilmese de açılan tescile zorlama davasının kabul edilebilmesi için davalının kaçınmasının haksız olması gerekir⁴⁸¹.

Malikin kaçınmasının haksız olmasından kasıt, borçlunun haksız olarak tescili yapmak istememesidir⁴⁸². Teknik anlamda kaçınmadan söz edebilmek için kural olarak devir borçlusunun temerrüde düşürülmüş olması gerekir⁴⁸³. Zaten dava açılmakla borçlu temerrüde düşer⁴⁸⁴. Satıcının sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmesi veya tescili yapmayacağına dair şekli bildirimde bulunması halinde de tescile zorlama davası açılabilir⁴⁸⁵. Zaten bu halde borçlunun temerrüde düştüğü söylenebilir.

İsviçre doktrininde borçlunun kaçınmasının haksız olduğundan söz edebilmek için; borcu ifa yükümlülüğünün olması⁴⁸⁶, ödemezlik ve zamanaşımı defini ileri sürememesi, sonraki kusursuz imkânsızlığın söz konusu olmaması ve davacının alacaklı temerrüdüne düşmemiş olması gerektiği ifade edilir⁴⁸⁷. Taşınmazın devrine ilişkin sözleşme kurulduktan sonra imkânsız hale gelmişse, davalı herhangi bir şekilde taşınmazı devir borcundan kurtulmuşsa, ödemezlik / zamanaşımı defini ileri sürebiliyorsa veya davacı alacaklı temerrüdüne düşmüşse tescile zorlama davası reddedilir⁴⁸⁸.

Devir borçlusunun önceden ifada bulunma yükümlülüğü yoksa davacı, ancak diğer tarafın edimi ifa etmesi veya ifayı teklif etmesi halinde TMK md. 716'ya göre mülkiyeti

⁴⁸¹ Rey (2007), **a.g.k.**, s. 350 ve 427; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407; Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 364, 365; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; Kernén, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 46, dpnt. 234; A. F. Liechti (2020). Realkollation von Grundstücken: Erb-, grundbuch- und prozessrechtliche Bemerkungen. Beurkundungs- und Grundbuchrecht – 101. Jahrgang, ss. 9, 10; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126.

⁴⁸² Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁸³ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁸⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 238.

⁴⁸⁵ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 150.

⁴⁸⁶ Tescile zorlama davasında borçlunun mülkiyeti devretme borcunun muaccel olması gerekir. Borcun muaccel olmaması halinde davacı, davayla istediğine kavuşamayacağından hukukî yarar eksikliğinden dava usulden reddedilir (HMK md. 115/II). Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 204-206; henüz muaccel olmamasına rağmen kimi hallerde satış vaadinden doğan borcun ifa edilmesinin istenmesi mümkündür. Örneğin, satış vaadinden ve sonra kurulacak satış sözleşmesinin ifasını imkânsız hale getirecek tasarruflarda bulunulması ihtimali söz konusu ise, alacaklıya böyle bir dava hakkının verilmesi yerindedir. Bkz. Ayrancı, S. (2006). *Ön Sözleşme*. (1.Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 176.

⁴⁸⁷ Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 365; Kernén, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 151.

⁴⁸⁸ Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 427; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163.

kazanır⁴⁸⁹. Tescile zorlama davasında davalının ödemezlik defini ileri sürmesi medeni usul hukuku bakımından özellik arz eder⁴⁹⁰.

1.5.3. Mülkiyeti devir borçlusunun malik olması

Bir taşınmazın satışının yapılabilmesi için, satıcının sözleşmenin kurulduğu anda tasarruf yetkisine sahip olması -malik olması- şart değildir⁴⁹¹. Bir kişinin kendine ait olmayan taşınmazı satması mümkündür⁴⁹². Önemli olan, tescil anında tasarruf yetkisine sahip olunmasıdır⁴⁹³.

Davalının veya külli haleflerinin dava açıldığında malik olması gerekir⁴⁹⁴. Yani mülkiyeti devir borçlusu, taşınmazın maliki değilse taşınmazın mülkiyetini kazanmadığı sürece hâkim TMK md. 716 uyarınca mülkiyeti ona kazandıramaz⁴⁹⁵. Çünkü tasarruf işleminin yapılabilmesi için sicilde malik görünmek zorunludur. Taşınmaz mülkiyetini devir borçlusu malik değilse ondan ancak zararın tazmini talep edilebilir⁴⁹⁶.

Örneğin tescile zorlama davası açılmadan veya dava sırasında taşınmaz üçüncü kişiye devredilmişse bu kişiye dava açılması ancak tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin varlığı halinde, bu davranışın ahlaka aykırılık teşkil etmesi halinde (TBK md. 49/II) veya bu kişinin borcun ifasını kabul etmesi halinde mümkündür⁴⁹⁷. Üçüncü kişi sözleşmeyi ihlal ettiğini bilerek taşınmazı edinmiş olsa dahi kural olarak bu kişiye dava açılmaz⁴⁹⁸.

⁴⁸⁹ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148; Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 365; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213.

⁴⁹⁰ Bkz. aşa. İkinci Böl. 1.6. s. 75 vd.

⁴⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 30.

⁴⁹² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 692; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 153.

⁴⁹³ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 30.

⁴⁹⁴ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 717; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 212.

⁴⁹⁵ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 153; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; 20. HD 2019/1507 E., 2019/3622 K.; 14. HD 2016/8193 E., 2018/8118 K.; 3. HD 2013/10595 E., 2013/12801 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁴⁹⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407; tescile zorlama davası açıldıktan sonra ayrıca bedelin iadesi davası açılırsa, ilk dava ikinci davanın ön meselesi olarak halledilmelidir yani tescile zorlama davasının sonucu beklenilmelidir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 696; tam tersi mümkün değildir. Çünkü bedelin iadesinin istenmesi satış vaadinden dönüldüğü anlamına gelir. Bu nedenle mülkiyetin TMK md. 716'ya göre naklinin istenmesi mümkün olmaz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 696; „*vaat borçlusu ve mirasçuları davanın açıldığı tarihte taşınmazın maliki olmadığından aynen ifa imkansızlığı nedeniyle müspet zararı isteyebilir*“ 3. HD 2013/10595 E., 2013/12801 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁴⁹⁷ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213.

⁴⁹⁸ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213.

Üçüncü kişinin herhangi bir şekilde -tescille veya tescilden önce- bu taşınmazın mülkiyetini kazanmasında durum böyledir⁴⁹⁹. Örneğin mülkiyeti devir borçlusu, mülkiyeti cebri icra sonucunda da kaybetmiş olabilir. Haczin gerçekleşmesinden önce tasarrufun kısıtlanması şerhi verilmemişse artık tescile zorlama davası açılmaz⁵⁰⁰.

Taşınmazın elbirliğiyle maliklerinden birinin taşınmazın devrini taahhüt etmesi halinde, bu sözleşme geçerlidir. Ancak tescile zorlama davası açıldığında elbirliğiyle mülkiyet sona ermemişse alacaklının taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararıyla kazanması mümkün değildir⁵⁰¹.

Aynı taşınmazın birden fazla kişiye satılması hali kendine özgü nitelikler barındırır⁵⁰².

1.6. Tescile zorlama davasında davalının ödemelik defini ileri sürmesi halinde mahkemenin nasıl karar vereceği problemi

Açılan bir davada, davalının ödemelik defini ileri sürmesi halinde mahkemenin ne şekilde karar vereceği medeni usul hukukunun hararetli meselelerinden biridir⁵⁰³. HMK md. 279 ve 303, hükmün tereddüt oluşturmayacak biçimde net olarak verileceğini düzenlenmiştir. Özellikle İsviçre hukuku doktrininde rastlanan bir görüşe göre mahkemenin şarta bağlı karar vermesi mümkündür⁵⁰⁴. Türk hukuku doktrininde ise

⁴⁹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 673.

⁵⁰⁰ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213.

⁵⁰¹ Yargıtay içtihatları, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmenin elbirliğiyle malikler arasında yapılması halinde, alacaklı malikin TMK md. 716'ya göre taşınmaz mülkiyetini kazanabileceği yönündedir; elbirliğiyle ortaklık dışındaki kişiye taşınmazın devredildiği hallerde, ortaklık devam ettiği sürece mülkiyetin TMK md. 716'ya göre kazanılamayacağı yönündedir: 14. HD 2019/4774 E., 2020/4 K.; 14. HD 2019/789 E., 2019/7373 K.; 14. HD 2019/2812 E., 2019/6864 K.; 14. HD 2018/4621 E., 2019/5557 K.; 14. HD 2017/2159 E., 2017/5245 K.; 14. HD 2015/16972 E., 2016/7560 K.; 14. HD 2015/12470 E., 2016/4191 K.; 14. HD 2015/18233 E., 2016/4081 K.; 14. HD 2014/16955 E., 2016/4009 K.; 14. HD 2015/16113 E., 2016/3274 K.; 14. HD 2015/12514 E., 2016/1622 K.; 14. HD 2014/15087 E., 2015/11303 K.; 14. HD 2014/14451 E., 2015/10314 K.; 14. HD 2014/14001 E., 2015/9044 K.; 14. HD 2015/10354 E., 2015/8727 K.; 14. HD 2015/4430 E., 2015/6045 K.; 14. HD 2014/11831 E., 2015/2887 K.; 14. HD 2015/1164 E., 2015/2654 K.; 14. HD 2014/14684 E., 2015/2320 K.; 14. HD 2014/9187 E., 2015/844 K.; 14. HD 2014/9001 E., 2015/828 K.; 14. HD 2014/8957 E., 2015/639 K.; 14. HD 2014/16755 E., 2015/511 K.; 14. HD 2014/6456 E., 2014/12070 K.; 14. HD 2014/7258 E., 2014/8026 K.; 14. HD 2014/3363 E., 2014/7358 K.; 14. HD 2014/1625 E., 2014/5029 K.; 14. HD 2013/15501 E., 2014/2767 K.; 14. HD 2013/14930 E., 2014/2014 K.; 14. HD 2013/10666 E., 2013/13929 K.; 3. HD 2013/10595 E., 2013/12801 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁵⁰² Bkz. a.ş. İkinci Böl. 3.1.3. s. 91 vd.

⁵⁰³ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 1033; H. Pekcanitez, O. Atalay, M. Özekes (2018). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. (6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 418; Akil, C. (2012). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 16(4), Y. 2012, ss. 11 vd.

⁵⁰⁴ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 40.

hâkim görüş mahkemenin şarta bağlı karar vermesinin mümkün olmadığı yönündedir⁵⁰⁵. Eda hükmünün şarta bağlı olup olamayacağı meselesinde genel olarak üç görüşten söz etmek mümkündür⁵⁰⁶. Meseleye katı yaklaşan ilk görüş eda davasında davalının ödemezlik defini ileri sürmesi halinde mahkemenin ret kararı vermesi gerektiğini savunur⁵⁰⁷. Bu görüşe göre şarta bağlı hüküm verilmesi mümkün değildir. İkinci görüş mahkemenin ret kararı vermesi gerektiğini; ancak ret kararı vermeden önce davacıya edimini yerine getirmesi için süre verebileceğini kabul eder. Üçüncü görüşe göre ise davalının ödemezlik defini ileri sürmesinin haklı olduğu hallerde mahkeme aynı anda ifaya hükmedebilir⁵⁰⁸.

Bu çalışmada özellikle önem taşıyan husus ise mahkemenin kararının inşâî nitelikte olduğu hallerde nasıl bir yol izleneceğidir.

Davacının talebi yönünde karar verilebilmesi için davacının kendi talebini ifa etmesi veya ifasını teklif etmesi gerekir⁵⁰⁹. Tescile zorlama davasında aynı anda ifa yükümlülüğünün olduğu hallerde, davacının kendi edimini (genelde bedel ödeme borcu) yerine getirmemesi veya yerine getirmeyi teklif etmemesi halinde davalı ödemezlik defini ileri sürebilir (TBK md. 97)⁵¹⁰. Öncelikle davalının taşınmaz mülkiyetini devredeceğinin kararlaştırıldığı hallerde (yani davalının önceden ifayla yükümlü olduğu hallerde) ödemezlik defini ileri sürmesi mümkün değildir⁵¹¹. Davalının önceden ifayla yükümlü olduğu hallerde -diğer şartların gerçekleşmesiyle- mahkeme TMK md. 716 uyarınca mülkiyeti davacıya kazandırır.

Ödemezlik defini ileri sürüp sürmemek borçlunun tasarrufundadır. Çünkü teknik anlamda defî niteliğindedir; itiraz niteliğinde değil. Borçlu ödemezlik defini ileri sürmezse mahkeme TMK md. 716'ya göre karar verip mülkiyeti davacıya nakledebilir⁵¹².

Tescile zorlama davasının esastan kabulü halinde verilen kararın inşâî nitelikte olması, problemi daha da derinleştirir⁵¹³. Çünkü burada şarta bağlı inşâî hüküm verilmesi

⁵⁰⁵ Pekcanitez, Atalay, Özokes, (2018), **a.g.k.**, s. 418; Akil, (2012), **a.g.k.**, ss. 15.

⁵⁰⁶ Pekcanitez, Atalay, Özokes, (2018), **a.g.k.**, s. 418.

⁵⁰⁷ Bu yönde: Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 1036 ve 1039, dpnt. 19'daki yazarlar.

⁵⁰⁸ *Pekcanitez/Atalay/Özokes*, usul ekonomisi ilkesine uygun olması nedeniyle üçüncü görüşü kabul etmiştir (bu yönde: Pekcanitez, Atalay, Özokes, (2018), **a.g.k.**, s. 419 ve Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 1034 ve 1035'te aktarılan yazarlar); bu görüşün eleştirisi için bkz. Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 1036 vd.

⁵⁰⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 717.

⁵¹⁰ V. Buz (2013). Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi. *BATİDER*. C. 28 (4), ss. 83; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1008.

⁵¹¹ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1015.

⁵¹² Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 299, dpnt. 22; detaylı bilgi için bkz. Buz, (2013), **a.g.k.**, ss. 83 vd.

⁵¹³ Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 297, dpnt. 12.

söz konusudur. Taşınmaz mülkiyetini devir borçlusunun mülkiyeti devretmesinin istendiği eda davasında, davacının karşı edimi yerine getirmesi şartına bağlı olarak eda hükmü verildiğinde henüz mülkiyet davacıya geçmez. Mülkiyetin geçmesi için kurucu nitelikteki tescilin yapılması gerekir. Ancak ve ancak tapu sicil görevlisi, davacının borcunu yerine getirdiğini doğruladığında tescil yapılabilir⁵¹⁴. Bu halde tapu sicil görevlisi davacının edimini yerine getirdiğini doğrulamadan davacı kurucu tescilin yapılmasını isteyemeyeceğinden, tapu sicil görevlisi kontrol işlevi görür⁵¹⁵. Tescilden yani davacının mülkiyet hakkını kazanmasından önce kontrol mekanizması devreye girdiğinden hukukî güvenlik ilkesi -görece- tehlikeye atılmamış olur⁵¹⁶.

İsviçre doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre davalının ödemezlik defini ileri sürebildiği hallerde de TMK md. 716'ya dayanarak karar verilmesi mümkündür⁵¹⁷. Mahkeme, davacının bedeli ödemesi şartıyla mülkiyeti kazanacağına hükmedebilir⁵¹⁸. Davacı bedeli öder ödemez mülkiyeti kazanır⁵¹⁹. BGE aynı anda ifanın söz konusu olduğu tescile zorlama davasına ilişkin bir kararında⁵²⁰ “*davacının sözleşme bedelinin ödemesi karşılığında mülkiyetin geçirilmesi*”ne hükmetmiştir⁵²¹. Mahkemeye göre davacı bedeli ödediği anda mülkiyeti kazanır. Ardından, bedeli ödediğini tapu sicil görevlisine ispat ederek bildirici tescili yaptırabilir.

Mahkemenin davacının edimini yerine getirmesi şartına bağlı olarak inşaî hüküm vermesi halinde ise problem, davacının mülkiyeti ne zaman kazanacağına belirsiz olması ve Tapu Müdürlüğünün kontrol mekanizmasına tabi olamamasıdır. Nitekim davacının edimini yerine getirmesi şartına bağlı olarak mülkiyeti kazandığına hükmedildiğinde davacı bedeli ödediği anda mülkiyeti kazanır; mahkemenin inşaî kararının kesinleşmesiyle veya tescilin yapılmasıyla değil⁵²². Ardından davacı bedeli ödediğini ispat ederek bildirici tescili yaptırır. Bu halde tescil kurucu rol oynamaz. Bu nedenle davacı mülkiyeti kazanmadan önce, kendi edimini yerine getirip getirmediği tespit

⁵¹⁴ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 40-43; diğer şarta bağlı eda hükümlerinde ise davacının edimini yerine getirip getirmediğini icra mahkemesi kontrol eder.

⁵¹⁵ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 42.

⁵¹⁶ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 43.

⁵¹⁷ Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 152; Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295.

⁵¹⁸ Bu yönde: BGE 85 II 474; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1129; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 152; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 152; Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295.

⁵¹⁹ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 152.

⁵²⁰ BGE 86 II 417.

⁵²¹ Aynı yönde: İFM BGE 85 II 487, BGE 86 II 426.

⁵²² Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 43.

edilemez⁵²³. Yani davacının taşınmaz mülkiyetini ne zaman inşaî olarak kazandığı belirsizdir. Halbuki inşaî hükümlerin amaçlarından biri de hukukî güvenliğin sağlanmasıdır. Nitekim inşaî hükmün cebri icrası gerekmez, mahkeme kararının kesinleştiği anda hak kazanılmış olur. Mahkemenin edimin ifa edilmesi şartına bağlı olarak mülkiyetin kazanıldığına hükmetmesi halindeyse şartın gerçekleşip gerçekleşmediği ve ne zaman gerçekleştiğinin tespiti hukukî belirsizliğe yol açar⁵²⁴. Elbette bu hususların ayrıca açılacak bir tespit davasıyla saptanması mümkündür. Ancak bu fikrin, usul ekonomisi ilkesine uygun olmadığı açıktır. Ayrıca kendi borcunu ifa etmeyen/ifaya hazır olmayan davacının mülkiyeti kazanmasına şartlı olarak hükmetmek adil bir çözüm değildir⁵²⁵.

Diğer taraftan, davacının sözleşme bedelini ödediği anda mülkiyeti kazandığını kabul etmek, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasındaki prensipler olan kurucu tescille mülkiyeti kazanma ve mahkeme kararıyla tescilden önce kazanma prensiplerini inkâr etmek anlamına gelir⁵²⁶. Adeta “*sözleşmeden doğan borcun ifası anında mülkiyetin kazanıldığı*” yeni bir tescilden önce iktisap hali yaratılmış olur⁵²⁷. Halbuki mutlak tescil ilkesinin geçerli olduğu Türk-İsviçre hukuklarında, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması hali kanunda öngörülebilir.

Yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı mahkeme davacının edimini yerine getirmesi şartına bağlı olarak mülkiyeti kazandığına hükmedemez. Aksi bir kabul hukukî güvenlik/belirlilik ilkelerini zedeler. Davalının ödemelik defini ileri sürebildiği hallerde tescile zorlama davası reddedilmelidir⁵²⁸.

Tescile zorlama davasında şarta bağlı olarak mülkiyetin davacıya kazandırılmayacağını kabul eden bizim de katıldığımız diğer görüşe göre aynı anda ifanın yapılmasının kararlaştırıldığı sözleşmeye dayanarak açılan tescile zorlama davasında hâkim önce davacıya kendi edimini ifa etmesi için makul bir süre vermelidir⁵²⁹. Davacının verilen sürede kendi ediminin ifasını yerine getirmesi halinde mahkeme TMK

⁵²³ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 42.

⁵²⁴ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 42.

⁵²⁵ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 44.

⁵²⁶ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 43.

⁵²⁷ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 43, 44.

⁵²⁸ Bu yönde: Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 40 ve 45; aksi yönde: BGE 86 II 417, Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 40, dpnt. 211'deki yazarlar.

⁵²⁹ Bu yönde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 717; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; Albayrak, H. (2017). Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Yıl 5. Sayı 10, s. 69; Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 45.

md. 716'ya göre karar verir⁵³⁰. Verilen süre içinde davacı kendi edimini ifa etmezse dava reddedilmelidir⁵³¹. Tescile zorlama davası reddedildikten sonra davacı edimini yerine getirirse tekrar tescile zorlama davası açabilir⁵³².

1.7. Zamanaşımı

Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ve istihkak davası aynı dava olduğundan zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir. Ancak tescile zorlama davası kişisel alacak hakkına dayanması nedeniyle zamanaşımına tabidir.

Tescile zorlama davasının hangi zamanaşımı süresine tabi olduğunu belirlerken, davaya esas olan hukukî ilişkiye bakmak gerekir. Nitekim bu hukukî ilişkinin tabi olduğu kurallar tescile zorlama davasını şekillendirir. Sürenin hangi nitelikte olduğu, ne olduğu, ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı tescile zorlama davasının hangi hükümlere göre açıldığıyla ilgilidir. Genel olarak ifade etmek gerekirse tescile zorlama davası, sözleşmeden doğan talebe dayandığında genel alacak zamanaşımına, haksız fiil davası niteliğinde olduğunda haksız fiil zamanaşımına, sebepsiz zenginleşme davası niteliğinde olduğunda sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabidir.

Benzer şekilde tescile zorlama davasının ifa edilmiş edimlerin iadesinden doğduğu hallerde davanın hangi zamanaşımına tabi olduğu kabul edilen teoriye göre değişir⁵³³.

⁵³⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), a.g.k., s. 717; “*Davalı vekili 02.08.2011 tarihli cevap dilekçesiyle, 15.09.1996 tarihinde ödenmesi gereken 200.000.000 TL'nin bugüne kadar işlemiş yasal faiziyle birlikte mahkeme vizesine depo edilmesi karşılığında davacı adına tapuya tesciline muvafakati olduğunu bildirdiğinden; ödenmesi gereken 200.000.000 TL'nin dava tarihinde ulaşacağı faiz tutarı ile birlikte hesaplanarak ödenmeyen değerler gerçek miktarı ortaya çıkarılmalıdır. bilirkişiye hesaplattırılmalı, davacıya bu bedeli depo etmesi için süre verilerek sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır.*” 14. HD 2012/12488 E., 2012/13873 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır)

⁵³¹ Sirmen, (2019), a.g.k., s. 355; Albayrak, (2017), a.g.k., s. 69; bu yönde: 14. HD 2018/2532 E., 2019/85 K.; „*Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayanan tescil isteminin hüküm altına alınabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan bedel ödenmiş olmalıdır. Ancak, bedelden ödenmeyen bir kısım var ise, bu bedel Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca depo ettirilmelidir*“ 14. HD 2014/7258 E., 2014/8026 K.; 14. HD 2014/3514 E., 2014/7376 K.; „*Davacı edimini yerine getirmediği takdirde karşı taraftan devir isteğinde bulunamaz. Sözleşme bedelinin ödenmediği bu gibi durumlarda mahkemenin 6098 sayılı BK'nın 97. maddesi uyarınca, davacıya (vaat alacaklısına) ödenmeyen veya kalan satış bedelini davalıya ödenmek üzere depo ettirmesi ve birlikte ifa kuralını uygulayarak tescile karar vermesi gerekmektedir.*“ 14. HD 2012/12488 E., 2012/13873 K.; 14. HD 2012/6691 E., 2012/7333 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 717; TMK md. 734/II'de de benzer bir durum söz konusudur.

⁵³² Sogo, şarta bağlı eda hükmü verilebileceğini kabul eder. Bu nedenle yazara göre kendi borcunu ifa etmeyen devir alacaklısı eda davası açtığında mahkeme sözleşme bedelini ödemesi şartıyla tescili yaptırmaya hükmedebilir (Sogo, (2007), a.g.k., s. 45).

⁵³³ Bkz. aşa. Üçüncü Böl. 3. s. 177 vd.

Tescile zorlama davasına esas olan hukukî işlem çoğu zaman sözleşmedir. Bu nedenle tescile zorlama davasının kural olarak mülkiyetin geçirilmesini isteme alacak hakkının muaccel olmasından itibaren on yıl içinde açılması gerekir (TBK md. 146)⁵³⁴. Tescile zorlama davasının vasiyetten doğan alacak hakkına dayanadığı hallerde ise taşınmazın kendisine kazandırıldığını öğrenmesinden veya vasiyet borcunun daha sonra muaccel olması ihtimalinde muacceliyet tarihinden on yıl içinde açılması gerekir (TMK md. 602).

Tescile zorlama davasının haksız fiilden kaynaklandığı hallerde⁵³⁵ dava, davacının zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği andan itibaren iki yıl; fiilin işlendiği andan itibaren ise on yıl içinde açılmalıdır (TBK md. 72).

Sebepsiz zenginleşmeden doğan tescile zorlama davaları⁵³⁶ ise davacının iadeyi isteme hakkını öğrendiği andan itibaren iki yıl; her halükârda zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl içinde açılmalıdır (TBK md. 82).

Tescile zorlama davasının kanundan doğan hakka dayandığı hallerde, kanun özel bir süre öngörmüş olabilir. Bu ihtimallerde dava kanunda öngörülen süre içinde açılmalıdır. Örneğin yasal önalım hakkı davasında bu süre TMK md. 733/IV'e göre satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıldır. Burada yenilik doğuran hakkın kullanımı söz konusu olduğundan; ortada zamanaşımı değil hak düşürücü süre vardır. Benzer şekilde, nişan hediyelerinin iadesinde TMK md. 123'e göre bir yıl içinde talep edilmesi gerekir. Yine, 5403 sayılı kanun md. 8-ç'ye göre miras kalan taşınmazın bir yıl içinde devri gerekir.

Tescile zorlama davasının kendine özgü niteliği bir hususta kendini gösterir. Dava şahsi hakka dayanır; ama dava sonunda verilen kararın kesinleşmesiyle mülkiyet/ayni hak kazanılmış olur. Bu nedenle yapılacak bildirici tescil herhangi zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir⁵³⁷.

⁵³⁴ 14. HD 2014/14684 E., 2015/2320 K.; 14. HD 2013/8676 E., 2013/10319 K.; 14. HD 2012/6691 E., 2012/7333 K.; tescile zorlama davası açan davacının satış vaadi sözleşmesinin bedelini ödediği ve sözleşmenin kurulmasından beri taşınmazı fiilen kullandığı halde, davalının zamanaşımı def'ini ileri sürmesinin TMK md. 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğuna ilişkin: 14. HD 2002/503 E., 2002/1537 K.; 14. HD 2019/32 E., 2019/6624 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁵³⁵ Bkz. aşağı. Üçüncü Böl. 1.2.2. s. 131 vd.

⁵³⁶ Bkz. aşağı. Üçüncü Böl. 1.2.3. s. 133 vd.

⁵³⁷ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 212; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 408; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 716.

2. Tescile Zorlama Davasının Hukukî Niteliği

2.1. Genel olarak

Talep edilen hukukî koruma ölçütlerine göre davalar temelde eda davaları, tespit davaları ve yenilik doğuran davalar olarak üçe ayrılır⁵³⁸.

Tescile zorlama davasının hangi nitelikte bir dava olduğu tartışmalıdır. Daha çok İsviçre hukukunda taraftar toplayan görüşe göre bu dava, bir inşâî davadır. Türk hukukunda hâkim olan görüşe göre ise bu dava, eda davası niteliğindedir.

Bu tartışmaların çıkmasında, TMK md. 716'da davanın niteliği hakkında düzenleme olmaması ve bu davanın kendine özgü nitelikleri etkili olmuştur. Bu dava, bir hukukî işlem (genellikle sözleşmeden) doğan borcun ifa edilmemesi halinde alacak hakkının kullanılmasıyla açılan bir aynen ifa davasıdır⁵³⁹. Bu anlamda tipik bir eda davası gibi görünmektedir. Ancak TMK md. 716'ya göre mahkeme, gereken şartların oluşmasıyla mülkiyet hakkını davacıya kazandırarak inşâî bir hüküm vermektedir. Halbuki eda davalarının sonunda eda hükmü verilir; inşâî hüküm verilemez⁵⁴⁰. Öte yandan inşâî davadan bahsedebilmek için kural olarak temelde bir inşâî hakkın bulunması gerekir⁵⁴¹. Halbuki tescile zorlama davasının temelinde teknik anlamda bir yenilik doğuran hak yoktur. Bu nedenlerden tescile zorlama davası ne tipik bir eda davası ne de tipik bir inşâî davadır.

Tescile zorlama davasının özellik taşıyan bir diğer yönü, dava sebebinin alacaklının tescil talebinde yani irade beyanında bulunmaması olmasıdır. Medeni usul hukukunda irade beyanında bulunma borçları ve bunların icrası özellik taşıyan konulardandır. İsviçre ve Alman hukuk muhakemeleri kanunlarında hâkim kararının irade beyanlarının yerine geçeceği açıkça düzenlenmesine rağmen Türk hukukunda açık bir düzenlemenin olmaması meseleyi daha da derinleştirir. Nihayetinde belirtmek gerekir ki tescile zorlama davasının hukukî niteliğine ilişkin doktrinde kabul edilen iki görüş de dava sonunda verilen kararın inşâî nitelikte olduğunu kabul eder⁵⁴².

⁵³⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 208 vd.

⁵³⁹ Deillon-Schegg, B. (2016). Art. 641-977 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht: BEREITSCHMID, P./JUNGO, A. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, Art. 975, s. 978; Pfammatter, A. (2016). Art. 963, 975 Zgb, Orell Füssli Zgb Kommentar: Kostkiewicz, J. K./Nobel, P./Wolf, S./Amstutz, M./Frankhauser, R. (Hrsg.): (3. Auflage), Zürich: Orell Füssli Verlag Ag, Art. 975, s. 1932.

⁵⁴⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 208, 209; Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 582, 583.

⁵⁴¹ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 586; Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 211.

⁵⁴² Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 157; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 2; Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 93; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 716.

Belirtilmelidir ki geniş açıdan bakıldığında buradaki mesele, alacaklı adına tescil talebinde bulunma borcu, yani irade beyanında bulunma borcunun nasıl icra edileceğidir. TMK md. 716 taşınmaz mülkiyeti devir borcunun icrasına ilişkin özel bir kural öngörmüştür.

Devir alacaklısı mahkemeden TMK md. 716'ya göre inşaî hüküm vermesini değil de eda hükmü vermesini talep edebilir. Bu halde açılan dava eda davasıdır. Mahkemenin vereceği hüküm de eda hükmüdür. Çünkü bu halde sözleşmeden doğan alacak hakkı kullanılarak aynen ifa davası açılmaktadır. Ayrıca mahkeme kararının mülkiyeti davacıya kazandırma etkisi, yani inşaî etkisi yoktur. Bu yüzden mülkiyet ancak tapu siciline tescil ile kazanılır⁵⁴³. Yani tescil kurucu niteliktedir⁵⁴⁴.

Mülkiyeti devir borçlusunun tescil talebinde bulunması için eda davası açıldığında süreç şöyle yürür: Gerekli koşullar oluştuğunda mahkeme davalının tescil talebinde bulunmasına hükmeder. Mahkemenin kararı borçlunun irade beyanı yani tescil talebi yerine geçer. Burada davalının irade beyanında bulunduğu varsayılır (Fiktion)⁵⁴⁵. Bu anlamda mahkeme kararının doğrudan icra etkisi vardır⁵⁴⁶. Borçlunun irade beyanında bulunmasına ilişkin mahkeme kararı inşaî hükümlerden farklı olarak kendi başına hukukî ilişkide değişiklik meydana getirmez⁵⁴⁷. Çünkü ortaya çıkan yeni durum (mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçmesi) mahkeme kararının içeriğine ilişkin değildir⁵⁴⁸. Mahkeme bu kararıyla irade beyanında bulunulmasını emreder; ancak mahkemenin kararı irade beyanı yerine geçer. Adeta borçlunun bizzat kendisi irade beyanında bulunmuş gibi muamele edilir⁵⁴⁹. Davacı mahkeme kararına dayanarak tapu sicil görevlisinden kurucu nitelikteki tescili yapmasını ister. Mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescil edilmesiyle davacı mülkiyeti kazanır.

Aynı hakkın TMK md. 716'ya göre doğrudan mahkeme kararıyla geçmesi halinde ise davacının aynı hak sahipliği mahkeme kararının kesinleşmesiyle kendiliğinden doğar. Çünkü inşaî hüküm tescilin yapılması ön şartına ihtiyaç duymaz. Mülkiyetin kazanılmasından sonra yapılacak bildirici tescilin hukukî sebebi mahkeme kararıdır.

⁵⁴³ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 34.

⁵⁴⁴ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 34.

⁵⁴⁵ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 33.

⁵⁴⁶ “Varsayım (Fiktion) ile icra edilen eda hükmü” niteliğindedir. (Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 35).

⁵⁴⁷ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 33.

⁵⁴⁸ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 33.

⁵⁴⁹ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 33.

Borçlu taşınmazı devretme borcunu ifa etmediğinde, alacaklının eda davası veya inşâî dava açmasının farkı budur.

Taşınmaz satış vaadinden doğan borç ifa edilmediğinde açılan davanın ve verilen kararın hukukî niteliği de tartışmalıdır⁵⁵⁰. Kimileri bunun bir eda davası olduğu görüşündedir⁵⁵¹. Diğer görüşe göre ise hâkimin kararı borçlunun irade beyanı yerine geçtiğinden HMK md. 108 anlamında yeni bir hukukî durum yaratılmış olur⁵⁵². Konusu yeni bir hukukî durum yaratacak talep olduğundan bu dava inşâî davadır⁵⁵³. Bu görüş, satış vaadinden doğan asıl sözleşmenin yapılmasını isteme hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşüne yakındır.

Bu başlıkta önemli olan ise tescile zorlama davasının hangi hukukî nitelikte olduğudur.

2.2. Tescile zorlama davasının niteliğine ilişkin görüşler

2.2.1. Eda davası olduğu görüşü

Uygulamada en çok karşılaşılan dava türü olan eda davası, tarafın bir şeyi yapmasının veya yapmamasının istendiği davadır (ZPO Art. 84)⁵⁵⁴. Özellikle Türk hukuk doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre tescile zorlama davası, eda davasıdır⁵⁵⁵. Ancak mahkemenin davanın kabulü halinde vereceği karar inşâî niteliktedir⁵⁵⁶. Çünkü mahkeme kararının kesinleşmesiyle davacı mülkiyeti tescilden önce kazanır.

Bu görüşe göre, nihayetinde bu davada taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkiden doğan alacak hakkının aynen ifası talep edilir. Ayrıca taşınmaz mülkiyetinin devredilmesini yani tescil talebinde bulunulmasını isteme hakkı yenilik

⁵⁵⁰ Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 163, dpnt. 83; Bkz. aşağı. Üçüncü Böl. 2.5. s. 154 vd.

⁵⁵¹ Oğuzman, K., Öz, T. (2017a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. (15. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 379; Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 33; hâkim görüşün eda davası olduğu yönünde: Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 107.

⁵⁵² Bu yönde: Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 163, dpnt. 83; Tercier, P., Pichonnaz, P. ve Develioğlu, H. M. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 369.

⁵⁵³ Bu yönde: Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 163, dpnt. 83.

⁵⁵⁴ Sutter-Somm, T. (2017). *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. (3. Auflage). Schulthess Juristische Medien Ag, s. 136.

⁵⁵⁵ O. G. Antalya, M. Topuz, (2018). *Eşya Hukuku Cilt III Tapu Sicili*. (Ek 1. Tıpkı Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 206.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407; Ayan, (2016), **a.g.k.**, s. 224; F. Eren (2015). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (2. Basım). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 225; Erkan, (2014), **a.g.k.**, s. 462, 463; Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 343.

⁵⁵⁶ Antalya, Topuz, (2018), **a.g.k.**, s. 206; Sirmen, (2017), **a.g.k.**, s. 343; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407; Ayan, (2016), **a.g.k.**, s. 224; F. Eren (2015). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (2. Basım). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 225; Erkan, (2014), **a.g.k.**, s. 462, 463; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 716.

doğuran hak niteliğinde değildir. Alacak hakkı niteliğindedir⁵⁵⁷. Tescile zorlama davasının temelinde yenilik doğuran bir hak olmadığı için inşâî davadan söz edilemez. Burada, eda davasının sonunda hâkimin inşâî hüküm vermesi söz konusudur⁵⁵⁸. Bu anlamda istisnai bir hal vardır. Çünkü inşâî hüküm kural olarak inşâî dava sonunda verilebilir⁵⁵⁹.

Bu görüşün başka bir görünümüne göre ise tescile zorlama davası hem kişisel hem de inşâî nitelikte bir davadır⁵⁶⁰. *Tekinay* ise davanın hangi nitelikte olduğuna değinmeksizin verilen kararın inşâî nitelikte olduğunu ifade etmiştir⁵⁶¹.

2.2.2. İnşâî dava olduğu görüşü

İnşâî dava, bir hukukî ilişkinin kurulmasının, değiştirilmesinin veya ortadan kaldırılmasının istendiği davadır (HMK md. 108, ZPO Art. 87)⁵⁶². Davanın esastan kabul edilmesiyle mahkeme hukukî ilişkiye doğrudan etki eder⁵⁶³. İnşâî dava, ancak maddi hukuk normu mahkemenin hakka doğrudan etki etmesine izin vermişse açılabilir⁵⁶⁴. Bu nedenle inşâî davalarda *numerus clausus* ilkesi geçerlidir⁵⁶⁵. Diğer açıdan bakıldığında, inşâî dava mahkemeye hukukî ilişkiye doğrudan müdahale etme yetkisi verir⁵⁶⁶. İnşâî davanın esastan reddi ise tespit hükmü niteliğindedir⁵⁶⁷.

Genellikle inşâî davalara; ayrılık, boşanma ve babalık davalarında olduğu gibi tarafların durumunu ilgilendiren maddi hukuk ilişkilerinde rastlanır⁵⁶⁸. Ama tarafların dışında üçüncü kişileri de etkileyebilen, bu nedenle hukukî güvenlik ihtiyacının yüksek olduğu hukukî ilişkilerde de inşâî dava öngörülmüştür⁵⁶⁹. Tescile zorlama davası (TMK md. 716, ZGB Art. 665) buna örnektir⁵⁷⁰.

⁵⁵⁷ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148, 149.

⁵⁵⁸ Oğuzman, Barlas, (2014), **a.g.k.**, s. 310, dpnt. 566.

⁵⁵⁹ Oğuzman, Barlas, (2014), **a.g.k.**, s. 310, dpnt. 566.

⁵⁶⁰ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 353.

⁵⁶¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 716 vd.

⁵⁶² U. Schenker (2010). *Schweizerische Zivilprozessordnung (Zpo). Staempflis Handommentar: Baker&Mckenzie. (Hrsg.):* (3. Auflage), Zürich: Orell Füssli Verlag Ag, Art. 87, s. 374; Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143; Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 166; Vogel, (1988), **a.g.k.**, s. 140; P. M. Huber, (1997). *Praxishandbuch Zivilprozessrecht. Schefer Verlag AG*, s. 168.

⁵⁶³ Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 374.

⁵⁶⁴ Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 374; Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 53.

⁵⁶⁵ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 53.

⁵⁶⁶ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 54.

⁵⁶⁷ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 168.

⁵⁶⁸ Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 374; Huber, (1997), **a.g.k.**, s. 168.

⁵⁶⁹ Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 374.

⁵⁷⁰ Vogel, (1988), **a.g.k.**, s. 141; A. Koller, (2010b). *Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht unter besonderer Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung.* Schweizerische

Bu görüşe göre tescile zorlama davası kanun koyucu tarafından inşaî dava (*Gestaltungsklage*) olarak dizayn edilmiştir⁵⁷¹. Çünkü bu davada mahkemeden mülkiyet hakkını kazandırması istenmekte ve mahkemenin esastan kabul kararının kesinleşmesiyle aynı hak tescilden önce kazanılmaktadır⁵⁷². Mahkemenin kararı inşaî niteliktedir⁵⁷³. Bu anlamda inşaî davanın taşınması gereken nitelikleri haizdir⁵⁷⁴. Yargıtay bir içtihatı birleştirme kararında⁵⁷⁵ taşınmaz satış vaadinden doğan tescile zorlama davasını yenilik doğuran dava olarak nitelemiştir⁵⁷⁶.

Kural olarak inşaî dava açabilme hakkı maddi hukuktan kaynaklanır⁵⁷⁷. Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla kazanılmasında da bizzat kanun (TMK md. 716) *Realexekution* yoluyla mülkiyetin/ayni hakkın tescilden önce kazanılmasını isteme hakkı vermiştir⁵⁷⁸.

Açıklanan nedenlerden tescile zorlama davası, aynı hakkın kurulmasına yönelik inşaî davadır⁵⁷⁹. Tespit ve eda hükümlerinden farklı olarak inşaî hükümde hukuk alemindeki değişiklik kendiliğinden gerçekleşir. Bu nedenle kararın icrasına gerek

Juristen-Zeitung 106, C. 9, ss. 213; Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 374; tarafların sözleşmede, mahkemenin inşaî karar vermesine yetkili olduğunun kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 374.

⁵⁷¹ A. Markus (2012). ZPO, Band I, Berner Kommentar: Hausheer, H., Walter, H. P. (Hrsg.): Zürich: Stämpfli Verlag AG, Art. 87, s. 940; Meier-Hayoz, (1974), **a.g.k.**, Art. 665, N. 5; Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143; Özmen, S., Bilgin-Yüce, M. (2001). Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler. *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*. C. 2, ss. 979; Liechti, (2018), **a.g.k.**, s. 243.

⁵⁷² Yavuz, C. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Bası)*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 251; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 718; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 236.

⁵⁷³ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 168; Liechti, (2020), **a.g.k.**, s. 9, 10; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 214; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148; Oğuzman, Barlas, (2014), **a.g.k.**, s. 310; Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 242.

⁵⁷⁴ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 138, 139.

⁵⁷⁵ Yarg. İBK. 25.10.1971, E. 1, K. 2.: “Satış vaadi sözleşmesine dayanan ve Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce mülkiyetin, satış vaadi sözleşmesinden yararlanan kim seye yöneltilmesini amaç güden davaların, hukukî nitelikçe yenilik doğuran (=ihdasi) davalar olması nedeniyle 766 sayılı Tapulama Kanununun 47. maddesinin son fıkrası hükmüne göre tapulama mahkemele rinde görülemeyeceği doğrultusunda Yedinci Hukuk Dairesinde yeni bir eğilimin meydana geldiği ve dairenin, daha önceki içtihattan ayrılmak istediği, 1221 sayılı Temyiz Teşkilât Kanununun değişik 8. maddesi hükmünce adı geçen daire Başkanlığının 1/10/1969 gün ve 32/346 sa yılı yazısı ile Birinci Başkanlığa bildirilmesi üzerine, Birinci Başkanlıkça belli edilen günde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu toplandı ve ortada İçtihadı Birleştirme nedeni (bulduğuna oy birliğiyle karar verildikten sonra konu incelendi ve gereği konuşuldu. ... Sonuç: Satış vaadi sözleşmelerine dayanan ve Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce mülkiyet hakkının satış vaadi sözleşmelerinden yararlanan âkide yöneltilmesini amaç güden davaların Tapulama Mahkemelerinin görevi içinde bulunduğuna birinci toplantıda üçte iki çoğunluk elde edilemediğinden 25 Ekim 1971 günündeki ikinci toplantıda çoğunlukla karar verildi.” (12 Aralık 1971 Resmî Gazetesi, Sayı. 14040, Sahife 3).

⁵⁷⁶ Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 248, 249; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 248.

⁵⁷⁷ Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 236.

⁵⁷⁸ Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 236.

⁵⁷⁹ Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 144.

kalmaksızın, davacı mülkiyet hakkını kazanır⁵⁸⁰. Ardından malik olan davacı bildirci tescilin yapılmasını isteyebilir⁵⁸¹. Benzer şekilde TMK md. 716'nın kıyasen uygulandığı hallerde -aynı hakkının mahkeme kararıyla kurulmasında olduğu gibi- açılan dava inşâî dava niteliğindedir⁵⁸².

Öte yandan bu karar esasa ilişkin nihai karar olduğundan hüküm niteliğindedir⁵⁸³. Ayrıca mahkemenin kararıyla alacaklı mülkiyeti tescilden önce kazandığı için, hâkimin tapu sicil görevlisine tescil emrinde bulunması da gerekmez⁵⁸⁴. Benzer bir durum alacağın temlikinin mahkeme kararıyla gerçekleştiği hallerde de söz konusudur. TBK md. 185'e göre alacağı devir vaadinde bulunan borçlu, borcunu yerine getirmese mahkemenin inşâî nitelikteki kararıyla alacaklı alacağı edinmiş olur⁵⁸⁵.

Düzenlendiği hukuk alanı açısından inşâî davalar maddi hukuka ilişkin ve yargılama hukukuna ilişkin inşâî davalar olarak ayrılır⁵⁸⁶. Tescile zorlama davası, maddi hukuka ilişkin (maddi karakterli) inşâî davadır⁵⁸⁷.

Hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an açısından inşâî davalar geçmişe etkili (ex tunc) ve ileriye etkili inşâî davalar (ex nunc) olarak ikiye ayrılır⁵⁸⁸. İnşâî hüküm ancak kesinleşme ile hüküm doğurur⁵⁸⁹. Kesinleşen inşâî hükmün, geçmişe etkili olarak mı geleceğe etkili olarak mı hüküm doğuracağını ise maddi hukuk belirler⁵⁹⁰. Kesinleşen inşâî hükümler kural olarak verildikleri andan ileriye etkili olarak hüküm doğurur⁵⁹¹. Örneğin babalık davası sonunda verilen hüküm kesinleşince geçmişe etkili hüküm doğurur⁵⁹². Diğer yandan boşanma kararı, ileriye etkilidir⁵⁹³. Tescile zorlama davasının

⁵⁸⁰ Serozan, (2016a), **a.g.k.**, s. 300.

⁵⁸¹ Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 236. Buna nispi tescil ilkesi denir.

⁵⁸² Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 138.

⁵⁸³ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 168; davanın esasına ilişkin inceleme yapılmayan ihtiyati haciz ve tedbir talepleri sonunda verilen karar ise inşâî hüküm değil; inşâî karardır (Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 168).

⁵⁸⁴ Oğuzman, K. ve Barlas, N. (2014). *Medenî Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Kavramlar*. (20. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 310, dpnt. 566.

⁵⁸⁵ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1054; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 545; Oğuzman, Barlas, (2014), **a.g.k.**, s. 310, dpnt. 566; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 265; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 377.

⁵⁸⁶ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 63.

⁵⁸⁷ E. Önen (1981). *İnşâî Dava*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 86, 87; maddi hukuk karakterli inşâî davalara, boşanma, evliliğin iptali, derneğin feshi, mirasın paylaşılması davaları örnek gösterilebilir.

⁵⁸⁸ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 63 ve 169.

⁵⁸⁹ Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 375.

⁵⁹⁰ Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143; Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 375.

⁵⁹¹ Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 375.

⁵⁹² Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143.

⁵⁹³ Bühler, Spühler, (1980), **a.g.k.**, s. 339; Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143.

esastan kabulü halinde verilen karar kesinleştiği andan itibaren hüküm doğurur. Bu anlamda ileriye etkili inşâî dava niteliğindedir⁵⁹⁴.

Mahkemenin etkisi bakımından ise inşâî davalar, bağlı ve bağlı olmayan inşâî davalar olarak ikiye ayrılır⁵⁹⁵. Bağlı olmayan inşâî davalarda inşâî etkinin gerçekleşip gerçekleşmemesi hususunda mahkemenin takdir yetkisi vardır⁵⁹⁶. Bu takdir yetkisi inşâî etkinin türüne ve derecesine ilişkin olabilir⁵⁹⁷. Bağlı inşâî davalarda ise ön şartların gerçekleşmesi halinde mahkeme inşâî hüküm vermek zorundadır⁵⁹⁸. Mahkemenin inşâî hüküm verip vermeme hususunda takdir yetkisi yoktur. Tescile zorlama davası hâkimin takdir yetkisinin olmadığı bağlı inşâî davalara örnektir⁵⁹⁹.

2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve görüşümüz

Yenilik doğuran hak ile yenilik doğuran dava hakkı (inşâî dava hakkı) kavramları birbirinden farklıdır⁶⁰⁰. Tescile zorlama davasının hukukî niteliğini tespit etmek için yenilik doğuran haklar ile yenilik doğuran dava hakları arasındaki farka değinmek gerekir.

Yenilik doğuran haklar, sahibine tek taraflı irade beyanıyla (hukukî işlemle) hukukî ilişkiye doğrudan etki etme yetkisi verir⁶⁰¹. Yenilik doğuran hak sahibinin tek taraflı hukukî işlemle hukukî ilişkiyi doğrudan şekillendirmesinden kasıt, bunu yapmak için karşı tarafın veya mahkemenin onayına ihtiyaç duymamasıdır⁶⁰². Ancak hukukî güvenlik ve kamu yararı ihtiyacının yüksek olduğu kimi hallerde kanun koyucu, hak sahibinin tek taraflı işlemle hukukî işlemi şekillendirmesini engellemiştir⁶⁰³. Bu hallerde hukukî değişikliğin meydana gelebilmesi için hak sahibinin hakkını kullanmasının yanında

⁵⁹⁴ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 190.

⁵⁹⁵ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 63.

⁵⁹⁶ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 63.

⁵⁹⁷ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 63; fahiş taleplerin indirilmesine ilişkin davalar dereceye ilişkin takdir yetkisine örnektir.

⁵⁹⁸ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 63.

⁵⁹⁹ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 63.

⁶⁰⁰ Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 19; G. Baycık (2011). *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 55; Buz, V. (2005). *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 183.

⁶⁰¹ Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 183.

⁶⁰² Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 183.

⁶⁰³ Markus, (2012), **a.g.k.**, Art. 87, s. 931; M. Sungurtekin Özkan (2004). İnşâî Karar ve Özellikleri, 75. *Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, ss. 555.

mahkemenin de kurucu nitelikte karar vermesi gerekir⁶⁰⁴. İşte bu noktada yenilik doğuran haklar ile yenilik doğuran dava hakları birbirinden ayırt edilir.

Aralarındaki farkı kısaca ifade etmek gerekirse, yenilik doğuran haklar tek taraflı hukukî işlemle kullanılmakla hüküm ve sonuçlarını doğururken⁶⁰⁵ yenilik doğuran dava hakkında, hakkın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için mahkemenin kurucu nitelikteki kararı gerekir⁶⁰⁶. Yani yenilik doğuran dava haklarında hukukî değişiklik hak sahibinin tek taraflı hukukî işlemiyle değil; mahkeme kararıyla gerçekleşir⁶⁰⁷. Evliliğin veya ölüme bağlı tasarrufun iptali davası, boşanma davası ve soybağının reddi davası yenilik doğuran dava haklarına tipik örnektir⁶⁰⁸. Yine eMK'dan farklı olarak artık dava yoluyla kullanılabilmesi için önalım hakkı yenilik doğrudan dava hakkı niteliğine bürünmüştür⁶⁰⁹. Bu ifadeden kasıt, yenilik doğuran hakların dava açmadan kullanılmamasıdır⁶¹⁰.

Devir alacaklısının TMK md. 716 uyarınca mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteme hakkı, teknik anlamda yenilik doğuran hak değil; yenilik doğuran dava hakkı «*Gestaltungsklagerecht*» niteliğindedir⁶¹¹. Maddi hukuka ait bir norm olan TMK md. 716 bu yenilik doğuran dava hakkını mülkiyeti devir alacaklısına vermiştir⁶¹².

Yenilik doğuran dava haklarının bir tür yenilik doğuran hak olup olmadığı ve inşâî davanın temelinde bir yenilik doğuran hakkın bulunmasının zorunlu olup olmadığı özel hukukun tartışmalı konularından biridir⁶¹³. Taşınmaz mülkiyetinin mahkemenin vereceği inşâî kararlarla geçirilmesinin isteme hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olmaması, tescile zorlama davasının inşâî dava sayılmasına engel değildir. Doktrinde de yenilik

⁶⁰⁴ Markus, (2012), **a.g.k.**, Art. 87, s. 931; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 19; Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 183; Kuru, B. (2019). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. (3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 143.

⁶⁰⁵ Gerçekten de yenilik doğuran hakları tek taraflı hukukî işlemle kullanılmakla hüküm ve sonuç doğururlar. Hakkın kullanılmasından sonra bunun haksız olduğu, elbette mahkeme önünde ileri sürülebilir. Ancak bu halde mahkeme kararı inşâî değil; tespit edici niteliktedir. Bkz. Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 183.

⁶⁰⁶ Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 19; Baycık, (2011), **a.g.k.**, s. 55 vd.; Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 183; Kuru, (2019), **a.g.k.**, s. 142.

⁶⁰⁷ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 86, dpnt. 99.

⁶⁰⁸ Bühler, W. Spühler, K. (Erl.) (1980). *Berner Kommentar, Kommentar zum, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht. 1. Abteilung: Das Eherecht. 1. Teilband 2. Hälfte: Die Ehescheidung*, 137-158 ZGB, Bern, s. 339; Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 183; Markus, (2012), **a.g.k.**, Art. 87, s. 931; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 86, dpnt. 99.

⁶⁰⁹ Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 428.

⁶¹⁰ Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143.

⁶¹¹ Aynı yönde: Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 22; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 19.

⁶¹² Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 19.

⁶¹³ Baycık, (2011), **a.g.k.**, s. 57 vd.; Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 187; *Sungurtekin Özkan* bu iki kurumun fonksiyonlarının aynı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Sungurtekin Özkan*, (2004), **a.g.k.**, ss. 555 vd.

doğuran dava hakkına dayanarak açılan davaların inşâi dava niteliğinde olduğu kabul edilir⁶¹⁴. Nitekim inşâi dava çoğunlukla yenilik doğuran dava hakkı (*Gestaltungsklagerecht*) ile anılır⁶¹⁵. Bu sebeplerden bu çalışmada tescile zorlama davasının inşâi dava olduğu görüşü benimsenmiştir.

TMK md. 716'nın İsviçre'deki tarihsel gelişimine bakıldığında da kanun koyucunun amacının eda davasından bağımsız olarak mahkemenin inşâi hüküm verdiği yeni bir dava türü yaratmak olduğu görülür⁶¹⁶. Nitekim madde lafzında mahkemenin kararının inşâi etkisi olduğu açıkça öngörülmüştür. Doktrinde de verilen kararın inşâi nitelikte olduğu oybirliğiyle kabul edilir. Bu nedenle bunun tipik bir eda davası olarak kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. Nitekim alacaklının tipik bir eda davası açma hakkı da vardır. Mahkemeden inşâi hükümle aynı hakkı kurması yerine eda hükmü vermesi istenirse, dava eda davası niteliğindedir⁶¹⁷. Ancak alacaklının borçlunun irade beyanında bulunmasını istemesi ile hâkimden inşâi karar vermesini istemesi hakları iki farklı haklardır. İlki tipik bir alacak hakkıyken ikincisi aynı zamanda yenilik doğuran dava hakkıdır.

Kimi hallerde tescile zorlama davası yenilik doğuran hakka dayanır. Sözleşmesel önalım hakkının kullanılması buna örnektir. Bu halde açılan tescile zorlama davasının inşâi dava olduğu, tescile zorlama davasının eda davası niteliğinde olduğu görüşü taraftarlarınca dahi kabul edilir⁶¹⁸. Aslında önalım hakkının tescile zorlama davası açılarak kullanılmasının temelinde de yenilik doğuran dava hakkı bulunur⁶¹⁹. Çünkü TMK önalım hakkının artık dava yoluyla kullanılabileceğini düzenlediği için bu hak artık yenilik doğuran dava hakkı niteliğindedir⁶²⁰.

⁶¹⁴ Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143; dolaylı olarak bu yönde: Sungurtekin Özkan, (2004), **a.g.k.**, ss. 556; boşanma kararının inşâi karar olduğu yönünde: Vogel, O. (1988). Grundriss des Zivilprozessrechts. (2. Auflage). Stämpfli Verlag AG, s. 167; Bühler, Spühler, (1980), **a.g.k.**, s. 339; mahkemeden davalının irade beyanında bulunmasının talep edildiği hallerde ise dava eda davası niteliğindedir; *Kuru* da boşanma davasını ve ön alım hakkının kullanıldığı davayı yenilik doğuran dava saymıştır: Kuru, (2019), **a.g.k.**, s. 142, 143.

⁶¹⁵ Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 143.

⁶¹⁶ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 121.

⁶¹⁷ Sutter-Somm, (2017), **a.g.k.**, s. 138.

⁶¹⁸ Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 212; bu yönde: YHGK., T. 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470.

⁶¹⁹ Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 158, 159.

⁶²⁰ Buz, (2005), **a.g.k.**, s. 159.

3. Usul Hukuku Bakımından Hükümleri

3.1. Tescile zorlama davasının tarafları

3.1.1. Davacı

Tescile zorlama davasının davacısı, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran ilişkideki devir alacaklısı ve onun külli halefleridir⁶²¹.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde, tescili talep etme hakkı bulunan alacaklı bu hakkını alacağın devri hükümlerine göre (TBK md. 183 vd.) devredebilir⁶²². Bu durumda tescili talep etme hakkı, alacağı devralana geçer⁶²³. Mülkiyeti devir alacaklısının, taşınmaz mülkiyetinin devrini isteme alacak hakkını devretmesi halinde, devralan TMK md. 716'ya dayanarak dava açabilir⁶²⁴.

Tartışmalı olmakla birlikte Yargıtay taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan alacak hakkının üçüncü kişiye devrini geçerli saymaktadır. Alacaklı taşınmaz satış vaadi sözleşmesindeki taşınmaz satış sözleşmesinin ve tescilin yapılmasını isteme hakkını üçüncü bir kişiye devrettiğinde artık devralan (asıl sözleşmenin kurulması ile birlikte) tescile zorlama davası açabilecektir⁶²⁵. Görüldüğü üzere anılan ihtimalde davacı, alacağı devralandır.

Örneğin önalım hakkı tescile zorlama davası açılması yoluyla kullanıldığında, davacı paydaşlardan biridir (TMK md. 732)⁶²⁶. 5403 sayılı kanunda düzenlenen yasal önalım hakkında ise davacı tarımsal arazinin malikidir (md. 8-i)⁶²⁷.

HMK md. 119/I'e göre davacı dava dilekçesinde dayanılan hukukî sebepleri ve iddiasının dayanağı olan bütün vakaların açık özetlerini belirtmelidir⁶²⁸. Başka bir

⁶²¹ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295.

⁶²² Uygulamada bu duruma özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde rastlanır. Arazi sahibi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan yüklenici, sözleşmeye göre hakkı olduğu bağımsız bölümlere ilişkin alacak hakkını, genellikle finansman sağlama amacıyla üçüncü kişilere devretmektedir. Bu ihtimalde ise yapı tamamlandıktan sonra üçüncü kişiler tescile zorlama davası açabilecektir.

⁶²³ 14. HD 2015/10787 E., 2015/11891 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> sitesinden alınmıştır); Arıkan, M., Erdoğan, J. (2015). Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. C.34, ss. 165.

⁶²⁴ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 214; Arıkan, Erdoğan, (2015), **a.g.k.**, s. 165. ⁶²⁵ Yarg. 14. HD. 15.10.1985, K. 85/6434.

⁶²⁶ Şahin, T. (2018). Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı. *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 8, Özel Sayı, s. 918.

⁶²⁷ Şahin, (2018), **a.g.k.**, s. 919.

⁶²⁸ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 643.

ifadeyle davacı, dayandığı maddi vakıaların hangi hukuksal kategoriye (hukukî kurala) girdiğini de belirtmelidir⁶²⁹.

3.1.2. Davalı

Tescile zorlama davasının davalısı, hukukî işlemle taşınmaz mülkiyetinin devrini borçlanan malik/ayni hak sahibi ve onun külli halefleridir⁶³⁰. Taşınmaz mülkiyetini devretme borcu nakledilmişse dava nakil alan kişiye karşı açılır⁶³¹.

Malikin ölümü halinde mülkiyet öncelikle mirasçılar adına tescil edilmelidir⁶³². Çünkü tapu kütüğüne tescil edilmedikçe mirasçılar, tasarruf yetkisine sahip değillerdir. Mirasçılar adına tapu kütüğüne tescil yapıldıktan sonra alacaklının talebine rağmen mirasçılar tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırsa tescile zorlama davası açılabilir⁶³³. Paylaşma davasında davalı, bütün paydaşlardır⁶³⁴.

Yasal önalım hakkının kullanılmasında davalı kural olarak payın alıcısıdır. Fakat hakkı üçüncü kişi kazanırsa dava ona açılır⁶³⁵. 5403 sayılı kanunda düzenlenen yasal önalım hakkında ise kural olarak payın alıcısı davalıdır. Fakat hakkı üçüncü kişi kazanırsa dava ona açılır⁶³⁶.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkiden doğan hak nispi niteliktedir. Bu nedenle üçüncü kişinin mülkiyeti herhangi bir şekilde kazanması

⁶²⁹ Elbette, re'sen olaya uygulanacak kuralları bulmak ve uygulamak hâkimin görevidir (HMK md. 33/II). Ancak iddianın güçlü şekilde inşa edilebilmesi için dayanılan hukukî sebepler büyük rol oynar. Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 645.

⁶³⁰ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1128; Kernén, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; 14. HD 2011/7002 E., 2011/11428 K.; „*tapu iptali ve tescil davalarında husumetin TMK'nın 716. maddesi gereğince öncelikle dava konusu taşınmazın dava tarihindeki malikine yöneltilmesi gerekir*“ 14. HD 2015/10787 E., 2015/11891 K.; „*bu itibarla mahkemece satış vaadine konu taşınmazların son mülkiyet durumunu gösterir tapu kayıtları getirilerek taraf teşkili tam olarak sağlandıktan sonra işin esası incelenerek sonucuna göre karar verilmelidir.*“ 14. HD 2014/15087 E., 2015/11303 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> sitesinden alınmıştır).

⁶³¹ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213.

⁶³² R. Pfäffli (2017b). *§ 12 Der Grundstückkauf: Kommentierter Mustervertrag / Erläuterungen, Der Grundstückkauf*: Koller, A. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Stämpfli Verlag Ag, s. 599.

⁶³³ Pfäffli, (2017b), **a.g.k.**, s. 599; 14. HD 2013/10666 E., 2013/13929 K.; „*... satış vaadi sözleşmesi tarihinde kayıt malikinin mirasçılarının tamamının miras hak ve hisselerini davacıya satmayı vaat ettiklerinin anlaşılması halinde satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı bulunacağından davanın kabulüne aksi halde şimdiki gibi davanın reddine karar verilmesi gerekirken ...*“ 14. HD 2014/3363 E., 2014/7358 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> sitesinden alınmıştır).

⁶³⁴ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 125.

⁶³⁵ Şahin, (2018), **a.g.k.**, s. 920.

⁶³⁶ Şahin, (2018), **a.g.k.**, s. 920.

halinde⁶³⁷ kural olarak üçüncü kişiye tescile zorlama davası açılmaz⁶³⁸. Taşınmazın maliki artık devir borçlusu değilse TMK md. 716'ya göre dava açılmaz⁶³⁹. Bu halde artık yalnızca eski malikten zararlarının tazminin istenebilir⁶⁴⁰. Dava devam ederken iyi niyetli üçüncü kişi mülkiyeti kazanırsa tescile zorlama davası tazminat davasına dönüşür (HMK md. 125/I-b). Ancak hak şerh edilmişse veya üçüncü kişi borcu ödemeyi kabul etmişse davalı üçüncü kişidir⁶⁴¹. Örneğin önalım, alım, geri alım hakları şerh edilebilir. Bu halde taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişiye de ileri sürülebilir hale gelir⁶⁴².

3.1.3. Aynı taşınmazın birden fazla kişiye satılması (Doppelverkauf) ve imkânsızlık halinde davalı

Bir taşınmazın satışının yapılabilmesi için, satıcının sözleşmenin kurulduğu anda tasarruf yetkisine sahip olması -malik olması- şart değildir⁶⁴³. Bir kişinin kendine ait olmayan taşınmazı satması mümkündür⁶⁴⁴. Önemli olan, tescil anında tasarruf yetkisine sahip olunmasıdır⁶⁴⁵.

Taşınmaz satış sözleşmesi sırf taahhüt işlemi niteliğinde olduğundan, malik taşınmazını birden fazla kişiye satabilir⁶⁴⁶. Satıcı tasarruf yetkisine sahip olmasa dahi bütün sözleşmeler geçerlidir⁶⁴⁷. Bunlardan hangisini yerine getireceğine karar vermek satıcının tasarrufundadır. Üçüncü kişi mülkiyeti henüz kazanmadığında ikinci satış sözleşmesinin önceki imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüz olması söz konusu değildir. İkinci alıcının taşınmazın satışından haberdar olduğu hallerde, ilk alıcı korunmaya değer olan taraftır⁶⁴⁸.

⁶³⁷ Örneğin devir borçlusu sicilde malik görünmesine rağmen aslında malik değilse dahi -örneğin sicil dışı iktisap yoluyla mülkiyeti başkası kazanmışsa- iyi niyetle mülkiyet kazanılabilir.

⁶³⁸ 14. HD 2016/877 E., 2016/5749 K.; 14. HD 2015/6890 E., 2018/747 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁶³⁹ Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Koller, (2017), **a.g.k.**, s. 136.

⁶⁴⁰ İFM 2011 yılında verdiği kararında (BGE 137 III 293), satış sözleşmesi alacaklısının davayı satıcıya açacağını; ancak satıcı mülkiyeti üçüncü kişiye geçirmişse artık ilk satıcıdan ancak zararının tazminini isteyebileceğine hükmetmiştir; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Tuor, Schnyder, Schmid, (1995), **a.g.k.**, s. 717.

⁶⁴¹ Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 213; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 322 vd.

⁶⁴² Tuor, Schnyder, Schmid, (1995), **a.g.k.**, s. 717.

⁶⁴³ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 30.

⁶⁴⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 692.

⁶⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 30.

⁶⁴⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 692; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 144.

⁶⁴⁷ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 709; çünkü burada objektif hukuka değil, önceki sözleşmeye (kişisel/sübjektif) alacak hakkına) aykırılık söz konusudur.

⁶⁴⁸ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 709, dpnt. 6.

Taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasından sonra taşınmazın üçüncü kişinin malvarlığına geçmesinde subjektif hukukî imkânsızlık, taşınmazın kamulaştırılması veya yok olmasında ise objektif hukukî imkânsızlık söz konusudur⁶⁴⁹. İlk ihtimal yalnız borçlu açısından imkânsız olduğundan subjektif imkânsızlıktır. Doktrindeki hâkim görüşe göre subjektif imkânsızlık da TBK md. 112 ve 136 anlamında imkânsızlığa yol açabilir⁶⁵⁰.

Malik, ilk satın alan kişiyle yaptığı sözleşmeye aykırı olarak, taşınmaz üçüncü bir kişiye satar⁶⁵¹ ve onun adına tescil ederse; kural olarak ilk satın alan kişinin tescile zorlama davası açmaya veya yeni malik olan üçüncü kişiye başvurma hakkı yoktur⁶⁵². İşte bu ihtimalde ilk devir alacaklısının hâkimden inşai karar vermesini talep etmek yerine devir borçlusunun tescil talebinde bulunmasına hükmedilmesini istemesi mantıklıdır⁶⁵³. Elbette, alacaklı satıcıya karşı temerrütten doğan haklarını kullanıp zararının tazminini de isteyebilir. Çünkü ortada sonraki kusurlu imkânsızlık vardır. Bu halde sözleşme sona ermez (TBK md. 112). Ancak alacaklının aynen ifayı isteme hakkı sona erer⁶⁵⁴. Borçlu sözleşmeyi ihlal etmiş olur⁶⁵⁵. Borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise alacaklı -borçlu

⁶⁴⁹ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 377; Özçelik, Ş. B. (2014). Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 63, Sayı 3, s. 576; taşınmazın maliki olan üçüncü kişi, taşınmazın mülkiyetini alacaklıya geçirmeyi kabul etmişse artık imkânsızlıktan söz edilmez. Oğuzman, Öz, (2017), a.g.k., s. 377, dpnt. 34; Feyzioğlu, (1976), **a.g.k.**, s. 283; Örneğin taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin: Yarg. 13. HD, T. 2.10.1992, E. 1992/7755, K. 1992/7381 (Kazancı, E.T.: 01.08.2014).

⁶⁵⁰ Koller, A. (2011). Sachenrechtlich begründete Unmöglichkeit. Private law: national - global - comparative. Büchler, Andrea & Müller-Chen, Markus (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Private Law (Band I), Staempfli Verlag, Bern. S. 958; Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 576, dpnt. 20; Feyzioğlu, (1976), **a.g.k.**, s. 283; Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 713.

⁶⁵¹ Burada üçüncü kişinin taşınmazın mülkiyetini kazandığı her hali kastetmekteyiz. Örneğin üçüncü kişi TMK md. 716 uyarınca mülkiyeti tescilden önce kazanmış olabilir. Bu yönde Yarg. HGK, T. 28.09.2011, E. 2011/13-528, K. 571 (Kazancı, E.T.: 24.03.2020); borcun imkânsızlaşması durumunda elde edilen ikame değer talep edilip edilmeyeceğine ilişkin TBK ve OR' de açık hüküm olmasa da doktrindeki hâkim görüş ikame değer istenebileceği yönündedir. Örneğin, alacaklı ile satış sözleşmesini yapmasına rağmen tainmazı üçüncü kişiye devreden borçlusunun elde ettiği satış bedelini, alacaklı ikame değer olarak talep edebilir. Bkz. Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 594; satış vaadi borçlusunun taşınmazın mülkiyetini kaybettiği durumlarda aslında borçlusunun mülkiyeti yeni malikten kazanması mümkündür. Yani aslında geçici bir imkânsızlık söz konusudur. Ancak alacaklının belirsiz bir süre beklemesi makul olmadığından bu halde imkânsızlık aslında geçici olsa da TBK md. 112'ye göre zararının tazminini isteyebilir. Uygulamada alacaklının zararlarının tazminini istemeden önce makul olarak beklediği süreye "akde tahammül süresi" denmektedir (Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 586).

⁶⁵² Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1128.

⁶⁵³ Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 296, 297.

⁶⁵⁴ İfanın hukuken imkânsız olduğu hallerde, alacaklının aynen ifada ısrar etmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönünde: Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 575.

⁶⁵⁵ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 210, 211.

temerrüdünün şartlarını yerine getirmeksizin- TBK md. 112'ye göre müspet zararının tazminini isteyebilir⁶⁵⁶.

Ancak belirtilmelidir ki uygulamada tescil talebi taşınmaz satış sözleşmesiyle aynı senet içinde bulunduğu hukukî imkânsızlığa taşınmaz satış sözleşmelerinde rastlanmaz⁶⁵⁷. Uygulamada satış vaadi adeta satış sözleşmesinin yerini aldığından bu riske satış vaadi sözleşmelerinde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sıkça rastlanır⁶⁵⁸. Yine aynı sebeple taşınmazın birden fazla kişiye satılması (*Doppelverkauf*) da mümkün değildir⁶⁵⁹. Zira uygulamadaki durumda ve *Kocayusufoğlu*'nun kabul ettiği sistemde, taşınmazın birden fazla kişiye satılması, ancak satış sözleşmesiyle tescil talebinde bulunduktan sonra fakat tescilin yapılmasından önce mümkündür⁶⁶⁰. Bu ihtimal pek olası değildir.

Satış sözleşmesinin kurulmasından sonra taşınmazın yok olması yani objektif imkânsızlık ihtimalinde ise artık sözleşme sona erer (TBK md. 136). Alacaklı zararının tazminini talep edemez. Maddi imkânsızlık, borçlunun borcunu yerine getirmesinin “doğa ve mantık kuralları gereği” imkânsız olmasıdır⁶⁶¹. Satış sözleşmesinin konusu olan taşınmazın yanması nedeniyle yok olması maddi imkânsızlığa örnektir⁶⁶². Hukukî imkânsızlıkta ise aslında borcun ifası doğa ve mantık kuralları açısından mümkündür; ancak bir hukuk kuralı veya makamın kararı ifayı olanaksız kılar⁶⁶³.

İstisnai bir hal olarak üçüncü kişinin taşınmazın mülkiyetini kazanması TBK md. 49/II anlamında ahlaka aykırı haksız fiil teşkil edebilir. Üçüncü kişinin kendi menfaati olmaksızın, alıcıya zarar verme kastıyla taşınmazı edinmesi buna örnektir. Bu hallerde ilk alıcı üçüncü kişiye açacağı haksız fiil nedeniyle tazminat davasında hâkimden TMK md. 716 uyarınca mülkiyetin kendisine geçirilmesini talep edebilir⁶⁶⁴. Burada zararın

⁶⁵⁶ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, (2015), **a.g.k.**, s. 1105; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 210, 211; Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 296, 297; Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 575; alacaklının müspet zararının nasıl tazmin edileceğine ilişkin bkz. s. 597 vd.

⁶⁵⁷ Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 577, dpnt. 21.

⁶⁵⁸ Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 577, dpnt. 21; Yargıtay taşınmazı üçüncü kişinin edinmesi halinde, vaat alacaklısına satış sözleşmesi alacaklısı gibi muamele edip, alacaklının zararının tazmininde taşınmazın imkânsızlaştığı tarihteki değerinin esas alınacağını kabul etmektedir. Bu yönde: Yarg. HGK T. 28.09.2011, E. 13-528, K. 571 (Kazancı, E.T.: 24.03.2020).

⁶⁵⁹ İsviçre hukukunda ise *Doppelverkauf*'a hala rastlanır. Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 708.

⁶⁶⁰ Kocayusufoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 31.

⁶⁶¹ Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 572.

⁶⁶² Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 572.

⁶⁶³ Özçelik, (2014), **a.g.k.**, s. 572; hukukî imkânsızlık hallerine ithalat-ihracat yasakları, ambargo, sağlık mevzuatından kaynaklanan yasaklar örnek gösterilebilir. (aynı eser s. 577 vd.).

⁶⁶⁴ Bu yönde: BGE 50 II 375, BGE 114 II 329-333. Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, (2015), **a.g.k.**, s. 1105; Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 719 vd.; bu ihtimalde ikinci satış sözleşmesi kesin hükümsüz değildir; fakat ikinci alacaklının fiili TBK md. 49/II anlamında haksız fiil teşkil etmektedir. (Aynı eser s. 721); anılan

aynen tazmini talebi söz konusudur. Hâkim TBK md. 51'e göre (OR Art. 43) aynen iadeye (*Naturalrestitution*) karar verebilir⁶⁶⁵. Burada davalı taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişidir.

Üçüncü kişi ile malik arasındaki sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu hallerde de ilk alıcı tescile zorlama davası açarak mülkiyetin naklini isteyebilir⁶⁶⁶. Bu ihtimalde davalı maliktir. Çünkü ikinci alıcı sebebe bağlılık ilkesi gereği mülkiyeti kazanmamıştır.

3.2. Görevli ve yetkili mahkeme

3.2.1. Görevli mahkeme

Tescile zorlama davasına dayanak oluşturan hukukî sebep bir adi iş, ticarî iş veya tüketici işlemi niteliğinde olabilir⁶⁶⁷. Bu nedenle; hukukî sebebin niteliğine göre görevli mahkeme değişecektir.

Kural olarak tescile zorlama davalarında görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir (HMK md. 2). Taşınmaz satış vaadinden doğan uyuşmazlıklarda da kural olarak asliye hukuk mahkemeleri görevlidir (HMK md. 2)⁶⁶⁸. Ancak HMK md. 3 devrededir. Bu nedenle örneğin satış vaadi sözleşmesinin konusunun konut veya tatil amaçlı taşınmaz olduğu hallerde, görevli mahkeme tüketici mahkemesidir (HMK md. 73/A)⁶⁶⁹. Dava açılacak yerde ayrı bir tüketici mahkemesi yoksa, bu davalara asliye

durumda ilk alıcının, satıcıdan zararlarının tazmini isteme hakkı ile TBK md. 49/II'ye göre aynen ifayı isteme hakkı yarışır.

⁶⁶⁵ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 721.

⁶⁶⁶ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 721; bu davada da iyi niyetle aynı hak kazanımlarını önlemek için şerh verilmesi faydalıdır; Bu davada çekişmeli hakların şerhi de talep edilebilir. Bkz. Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 720 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 145.

⁶⁶⁷ Tokat, H. (2016). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilirliği Çeşitli İhtimaller. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 24, Sayı 1. Web: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/266499>. (Erişim Tarihi: 10.09.2018). S. 237; 20. HD 2017/5080 E., 2017/3039 K.; tescile zorlama davasında asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin: 20. HD 2015/1143 E., 2015/6865 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> sitesinden alınmıştır).

⁶⁶⁸ Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 71; terditli davalarda yetki ve göreve ilişkin tartışmalar için bkz. Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 86 vd.

⁶⁶⁹ Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 72; Yarg. 14. HD. T. 25. 06. 2013, E. 2013/ 6576, K. 2013/ 9866: "...4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı kanunun 3. maddesi c bendiyle konut ve tatil amaçlı mallarda Tüketicinin Korunması Kanunu kapsamına alınmıştır. Anılan maddenin e bendindeki tanıma göre tüketici, bir mal veya hizmeti ticarî veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi, f bendindeki tanıma göre de satıcı, kamu tüzel kişileri dahil olmak üzere ticarî veya mesleki faaliyetler kapsamından tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. 4077 sayılı Kanunun 23. maddesi hükmüne göre de bu kanun uygulamasıyla ilgili çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemesinde bakılması gerekir. Somut olayda, davalı davacıya 6152 parsel sayılı taşınmazda bulunan 2 numaralı dairenin satışını vaad etmiştir. Davalının, yüklenici sıfatını taşıması, dosya kapsamında bir arsa payı

hukuk mahkemeleri tüketici mahkemesi sıfatıyla bakar⁶⁷⁰. Görevli mahkemenin tüketici mahkemeleri olabilmesi için, taraflardan en az birinin tüketici olması gerekir (TKHK md. 3/I-k)⁶⁷¹. Ön ödemeli konut sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, tüketici mahkemesidir⁶⁷².

Tescile zorlama davasının TTK anlamında ticarî dava olmasına, gemi rehni sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davası açılması örnektir (TTK md. 4/I-a). Nitekim gemi rehni TTK'da düzenlendiğinden ticarî iştir. Gemi rehni sözleşmesinden doğan rehin kurma borcu ifa edilmediğinde açılacak tescile zorlama davasında ticaret mahkemesi görevlidir (TTK md. 5).

Borçlunun ön ödemeli konut satış sözleşmesinden doğan mülkiyeti devretme borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının açacağı tescile zorlama davası bir tüketici işlemi olduğu için tüketici mahkemeleri görevlidir (TKHK md. 73)⁶⁷³.

Bir görüşe göre paylı mülkiyetin mahkeme kararıyla sona ermesinde TMK md. 716'nın kıyasen uygulanır⁶⁷⁴. Paylı mülkiyetin paylaşırma davasında sulh hukuk mahkemeleri yetkilidir (HMK md. 4-b)⁶⁷⁵.

Tescile zorlama davasında, kadastro mahkemesi görevli mahkeme olamaz. Zira KK md. 25'e göre yenilik doğurucu karar almayı gerektiren davalar kadastro mahkemesinin görevi dışındadır. Kadastro Mahkemeleri ancak tespit hükmü verebilir⁶⁷⁶.

3.2.2. Yetkili mahkeme

Tescile zorlama davası, sözleşmeden doğan şahsi hakka dayansa da nihayetinde tapu kütüğünde aynı hak sahipliğinde değişiklik sonucu doğurduğundan taşınmazın aynından doğan dava niteliğindedir⁶⁷⁷. Bu nedenle HMK md. 12/I'e göre yetkili

karşılığı inşaat sözleşmesinin bulunmaması hususları değerlendirildiğinde davaya bakmaya asliye hukuk mahkemesi görevlidir.'' karar hakkında bkz. Günay, s. 112

⁶⁷⁰ Davanın tüketici mahkemesi sıfatıyla açılmaması halinde asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararı vermeyip ara kararla davaya tüketici mahkemesiyle baktığına karar vermesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı: Yarg. 13. HD. T. 12.02.2013, E. 821, K. 3155, naklen, Akkan, *Pekcanitez Usûl*, s. 181, dn.122).

⁶⁷¹ Detaylar için bkz. Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 73 vd.

⁶⁷² Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 80.

⁶⁷³ Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 80; aynı ihtimal taşınmaz tüketiciye devredildikten sonra cayılan ön ödemeli konut sözleşmesinden doğan tescile zorlama davası için de geçerlidir.

⁶⁷⁴ Bkz. aşa. Üçüncü Böl. 1.2.4.1. s. 136.

⁶⁷⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 309.

⁶⁷⁶ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 117, pr. 542 vd.; fakat *Ertaş* eserinin başka bir kısmında tescile zorlama davasının kadastro bölgesindeki bir taşınmaza ilişkin olması halinde kadastro mahkemelerinin görevli olduğunu ifade etmiştir. (Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 117, 118, pr. 544).

⁶⁷⁷ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 240.

mahkeme, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. HMK md. 12'ye göre eşyaya bağlı irtifak haklarının konu olduğu davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinden yüklü taşınmazın bulunduğu yer anlaşılır. HMK md. 12 kesin yetki kuralı öngörmüştür⁶⁷⁸.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda ise talebin niteliğine göre yetkili mahkeme değişir⁶⁷⁹. Bu nedenle satış vaadinden doğan uyuşmazlıklarda, aynı hak sahipliğinde değişiklik meydana getirenler ve değişiklik meydana getirmeyenler ayrımı yapılması lazımdır⁶⁸⁰.

Satış vaadinden doğan borcun ifa edilmemesi halinde açılan “*satış sözleşmesinin kurulması ve TMK md. 716'ya göre mülkiyetin davacıya geçirilmesi*” davası -bu davanın nihayetinde mülkiyetin davacıya geçirilmesi söz konusu olabildiğinden- aynı hak değişikliğine neden olabilecek bir davadır⁶⁸¹. Satış vaadi sözleşmenin aynen ifası davası, aynı hakta değişiklik meydana getirmeye ehil olduğundan yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir (HMK md. 12)⁶⁸².

3.3. İspatın konusu ve ispat yükü

HMK md. 187/I'e göre ispatın konusu dava taraflarının anlaşamadığı, uyuşmazlığın çözümünde etkili olan vakalardır. Aslında bir normun bir davada uygulanması için normun sonuç bağladığı vakıaların yani davanın hukukî sebebinin ispat edilmesi gerekir⁶⁸³. Hukuk normunun uygulanması için gereken maddi vakıalara teknik anlamda koşul vakalar denir⁶⁸⁴. Tescile zorlama davasında davacı lehine davanın esastan kabulüne karar verilebilmesi için üç unsurun gerçekleşmesi gerekir: Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran geçerli bir hukukî sebebin bulunması, davalının taşınmaz mülkiyetini

⁶⁷⁸ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 240.

⁶⁷⁹ Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 81.

⁶⁸⁰ Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 81.

⁶⁸¹ Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 82; satış vaadi sözleşmesinden doğan tazminat davalarında da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu yönünde: Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 82.

⁶⁸² Bu yönde: YHGK. T. 13.06.1984, E.14-374 / K. 706 (Surlu, M. H. (2014). *Taşınmaz Satış Vaadi*. (3. Basım). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 556, 557'den naklen.)

“...Gerçi, taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi, hukukî niteliği itibarıyla kişisel hak doğuran bir sözleşmedir. Böyle bir sözleşme ile alıcı, aynı değil, (kural olarak) sadece (borçlu) satıcıya karşı ileri sürebileceği şahsi bir hak elde eder. Hâl böyle olunca bir satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan bir aynî hakka dayanmadığı kuşkusuz bulunan (örneğin geri alma ve tazminat davaları gibi) davalar, Usulün yukarıda anılan 9 ve 10. maddeleri gereğince belirlenecek yetkili mahkemede açılıp, görülebilir. Ancak, bu davada olduğu gibi, satış vaadi sözleşmesine dayanılmakla beraber, taşınmazın mülkiyetinin devri istenilmiş, bir başka deyişle, dava, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının el değiştirmesi amacıyla yönelik bulunmuş ise, taşınmaz aynına ilişkin bir dava olarak kabul edilmesi ve Usulün 13. maddesi hükmünce, onun bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekir”.

⁶⁸³ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 316; Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 586.

⁶⁸⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 316.

devretme yükümlülüğünü haksız olarak yerine getirmemesi ve davalının dava esnasında malik olması. Bu üç unsur tescile zorlama davasının teknik anlamdaki “koşul vakıları”dır. Davacı bu üç koşul vakıyı ispatlamak için somut vakaları araştırıp mahkemeye sunmakla yükümlüdür. Bu anlamda davacı, ilk olarak taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkinin varlığını ve geçerli olduğunu ispat edecektir. İkinci olarak davacı, davalının taşınmaz mülkiyeti devir borcunu haksız olarak ifa etmediğini somut vakıalarla ispat eder. Son olarak davacı, davalının dava sırasında hala malik olduğunu ispatlar. Yani davacı tescile zorlama davasındaki üç koşul vakıyı teknik anlamda somut vakıaları mahkemeye sunarak ispatlamalıdır.

Özel bir kanun hükmü aksini öngörmedikçe ispat yükü iddia edilen vakılardan kendi lehine hak çıkaran taraftadır (TMK md 6, HMK md. 190)⁶⁸⁵. Tescile zorlama davasında ispat yüküne ilişkin özel bir hüküm de öngörülmediğinden ispat yükü davacıdadır.

3.4. Tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi

Türk Medeni Kanunu üç tür şerh öngörmüştür. Bunlar kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi ve geçici tescil şerhidir (TMK md. 1010, ZGB 960/I)⁶⁸⁶. Bunlardan tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi TMK md. 1010’da üç kategoride düzenlenmiştir. Bu çalışma bakımından önem taşıyan kategori çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarıdır (TMK md. 1010/I-1).

Bu şerh taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğini değiştirecek uyuşmazlıklarda davacının, davalının tasarruflarına karşı aynen ifayı talep hakkının güvence altına alınmasına hizmet eder⁶⁸⁷. Davacı henüz mahkeme kararıyla mülkiyeti kazanmadan evvel davalı, tasarruf yetkisine sahip olduğu için malik taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilir⁶⁸⁸. Örneğin malikin taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi ve onun adına tescil

⁶⁸⁵ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 798; Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 336.

⁶⁸⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 211; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 212.

⁶⁸⁷ Homberger, (1938), **a.g.k.**, s. 272; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 374; Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 725; R. Serozan (2015). Medeni Hukuk - Genel Bölüm/Kişiler Hukuku. (6.Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 250; Boran Güneysu, N. (2014). *Medeni Usul Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 139; M. S. Özbek, (2017). Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 3(1), s. 65.

⁶⁸⁸ Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 374; Haab, R., Simonius, A., Scherrer, W., Zobl, D. (1977). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar Bd. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, Zürich. Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Art. 656, s. 210, 211.

etmesi halinde, artık alacaklı tescile zorlama davası açamaz. Bu riske karşı alıcı, tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi verilmesini talep edebilir⁶⁸⁹.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi verilebilmesi için çekişmeli taleplerin mevcudiyeti gerekir⁶⁹⁰. İlk satış sözleşmesinin vadesi gelmeden malikin taşınmazı ikinci kez sattığı hallerde de ilk alacaklının hakkı çekişmeli sayılır⁶⁹¹. İlk alıcının alacak hakkı muaccel ise tescilin yapılmasında her gecikme, hakkın çekişmeli sayılması için yeterlidir⁶⁹². Tescile zorlama davası da tipik bir aynı hak sahipliğinde değişiklik doğuran dava olduğundan, davada mahkemeden tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin verilmesi istenebilir⁶⁹³. Nitekim tescile zorlama davasında tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhine sıklıkla rastlanır⁶⁹⁴. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişki nedeniyle eda hükmü verilmesinin istendiği hallerde de tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi talep edilebilir⁶⁹⁵. Bu şerh mahkeme kararı ile alınabilir.

Mahkemenin tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi verilmesine ilişkin kararı ihtiyati tedbir niteliğindedir⁶⁹⁶. Mahkeme kararının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için şerhin yapılması zorunludur⁶⁹⁷. Kural olarak tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi tapu sicilini kilitlemez⁶⁹⁸. Yani davalı taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilir. Bu şerhle beraber artık davacı, hakkını üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir hale gelir (TMK md. 1010/II, ZGB Art. 960/II)⁶⁹⁹. Ancak davada hâkim, uygulamada sıkça görüldüğü üzere, tapu sicilinin kitlenmesine karar vererek davalının tasarrufta bulunmasını yasaklayabilir.

⁶⁸⁹ BGE 111 II 42, BGE 110 II 128; P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, A. Jungo, (2015). ZGB - *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Aufl., Zürich - Basel – Genf, Schulthess Polygraphischer Verlag, s. 1105; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Boran Güneysu, (2014), **a.g.k.**, s. 139; Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 311; Liver, (1980a), **a.g.k.**, s. 168; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 374; İsviçre hukukundaki tarihsel geçmişi için bkz. Liver, (1979), **a.g.k.**, s. 6; mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için talep olması gerekir (E. Erişir, (2013). *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 176; c.s. Konuralp, (2013). 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C.71(2), ss. 230).

⁶⁹⁰ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 160.

⁶⁹¹ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 725.

⁶⁹² Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 725.

⁶⁹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 217; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 218, 219.

⁶⁹⁴ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 158.

⁶⁹⁵ Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 365.

⁶⁹⁶ Erişir, (2013), **a.g.k.**, s. 364; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 218; Konuralp, (2013), **a.g.k.**, ss. 230.

⁶⁹⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 219.

⁶⁹⁸ Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Özbek, (2017), **a.g.k.**, s. 69; Serozan (2015), **a.g.k.**, s. 250; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 219; mahkemenin ihtiyati tedbir kararının tapu sicilini kilitlediği yönünde: Serozan, (2015), **a.g.k.**, s. 250.

⁶⁹⁹ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1128, Abs. 9; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 211; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163.

Davalı şerhin verilmesinden sonra üçüncü kişiye devretmişse üçüncü kişiye başvurmadan önce satıcıya başvurulması zorunludur⁷⁰⁰.

Nihayet belirtilmelidir ki TMK md. 1009/I uyarınca sözleşmeden doğan alım, önalım ve geri alım hakkının, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan alacak hakkının ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi (kişisel hakların şerhi) mümkündür⁷⁰¹.

3.5. Davaya son veren taraf işlemleri'nin etkisi (sulh, kabul)

Bu başlıkta cevabı aranan soru, açılan tescile zorlama davasında davalının davayı kabul⁷⁰² etmesi halinde veya tarafların mahkeme önünde sulh sözleşmesi kurmaları halinde mülkiyetin kazanılıp kazanılmayacağı, kazanılacaksa ne zaman kazanılacağıdır (HMK md. 308, 313). Öncelikle belirtilmelidir ki hâkim kararı yerine geçen sulh ve kabulün inşâî etki doğurabilmesinin ön koşulu taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olmasıdır; eda hükmüne ilişkin değil⁷⁰³.

İsviçre hukukunda sulh ve kabulün mahkemenin kararının yerine geçip geçmeyeceği kanton hukuklarına ilişkin bir meseledir⁷⁰⁴. Surrogatın mahkeme kararının yerine geçtiği kantonlarda mahkeme önünde sulh anlaşması yapılması ve davanın kabulü halinde (*Urteilssurrogat*) de davacı mülkiyeti tescilden önce kazanır⁷⁰⁵.

Türk hukukunda da kabul edildiği üzere, tescile zorlama davasında davalının davayı kabul etmesi ve tarafların mahkeme önünde sulhe karar vermesi halinde de taşınmaz mülkiyeti tescilden önce kazanılır (İİK md. 38)⁷⁰⁶. Mahkemenin bu hususta ayrıca karar vermesi gerekmez⁷⁰⁷. Mahkeme sulh sözleşmesinin içeriğine göre hüküm

⁷⁰⁰ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 158.

⁷⁰¹ Kişisel hakların şerhlerinin hüküm ve sonuçları hakkın detaylı bilgi için bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 211 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 213 vd.

⁷⁰² Kabulün tek taraflı bir hukuk işlem olduğu yönünde: Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 428.

⁷⁰³ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 151; detaylı tartışmalar için bkz. Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 151 vd.

⁷⁰⁴ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 151; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 233.

⁷⁰⁵ Homberger, (1938), **a.g.k.**, s. 325; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 238; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163, 164; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 233; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 129; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 426; Koller, (2017b), **a.g.k.**, s. 297.

⁷⁰⁶ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 171; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 253; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 718; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 503-504; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 408; Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 430; tarafların mahkeme önünde taşınmazın devrine ilişkin sulh sözleşmesi yapmaları halinde mahkemenin tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi veya ihtiyati karar vermesi gerektiği hakkında bkz. Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. (3. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 177.

⁷⁰⁷ Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 171.

verir⁷⁰⁸. Çünkü sulh ve kabul, mahkeme kararının yerini alır (HMK md. 311, 315/I; İİK md. 38)⁷⁰⁹. Davayı kabul halinde de taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılır⁷¹⁰.

Davacı mahkeme kararının yerine geçen surrogatı sunarak bildirici tescili yaptırır⁷¹¹. Bildirici tescilin hukukî sebebi hâkim kararı yerine geçen sulh veya kabuldür⁷¹². Tapu Müdürlüğünde sulh veya kabule dayanarak bildirici tescilin yapılması istendiğinde şüphe edilmesi için gerekli sebepler varsa tapu sicil görevlisi yetkili mahkemeden, bunların kararın yerine ilişkin resmî doğrulama yazısı talep edebilir⁷¹³.

3.6. Hükümün kesinleşmesinin sonuçları

İnşâî hükümler kesinleşmekle kendiliğinden (*ipso iure*) hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden doğurur⁷¹⁴. Tescile zorlama davasında davacı taşınmazın mülkiyetini, mahkemenin lehine verdiği hükmün kesinleştiği tarihte kazanılır⁷¹⁵. Mahkemenin bu yöndeki kararı kesinleşmediği halde tescil yapılırsa tescil yolsuz olur⁷¹⁶. Kararın kesinleşmesiyle mülkiyet kendiliğinden kazanıldığından bu kararın icrası gerekmez (TST md. 20/I-e)⁷¹⁷. Zaten inşâî nitelikte karar olduğu için icrası mümkün de değildir⁷¹⁸. Çünkü yalnız eda hükümlerinin icrası mümkündür⁷¹⁹.

Mahkemenin davacı lehine verdiği hükmün kesinleşmesiyle davacı taşınmaz mülkiyetini tescilden önce kazandığından, ardından yapılacak tescil bildirici niteliktedir (TMK md. 716/II)⁷²⁰. Davacı, davalının iş birliğine ihtiyaç duymaksızın bildirici tescili

⁷⁰⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes, (2018), **a.g.k.**, s. 430.

⁷⁰⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 408.

⁷¹⁰ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 253; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 408.

⁷¹¹ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 233; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163, 164; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 177.

⁷¹² Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 238.

⁷¹³ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 232, 233.

⁷¹⁴ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 588.

⁷¹⁵ Vogel, (1988), **a.g.k.**, s. 141; Hrubesch-Millauer, S., Graham-Siegenthaler, B., Roberto, V. (2017). *Sachenrecht, 5. Auflage*, Verlag Stämpfli, Bern, S. 264; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1128, Abs. 9; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 718; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 377; Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 35; Kernén, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 426, 427; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 129; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 163; Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 375.; Antalya, Topuz, (2018), **a.g.k.**, s. 206; Yıldırım, (2016), **a.g.k.**, s. 324.

⁷¹⁶ Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 74; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 261, dpnt. 820.

⁷¹⁷ BGE 85 II 487; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 426; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148; Schenker, (2010), **a.g.k.**, Art. 87, s. 375; Önen, (1981), **a.g.k.**, s. 195.

⁷¹⁸ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 588.

⁷¹⁹ Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 32.

⁷²⁰ Liver, (1980a), **a.g.k.**, s. 157; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 162; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 21.4; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 427; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 124; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 149.

yaptırabilir⁷²¹. Buna nispi tescil ilkesi denir⁷²². Kesinleşen mahkeme kararı, TMK md. 1015 anlamında yapılacak bildirici tescilin hukukî sebebidir⁷²³. Taşınmazın mülkiyetini kazanan kişinin bildirici tescili yaparken, tapu sicil müdürlüğünde kararın kesinleştiğini kanıtlaması gerekir (TMK md. 1015, ZGB Art. 965, GBV Art. 18/II-d, 64/I-h, 65/I-c)⁷²⁴. Mülkiyeti tescilden önce kazanan davacının, mahkemeden Tapu Müdürlüğüne talimat vermesini istemesi de mümkündür⁷²⁵. Nitekim İİK md. 28'e göre mahkeme, TMK md. 716'ya göre verdiği karar kesinleştiğinde mahkeme kararını Tapu Müdürlüğüne gönderir (ZPO Art. 344/II). İsviçre hukukunda, bildirici tescilin yapılması için mahkemenin talimat göndereceğine ilişkin ZPO Art. 344/II hükmünün salt usulî (Ordnungsvorschrift) hukuk norm olduğu kabul edilir⁷²⁶. Bu nedenle mahkeme tapu sicil müdürlüğüne talimat vermez veya vermeyi ihmal ederse davacının mahkeme kararını sunmasıyla tapu sicil görevlisi bildirici tescili yapmakla yükümlüdür⁷²⁷. Özetle inşâ hüküm ile mülkiyet kazanıldığında bildirici tescili yeni malik veya talep halinde mahkeme de yaptırabilir⁷²⁸. Bildirici tescil, iradi veya yasal temsil vasıtasıyla da yapılabilir⁷²⁹.

Mahkemenin kararının kesinleşmesiyle aynı hak kazanılmış olur. Aynı haklar zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi olmadığından mahkeme kararıyla mülkiyetin kazanılmasından sonra yapılan bildirici tescil zamanaşımına tabi değildir⁷³⁰. 1954 tarihli İBK da bu yöndedir⁷³¹.

⁷²¹ Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 162, 163; Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295; Göksu, T. (2016). Art. 641-977 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht: BEREITSCHMID, P./JUNGO, A. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, Art. 731, s. 422.

⁷²² Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1296.

⁷²³ Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 235.

⁷²⁴ Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 129; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 427; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 155; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 233.

⁷²⁵ Kernen, (2016), **a.g.k.**, Art. 665, s. 1295; Bommer, (2010), **a.g.k.**, s. 1249.

⁷²⁶ Bommer, (2010), **a.g.k.**, s. 1249; İsviçre hukukunda bildirici tescilin nasıl yapılacağına ilişkin: *Schweizerische Grundbuchverordnung Art.65/I-e*.

⁷²⁷ Bommer, (2010), **a.g.k.**, s. 1249; İsviçre'de mahkemenin tapu sicil müdürlüğüne talimat mı vereceği yoksa mülkiyeti kazanan davacının kendisinin mi talepte bulunacağı kantondan kantona farklılık gösterir. Bkz. Sogo, (2007), **a.g.k.**, s. 34.

⁷²⁸ Koller, (2017), **a.g.k.**, s. 137.

⁷²⁹ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 299.

⁷³⁰ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 317, pr. 1399; bu yönde: 1. HD 2013/916 E., 2013/2153 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> sitesinden alınmıştır).

⁷³¹ YİBK, 11.02.1954, E.10/K.12.: (KBİBB., 743/m. 671). Yargıtay, bu kararın gerekçesinde şunları söylemektedir: "... aynı haklarda Medeni Kanunun hükümleri bakımından ıskatî müruruzaman cari olmayıp ancak iktisabî müruruzaman ile bir kimsenin ayna hakkının sona ermesi mümkün bulunduğundan, Borçlar Kanunundaki ve İcra ve İflas Kanununun 39 uncu maddesindeki ıskatî müruruzaman müddetlerinin geçmiş olması; ilam ile mülkiyet iktisap etmiş olan kimsenin mülkiyet hakkına herhangi bir şekilde müessir olmaz..." (Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 253'ten naklen).

Tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi için tapu siciline bildirici tescilin yapılması gerekir. Ancak malik tasarruf işlemi niteliğinde olmayan diğer işleri yapabilir. Örneğin mülkiyetten doğan davaları açabilir. Cebri ihaleye konu olan taşınmazın mülkiyetini tescile zorlama davasıyla kazanmış kişinin, ihalenin feshi davası açabilir. Zira ihalenin feshi davası TMK md. 705/II anlamında tasarruf işlemi değildir⁷³².

Bildirici tescilin yapılmasının faydaları bununla sınırlı değildir. Zira iyi niyetli üçüncü kişilerin yolsuz tescilden hak iktisap etmesi mümkündür. Üçüncü kişilerin hak iktisabını önlemek için bildirici tescil mahkeme tarafından vakit kaybetmeksizin tapu kütüğüne yapılmalıdır⁷³³. Çünkü bildirici tescil, iyi niyetli üçüncü kişilerin hak iktisabını engeller. Tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi verilerek de bu tehlike aşılabılır (TMK 1010, ZGB 960).

Bu konuda ilginç bir ihtimal söz konusu olabilir⁷³⁴: Bir kişinin aralarındaki satış sözleşmesine dayanarak sicilde yolsuz olarak görünen satıcıya tescile zorlama davası açıldığında, mahkemenin bu yöndeki kararının kesinleşmesiyle mülkiyeti kazanır. Bu yöndeki ilama rağmen, bu kişi tapu siciline bildirici tescil yapmadan önce asıl malik tapu sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda sicildeki yolsuzluğu gidermişse tescile zorlama davası açan kişi mülkiyeti kazanmış olur mu⁷³⁵? *Tekinay*'a göre⁷³⁶ asıl malik iyi niyetli üçüncü kişinin mülkiyeti kazandığını sicilin düzeltilmesinden önce öğrenmişse artık iyi niyetli üçüncü kişi maliktir⁷³⁷. Asıl malik, iyi niyetli üçüncü kişinin mülkiyeti tescile zorlama davası ile kazandığını sicilin tahsisinden sonra öğrenmişse, asıl malikin mülkiyet hakkı devam eder⁷³⁸. Yazarın bu görüşü benimsemesinin sebebi, iyi niyetli üçüncü kişinin hak kazandığını bilmeyen malikin, üçüncü kişi kadar korunmayı hak etmesidir⁷³⁹. *Hatemi/Aybay*'a göre, mülkiyeti tescilden önce kazanan kişinin (TMK md. 705, ZGB Art. 656) bildirici tescili yapmasından önce, tapudaki yolsuz tescilde malik görünen kişiden

⁷³² İyilikli, A. C. (2015). Taşınmazın Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hallerinden Mahkeme Hükümüne Göre İktisap Eden Kişinin İhalenin Feshi Davası Açmaya Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. Yıl: 7. Sayı: 27, s. 544, 545; Yargıtay'ın aksi yöndeki kararının (Yarg. 12. HD. T. 21.12.2015. E. 29919., K. 32309) eleştirisi için bkz. İyilikli, (2015), **a.g.k.**, s. 544, 545.

⁷³³ Koller, (2017), **a.g.k.**, s. 137; bu tescilin nasıl yapılacağı *Schweizerische Grundbuchverordnung Art.65/I-e.*; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 322.

⁷³⁴ Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 139.

⁷³⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 361.

⁷³⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 361; TMK md. 716'ya göre verilen kararın kesinleşmesinden ileri etkili sonuç doğuracağı; bu nedenle önceki malike bağlı aynı ve şahsi sınırlamaları etkilemeyeceği görüşü için bkz. İyilikli, (2017), **a.g.k.**, s. 402.

⁷³⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 361.

⁷³⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 361.

⁷³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 361.

hak kazanan kişilerin sözleşme kurması ve tescil talebi reddedilmelidir⁷⁴⁰. Bildirici tescilin yapılması yararlıdır; zira mülkiyet tescil dışında kazanılmış olsa da yolsuz sicile güven korunur⁷⁴¹.

4. Tescile Zorlama Davasının Benzer Davalardan Ayırt Edilmesi

4.1. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK md. 1025) ile karşılaştırılması

Tapu sicilinin düzeltilmesi davası, tescilin kurucu unsurlarının tam olmadığı veya geçersiz olduğu hallerde aynı hakkı zedelenen gerçek aynı hak sahibinin açtığı davadır (TMK md. 1025, ZGB Art. 975)⁷⁴². TMK md. 1024 tescilin kurucu unsurlarının tam olmaması veya geçersiz olmasını “*tescilin bağlayıcı olmayan hukukî işleme dayandırması veya hukukî sebepten yoksun olması*” şeklinde ifade etmiştir. Bu anlamda tescilin hukukî sebebi geçerlilik unsurlarını taşıyorsa sicil yolsuzdur ve aynı hakkı zedelenen kişi tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir. Örneğin tescilin sebebi olan sözleşmenin TBK md. 27’ye aykırılığı halinde⁷⁴³ aynı hakkı zedelenen kişi sicilin düzeltilmesi davası açabilir⁷⁴⁴. Tapu sicilinde tescil isteminde bulunmaya aynı hakkın sahibi yetkilidir. Bu anlamda tescil talebinin bulunmadığı veya geçersiz olduğu hallerde de aynı hakkı zedelenen kişi sicilin düzeltilmesi davası açabilir⁷⁴⁵. Terminolojik olarak

⁷⁴⁰ Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 138.

⁷⁴¹ Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 379, dpnt. 278.

⁷⁴² Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1931; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 235; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 260, 261; bu dava yolsuz terkin, değiştirme, şerh ve beyanlar için de kıyasen uygulanır; tescilin hukukî sebebinin geçersiz olduğunu ileri sürmek TMK md. 2/II anlamında hakkın kötüye kullanılması sayılırsa dava reddedilir (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 261, dpnt. 821, s. 262, dpnt. 826).

⁷⁴³ Örneğin ehliyetsizlik, tescilin hukukî sebebi olan sözleşmenin muvazaalı (Yarg. 1 HD. 26.05.2005, E. 6029., K. 6521-Kazancı Bilişim), şekle aykırı, kişilik haklarına aykırı, imkânsız olması halinde tescil yolsuz olduğundan sicilin düzeltilmesi davası açılabilir.

⁷⁴⁴ Grieder, A. (2016). Die Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 Abs. 1 ZGB)-Materiellrechtliche und prozessuale Besonderheiten. Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm. ss. 1002; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 348; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 261; intifa hakkı sözleşmesinin geçersiz olması hali için: Gürzumar, O. B., Sanlı, K. C. (2009). Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 5054 sayılı Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi İhtimalinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında. *Haluk Konuralp’ın Anısına Armağan*, C.3, ss. 560, 561; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 235, 236; tescilin geçerli hukukî sebebe dayanmaması nedeniyle yolsuz olması, tescilin bildirici nitelik taşıdığı hallerde de söz konusu olabilir. Örneğin taşınmazın mülkiyetini TMK md. 716 uyarınca verilen kararın kesinleşmesiyle kazanan kişi adına tescil yapıldıktan sonra, bu mahkeme kararı karar düzeltme süreci sonunda bozulduğunda tescil -geçerli hukukî sebebe dayanmadığından- yolsuz hale gelir. (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 261, dpnt. 820, Üstündağ, 63).

⁷⁴⁵ Nomer, H. N., Ergüne, M. S. (2016). *Eşya Hukuku Cilt II RehİN Hukuku*. (15. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 154.

bu dava için “*tapu kaydının düzeltilmesi davası*”, “*tashih davası*” gibi ifadeler de kullanılmaktadır⁷⁴⁶.

Malum olduğu üzere tapu siciline iyi niyetle dayanarak hak kazanan kişinin kazanımı hukuken korunur (TMK md. 1023). Tapu sicili yolsuzken -yani sicilin düzeltilmesi davası ile yolsuzluk giderilmeden önce- iyi niyetli üçüncü kişinin aynı hak kazandığı hallerde sicilin düzeltilmesi davası, ancak üçüncü kişinin kazanımına zarar vermediği ölçüde mümkündür⁷⁴⁷. Örneğin yolsuz olarak sicilde malik olarak görünen kişiden bir sınırlı aynı hak kazanıldığında da gerçek malik sicilin düzeltilmesi davası açabilir. Ancak bu dava iyi niyetle irtifak hakkı kazanının hakkını zedelemeyiz, sınırlı aynı hakkın tescili devam eder⁷⁴⁸. Üçüncü kişinin iyi niyetle mülkiyet hakkı iktisap ettiği hallerde ise artık gerçek malik sicilin düzeltilmesi davası açamaz⁷⁴⁹.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile tescile zorlama davası uygulama ve yargı kararlarında sıkça karıştırılmaktadır. Halbuki bu iki dava birbirinden tamamen farklı ve hatta birbirlerini dışlayan davalardır.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davası yolsuz tescili düzeltme yollarından biridir. Bu dava zaten gerçekte hak sahibi olan kişinin, tapu sicilinde de böyle görünmesini sağlar⁷⁵⁰. Başka bir deyişle bu dava bir aynı hakkın kurulmasına veya silinmesine değil; görünürdeki hukukî durumun gerçek hukukî duruma uygun hale getirilmesini amaçlar⁷⁵¹. Tescile zorlama davası ise taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce mahkemenin inşâî kararıyla kazanılmasını sağlayan aynen ifa davasıdır⁷⁵².

Tescile zorlama davası şahsi hakka dayanır; fakat tapu sicilinin düzeltilmesi davası aynı hakka dayanır⁷⁵³. İki dava arasındaki bu temel fark, birçok farklılığı beraberinde getirir.

⁷⁴⁶ Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 379, 380; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 346.

⁷⁴⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 262; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 348.

⁷⁴⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 262.

⁷⁴⁹ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 350.

⁷⁵⁰ Schmid, J., Rüegg, J. (2011). Legitimation Des Kaeufers Zur Grundbuchberichtigungsklage Gegen Den Eingetragenen Vorkaufsberechtigten? *Baurecht*, ss. 196; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 379; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 998.

⁷⁵¹ Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1930; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 998, 999.

⁷⁵² Deillon-Schegg, (2016), **a.g.k.**, Art. 975, s. 978; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1932.

⁷⁵³ BGE 137 III 293 ff.; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 148, 149; Antalya, Topuz, (2018), **a.g.k.**, s. 206; Yargıtayın hatalı bir nitelmesi: “*mülkiyet hakkına dayanılarak açılmış ve bu hakkın gerçek sahibine hükmen nakledilmesini amaçlayan tapu iptal davaları (TMK md. 705 ve 716) sonucu verilen hüküm ve kararlara*” 8. HD 2018/12601 E., 2018/18394 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

Tescile zorlama davasının davacısı mülkiyetin/ayni hakkın devrini isteme şahsi hakkına sahip olan alacaklıdır. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının davacısı ise yolsuz tescille hakları zedelenen malik/ayni hak sahibidir⁷⁵⁴.

Sicilin düzeltilmesi davasında davalı, adına yolsuz tescil yapılmış kişi ve onun külli halefleridir⁷⁵⁵. Yolsuz tescilden kötü niyetle mülkiyet ve ayni hak kazanmış kişiye karşı da -adına yolsuz tescil yapılmış kişi olduğu için- sicilin düzeltilmesi davası açılabilir⁷⁵⁶.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ayni hakka dayandığı için zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tabi değildir⁷⁵⁷. Tescile zorlama davası ise zamanaşımına/hak düşürücü süreye tabidir.

Tescile zorlama davası sonunda davacı lehine verilen karar inşaî hüküm niteliğindedir. Tartışmalı olmakla beraber, tapu sicilinin düzeltilmesi davası ise tespit davası niteliğindedir ve mahkemenin kararı (tescilin yolsuzluğunu) tespit hükmü niteliğindedir⁷⁵⁸. Davacı bu kararı sunarak -davalının rızasına gerek olmaksızın- kendi adına tescili sağlayabilir⁷⁵⁹. Verilen mahkeme kararı, sicilin düzeltilmesinin hukukî

⁷⁵⁴ Schmid, J., Rüegg, J. (2011). Legitimation Des Kaeufers Zur Grundbuchberichtigungsklage Gegen Den Eingetragenen Vorkaufsberechtigten? *Baurecht*, ss. 196; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1005; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 420; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 237; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 263; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1932; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 350; bu yönde: Yarg. 20. HD. 16.06.2016, 5095/8526; yolsuz tescilden zarar gören -taşınmazı haczetirmeye isteyen alacaklılar gibi- şahsi hak sahiplerinin de bu davayı açabileceği yönünde: Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 188, pr. 858; şerh edilmiş şahsi hak sahiplerinin bu davayı açıp açamayacakları tartışmalıdır. Bkz. Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 380 vd.; paylı veya el birliğiyle maliklerden her biri bu davayı açabilir (TMK md. 693/II, md. 702/IV). Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 237; davalı mülkiyeti/ayni hakkı olağan zamanaşımı ile kazanırsa (TMK md. 712), artık sicilin düzeltilmesi davası açılmaz; taşınmaz satış vaadi alacaklısına ayni hak kazanmış muamelesi yapılan Yargıtay kararlarının eleştirisi için bkz. Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 1 vd.

⁷⁵⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 420; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1932; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 382; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 189, pr. 859; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1008; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 262; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 352; yolsuz terkinin düzeltilmesi davasının davalısı ise terkenden yararlanan ve tescilin yeniden yapılması için rızaları gereken kişilerdir. (Aynı eser, s. 262, dpnt. 829).

⁷⁵⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 262, dpnt. 828.

⁷⁵⁷ Bunun istisnası KK md. 127III'tür; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 78; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 999; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 189, pr. 863; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1930; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 421; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 353; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 236; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 263; Nomer, Ergüne, (2016), **a.g.k.**, s. 155.

⁷⁵⁸ Bu yönde: BGE 137 III 293 ff.; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 238; Schmid, J., Rüegg, J. (2011). Legitimation Des Kaeufers Zur Grundbuchberichtigungsklage Gegen Den Eingetragenen Vorkaufsberechtigten? *Baurecht*, ss. 196.; Nomer, Ergüne, (2016), **a.g.k.**, s. 155; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 188, pr. 856; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 999; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 352, 353; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 263; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 235; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 383; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1933; tescile zorlamada davası sonunda verilen kararın kesinleşmesi, önceki malikten doğan ayni ve şahsi kısıtlamaları etkilemez. Ama tapu sicilinin düzeltilmesi kararının kesinleşmesi önceki ayni ve şahsi hak sahiplerini etkiler. Bkz. İyilikli, (2017), **a.g.k.**, s. 402.; eda hükmü olduğu yönünde: Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 416.

⁷⁵⁹ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 354; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1933.

sebebidir⁷⁶⁰. Davalının zilyet olduğu hallerde, taşınmazın zilyetliğini geçirmekten imtina ederse davacı ayrıca istihkak davası açarak zilyetliği edinebilir⁷⁶¹. Bu iki talep aynı davada birlikte ileri sürülebilir⁷⁶². Mahkemenin davacı lehine verdiği kararın kesinleşmesiyle davacı mülkiyeti kazanır. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında ise hali hazırda malik veya aynı hak sahibi olan kişinin bu hakkı tespit edilir⁷⁶³. Doktrinde bir görüşe göre, gerçek malikin yolsuz olarak sicilde malik olarak görünen kişiye sicilin düzeltilmesi davası açtığı hallerde, davanın istihkak davası niteliğinde olduğu kabul edilir⁷⁶⁴. Aynı görüşe göre, sicilin düzeltilmesi davasının sicilde yolsuz olarak aynı hak sahibi görünen kişiye karşı açılması halinde ise davanın hukukî niteliği el atmanın önlenmesi davasıdır⁷⁶⁵. Bu görüş kabul edilirse açılan istihkak davası eda davası niteliğinde olur⁷⁶⁶.

Uygulamada ise “*tapu iptal ve tescil davası*” adı altında tescilin iptaline karar verilerek hem sicilin yolsuzluğunu tespit eder hem de gerçek malik adına tescile hükmeder⁷⁶⁷. Bu nedenle eda davası kimliğine bürünür⁷⁶⁸.

Tescile zorlama davasında, davalı hala malik olduğu için taşınmaz üzerinde tasarruf işlemi yapabilir. Davacı hakkını tehlikeden korumak için çekişmeli hakkın şerhinin verilmesini isteyebilir (TMK md. 1010/I)⁷⁶⁹. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında ise davacı zaten malik/ayni hak sahibi olduğundan -iyi niyetli üçüncü kişilerin hak edinmesi tehlikesine karşı- geçici tescil şerhinin verilmesini talep edebilir⁷⁷⁰.

Tescile zorlama davası, tapu sicilinin düzeltilmesi davasından önce gelir⁷⁷¹. Çünkü tescile zorlama davasında davacı taşınmazın maliki değildir. Sadece taşınmazın

⁷⁶⁰ Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1933; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 354

⁷⁶¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 236; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 348; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 383; *Tekinay*'ın savunduğu gibi mahkemenin eda hükmü verdiği kabul edilirse ayrıca istihkak davası açılmasına gerek kalmaz. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 417).

⁷⁶² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 236.

⁷⁶³ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 352, 353.

⁷⁶⁴ Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 32; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 188, pr. 856; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 264.; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 236.

⁷⁶⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 264.

⁷⁶⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 261.

⁷⁶⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 236; Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 383.

⁷⁶⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 236.

⁷⁶⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 235.

⁷⁷⁰ Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1932; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 353; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 235.

⁷⁷¹ Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1000.

devredilmesini isteme şahsi hakkı vardır. Bu nedenle tescile zorlama davası şahsi bir davadır. Tescile zorlama davasının açıldığında tescil yolsuz değildir⁷⁷².

Sicilin düzeltilmesi davasının açılabilmesi için sicilin davanın açıldığı anda yolsuz olması gerekir⁷⁷³. Sicilin sonradan yolsuz hale geldiği ihtimallerde kural olarak sicilin düzeltilmesi davası açılmaz⁷⁷⁴. Bu hallerde ya nispi tescil ilkesi gereği sicil dışı malik olan kişi bildirici tescilin yapılmasını -dava açmadan- isteyebilir ya da resen düzeltilecek bir durum vardır⁷⁷⁵.

Tescile zorlama davasında davacı lehine verilen hükmün kesinleşmesiyle, davasının mülkiyeti/ayni hakkı tescilden önce kazanacağını ifade ettik. Davacı (mülkiyeti devir alacaklısı) mahkemenin inşaî kararıyla mülkiyeti kazandıktan sonra dahi tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmaz⁷⁷⁶. Zira malik olan davacının kendisinin TMK md. 716/II'ye göre bildirici tescili talep etme yetkisi vardır⁷⁷⁷. Bunun için dava açılması gerekmez.

Mahkeme hükümlerinin nitelikleri de farklıdır. İleri sürülecek defî-itiraz-savunmalar da farklıdır.

Bu iki davanın ortak noktası olarak, ikisinin de taşınmazın aynına etki eden dava olması söylenebilir. Ayrıca bu iki dava da terkin ve şerhlere işlemlerine kıyasen uygulanır⁷⁷⁸.

TMK md. 716'ya dayanan tescile zorlama davası ayni hakka değil; şahsi (kişisel) hakka dayanır. Bu nedenle “*ayni dava*” niteliğinde değildir⁷⁷⁹. Çünkü ortada ayni hakka dayanan bir talep yoktur. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ise ayni hakka (mülkiyet veya

⁷⁷² Arnet, R., Roth, N. (2015). Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736 Abs. 1 ZGB. Tatsachen Verfahren Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, (Herausgegeben von Peter Breitschmid Ingrid Jent-Sørensen Hans Schmid Miguel Sogo) ss. 28; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1000.

⁷⁷³ Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1004; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 348; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 260, dpnt. 819; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1931.

⁷⁷⁴ Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1931; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 260, dpnt. 819; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1004.

⁷⁷⁵ Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1931; Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1000. Grieder, hukukî sebebe ilişkin bozucu şartın gerçekleşmesi halinde de tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmayacağını savunur (s. 1005).

⁷⁷⁶ Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1000.

⁷⁷⁷ Grieder, (2016), **a.g.k.**, ss. 1000.

⁷⁷⁸ Ünal, Başpınar, (2017), **a.g.k.**, s. 288, 289; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 252; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 187, pr. 855; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1931; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 347; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 268; tapu sicilinin düzeltilmesi davasının beyanlar için de kıyasen uygulanacağı kabul edilir. Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 348; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 187, pr. 855; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 417.

⁷⁷⁹ Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1932; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 29.

diğer sınırlı aynı hakka dayanır). Bu sebeple bu dava aynı dava niteliğindedir⁷⁸⁰. Aynı hakka dayanması nedeniyle sicilde hak sahibi görünen herkese açılabilir. Tescile zorlama davası ise kural olarak yalnız hukukî ilişkideki mülkiyeti devir borçlusuna açılabilir.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında ispat yükü kendisinde olan davacı, davalının aynı hak karinesini (TMK md. 992) çürütmek için tescilin yolsuz olduğunu veya hakkının haksız olarak terkin edildiğini ispat eder⁷⁸¹.

4.2. İstihkak davası ile karşılaştırılması

Mülkiyet hakkına dayanan ve mülkiyet hakkını koruyan davalardan olan istihkak davası, doğrudan zilyet olmayan malikin eşyayı geri almak amacıyla malik olmayan zilyede açtığı davadır (TMK md. 683/II, ZGB Art. 641)⁷⁸². Eşyanın malikin elinden rızasıyla ve rızası dışında çıkması önemli olmaksızın istihkak davası açılabilir⁷⁸³.

Öncelikle tescile zorlama davası ile istihkak davasının amaçları farklıdır. Tescile zorlama davasının amacı, devir borçlusunun sözleşmeden doğan taşınmaz mülkiyetini devretme borcunu yerine getirmediği hallerde, taşınmaz mülkiyetini tescilden önce mahkemenin inşâî kararıyla kazanmaktır. İstihkak davasının amacı ise zaten malik olan kişinin taşınmazının dolaysız zilyetliğini elde etmesidir⁷⁸⁴.

İstihkak davası mülkiyet hakkına dayanır. Bu nedenle zamanaşımına tabi değildir⁷⁸⁵. Hatta bu özelliği nedeniyle bu davaya, zilyetlik davalarının veya sözleşmeden doğan taleplerin süresi geçtiğinde başvurulur⁷⁸⁶.

Tescile zorlama davası sözleşmeden (hukukî ilişkiden) doğan taşınmazın devredilmesini isteme alacak (şahsi) hakkına dayanır. İstihkak davası ise mülkiyet hakkına dayandığından aynı davadır⁷⁸⁷. Bu nedenle zamanaşımı ve hak düşürücü süreye

⁷⁸⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 236; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 264; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 348.

⁷⁸¹ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 354.

⁷⁸² Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 216, pr. 975; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 31; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 480; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 278; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 259.

⁷⁸³ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 259; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 35, 36; örneğin kira sözleşmesinin sona ermesine rağmen kiracının kiralananı iade etmekten haksız olarak kaçınması halinde veya hırsıza karşı istihkak davası açılabilir.

⁷⁸⁴ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 445; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 278; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 35;

⁷⁸⁵ Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 118; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 261; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 448.

⁷⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 481.

⁷⁸⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 261; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 279; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 483.

tabi değildir⁷⁸⁸. Ayrıca aynı bir dava olması sebebiyle istihkak talebinin mülkiyet hakkından bağımsız olarak üçüncü kişiye devredilemeyeceği kabul edilir⁷⁸⁹. Taşınmazın mülkiyetinin devrini isteme hakkı ise üçüncü kişilere devredilebilir.

İstihkak davasının davacısı dolaysız zilyet olmayan malik veya sınırlı aynı hak sahipleridir⁷⁹⁰. Bu anlamda istihkak davası açıldığı anda davacının malik olması şarttır⁷⁹¹. Tescile zorlama davasının davacısı ise taşınmaz mülkiyetinin devrini isteme şahsi hak sahibidir.

İstihkak davasının davalısı malik olmayan dolaysız ve haksız zilyettir⁷⁹². Tescile zorlama davasının davalısı ise taşınmazın maliki veya aynı hakkın sahibidir.

Bir görüşe göre, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının dolaysız zilyet olan ve sicilde haksız olarak malik olarak görünen kişiye açılması halinde bu davanın istihkak davası olarak kabul edilir⁷⁹³.

İstihkak davası eda davası niteliğindedir⁷⁹⁴. Zira davada -şartlar gerçekleştiğinde-taşınmazın zilyetliğinin iade edilmesine hükmedilir⁷⁹⁵. Tescile zorlama davasının sonunda verilen karar ise inşâî niteliktedir. Bu kararlar davası mülkiyet/aynı hakkı tescilden önce kazanır.

İstihkak davasından ispat yükü kendisinde olan davacı mülkiyet hakkına sahip olduğunu ispat etmelidir⁷⁹⁶. Tescile zorlama davasında ise davacı, davalının malik olduğunu ve haksız olarak mülkiyetin kendine devretmediğini ispat eder.

Tescile zorlama davası ile istihkak davasının bir diğer farkı da istihkak davasına hem taşınırın hem taşınmazların konu olabilmesidir. Taşınır mülkiyetinin mahkeme kararıyla tescilden önce kazanılması mümkün değildir.

⁷⁸⁸ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), a.g.k., Art. 641, s. 52; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 34; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 483; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 279.

⁷⁸⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 264.

⁷⁹⁰ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 447; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 484; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 279; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 262; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 38.

⁷⁹¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 262.

⁷⁹² Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 447; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 39; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 262; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 279; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), a.g.k., s. 484.

⁷⁹³ Bkz. yuk. 2.4.1 s. 106.

⁷⁹⁴ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 32, 35; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 482; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 279; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 34; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 216, pr. 978.

⁷⁹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 483.

⁷⁹⁶ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 216, pr. 976; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, s. 447; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 263; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 279; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 486.

4.3. Miras sebebiyle istihkak davasıyla karşılaştırılması

Malum olduğu üzere miras bırakanın ölümüyle atanmış ve yasal mirasçılar mirası kendiliğinden ve bütün haliyle kazanır. Mirasçılar zilyetliğini kazanmadan evvel terekeye ait bir malı üçüncü kişi haksız olarak ele geçirmişse miras sebebiyle istihkak davası gündeme gelir. Örneğin miras bırakanın sağlığında sözleşme yaptığı kişinin -sözleşmenin sona ermesine rağmen- veya haksız olarak vasiyet alacaklısı olduğunu iddia eden kişinin malı iade etmemesi halinde durum böyledir⁷⁹⁷.

Bu halde atanmış veya yasal mirasçılar, terekenin tamamının/bir kısmının veya bir malın haksız zilyedi olan kişiye miras sebebiyle istihkak davası açabilir. Özetle miras sebebiyle istihkak davası doğrudan zilyet olmayan mirasçının haksız dolaysız zilyede açılan miras hukuku davasıdır (TMK md. 637)⁷⁹⁸. TMK'nın mirasçılara sırf mirasçı oldukları için tanınan bu külli nitelikteki dava mirasçılıktaki üstün hakka dayanan ve malın iadesini amaçlayan bir davadır⁷⁹⁹.

Miras sebebiyle istihkak davası, miras bırakandan mirasçılara geçen şahsi davalardan bağımsız, özel ve külli bir davadır⁸⁰⁰. Bu nedenle mirasçılar miras sebebiyle istihkak davası açmak yerine bu şahsi davaları da açabilirler⁸⁰¹. Bu anlamda seçimlik hakları vardır⁸⁰².

Tescile zorlama davası ile miras sebebiyle istihkak davasının amaçları birbirinden farklıdır. Miras sebebiyle istihkak davası mirasçılarının miras hakkını korumaya yönelik bir dava olup mirasçının dolaysız zilyetliği elde etmesini amaçlar⁸⁰³.

Miras sebebiyle istihkak davası eda davası niteliğindedir⁸⁰⁴. Davada davacılar terekenin tamamının/bir kısmının veya tereken içindeki malın kendilerine verilmesini

⁷⁹⁷ F. Eren (2012). Miras Sebebiyle İstihkak Davası. *Cevdet Yavuz'a Armağan*, ss. 1046; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 454.

⁷⁹⁸ Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1045; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 454.

⁷⁹⁹ Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 454; Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1047; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 519.

⁸⁰⁰ Kılıçoğlu, (2015), **a.g.k.**, s. 312; Serozan, R. ve Engin B. İ. (2015). *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. (5. Bası). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 140; Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1048.

⁸⁰¹ İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 519; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 454.

⁸⁰² Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1048.

⁸⁰³ İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 519; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 454; Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1049; Serozan, Engin, (2015), **a.g.k.**, s. 139; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 519.

⁸⁰⁴ Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Miras Hukuku*. (6. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi. s. 313; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 454; Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1049; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 520.

ister⁸⁰⁵. Dava sonunda verilen eda hükmüyle davalının malları davacıya zilyetlik kurallarına göre iade etmesine hükmedilir⁸⁰⁶.

Miras sebebiyle istihkak davası aynı davadır⁸⁰⁷. Bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilir. Tescile zorlama davası ise şahsi hakka dayanır.

Miras sebebiyle istihkak davasının davacısı terekeyi veya terekedeki malı elinde bulundurmeyen olmayan atanmış veya yasal mirasçısıdır⁸⁰⁸. Vasiyet alacaklıları bu davayı açamaz⁸⁰⁹. Bu davanın (adi) istihkak davasından farkı da yalnız mirasçıların davayı olabildiği ve külli nitelikte bir dava olmasıdır⁸¹⁰.

Bu davanın davalısıysa mirasçı olmayan haksız olarak malı elinde bulunduran kişidir⁸¹¹.

Bu davada davacı üstün miras hakkına sahip olduğunu, dava konusu malın terekeye dahil olduğunu ve dava konusunun haksız olarak davalının elinde bulunduğunu ispat eder⁸¹².

Miras sebebiyle istihkak davası, taşınır/taşınmaz mal, şahsi haklar ve fikri haklar için açılabilir⁸¹³.

TMK md. 639'a göre bu dava, davalının iyi niyetli olması halinde kişinin mirasçı olduğu öğrenmesinden bir yıl ve her halükârda mirasın/vasiyetnamenin açılmasından on yıl içinde açılmalıdır. Davalı kötü niyetli ise mirasın/vasiyetnamenin açılmasından yirmi yıl içinde açılmalıdır. Tartışmalı olmakla beraber bu sürelerin zamanaşımı niteliğinde olduğu kabul edilir⁸¹⁴.

⁸⁰⁵ Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1049.

⁸⁰⁶ Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1060.

⁸⁰⁷ İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 520; Kılıçoğlu, (2015), **a.g.k.**, s. 314; Serozan, Engin, (2015), **a.g.k.**, s. 139; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 455; Terekenin içinde aynı haklar dışında şahsi haklar, zilyetlik gibi unsurlar da olduğu için aynı dava olarak nitelendirilemeyeceği yönünde: Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1050.

⁸⁰⁸ Kılıçoğlu, (2015), **a.g.k.**, s. 313; İnan, A. N., Ertaş, Ş. ve Albaş, H. (2015). Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, s. 520; Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1054.

⁸⁰⁹ Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1054; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 457.

⁸¹⁰ Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 455; terekeye ait birden fazla mal davalıda bulunsa dahi bunlar miras sebebiyle istihkaka davasında tek tek talebe gerek olmaksızın birlikte talep edilir.

⁸¹¹ Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1055; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 523.

⁸¹² İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 524; Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1056, 1057; Serozan, Engin, (2015), **a.g.k.**, s. 140.

⁸¹³ Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 455.

⁸¹⁴ Eren, (2012), **a.g.k.**, ss. 1058; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 525.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TESCİLE ZORLAMA DAVASI AÇMAYA ESAS OLAN HUKUKİ SEBEPLER

1. Genel Olarak Hukukî Sebep Kavramı ve Tescile Zorlama Davası Açmaya Esas Olan Hukukî Sebeplerin Kaynakları

1.1. Genel olarak

TMK'nın "Tescili isteme hakkı" başlıklı 716. maddesine göre "Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir."⁸¹⁵. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla hükmen (inşaî) tescilden önce kazanılması için, "mülkiyetin kendi adına tescilini isteme kişisel hakkı veren bir hukukî sebep" in var olması gerekir.

Tescile zorlama davası açabilmek için taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına esas olan hukukî sebebe dayanmak gerekir (TMK md. 716). Zira alacaklı, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkinin haksız olarak ifa edilmemesi halinde tescile zorlama davası açıp taşınmazın mülkiyetini mahkemenin inşaî kararıyla tescilden önce kazanabilir. Eşdeyişle bu davanın teknik anlamda "dava sebebi", borçlunun taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkiden doğan borcunu haksız olarak ifa etmemesidir; yani tescil talebinde bulunmamasıdır⁸¹⁶.

Hukukî sebep şekli açıdan tescilin yapılmasının kanıtı ve dayanağıdır; maddi açıdan ise taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran taahhüt işlemidir⁸¹⁷.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişki; borçlusuna tescil talebinde bulunma yükümlülüğü yükler, alacaklısına ise tescili isteme hakkı verir⁸¹⁸. Madde başlığı ve lafzından da anlaşılacağı üzere burada, tescili isteme alacak hakkı doğar. Bu hak kişisel

⁸¹⁵ ZGB Art. 665: Recht auf Eintragung „Der Erwerbsgrund gibt dem Erwerber gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf Eintragung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums.“

⁸¹⁶ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 495 vd.; A. F. Liechi (2017): *Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten*, Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Band/Nr. 20. Stämpfli Verlag AG, s. 46, dpnt. 234.

⁸¹⁷ Liechi, (2017), **a.g.k.**, s. 41.

⁸¹⁸ Schmid, J. ve Hürlimann-Kaup, B. (2017). *Sachenrecht*. 5. Auflage. Zürich, Basel Genf, s. 171; F. Hitz (2016). Art. 656, 665 ZGB, BREITSCHMID, B./RUMO-JUNGO, A. (Hrsg.): *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht*, Art. 641-977 ZGB, 3. Aufl., Zürich, Art. 665, s. 163; Rey (2007). **a.g.k.**, s. 341; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 463; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, s. 208.

hak niteliğindedir⁸¹⁹. Nitekim TMK md. 716'ya karşılık gelen ZGB Art. 665 metninde de kişisel hak (*persönlicher Anspruch*⁸²⁰) ifadesi kullanılmıştır. İşte bu alacak hakkı borçlunun haksız olarak tescilden kaçınması halinde, tescile zorlama davası (TMK md. 716) marifetiyle kullanılır⁸²¹. Kanun taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran taahhüt işleminin haksız olarak ifa edilmemesi halinde, doğrudan mahkeme kararıyla mülkiyetin kazanılmasını talep hakkı vermiştir⁸²².

Taşınmaz mülkiyetini devri borcu doğuran sözleşmenin, herhangi sebeple sakat olmaması gerekir⁸²³. Geçersiz bir sözleşmeye dayanarak, mülkiyetin mahkeme kararıyla kazanılması talep edilemez (TBK 27).

Taşınmaz mülkiyetini kazanım sebebi, mülkiyet hakkının devrini isteme hakkı doğuran taahhüt işlemidir «*iusta causa traditionis*»⁸²⁴. Bahsedilen hukukî sebep, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması için gereken kazanma sebebidir.

TMK md. 716'nin lafzında sözleşme değil “*hukukî sebep (Erwerbsgrund)*” ifadesi kullanılmıştır. Hangi sebeplerin tescile esas teşkil edeceği de kanunda açıkça öngörülmemiştir⁸²⁵. Taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran fakat tescilden önce mülkiyet veya ayni hak kazandırmayan bütün hukukî ilişkiler, tescile zorlama davasına esas teşkil edebilir⁸²⁶. Başka bir ifadeyle, tescilin kurucu nitelikte olduğu taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran her ilişki, tescile zorlama davasının hukukî sebebi olabilir⁸²⁷. Bu anlamda tescile zorlama davasının çeşitli açılardan sınıflandırılabilir çok sayıda hukukî sebebi vardır⁸²⁸. Önemli olan herhangi bir borç kaynağından doğan taşınmazın tescilini isteme alacak hakkının var olmasıdır⁸²⁹.

⁸¹⁹ Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 41, dpnt. 203; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 341; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 137.

⁸²⁰ Aslında “*Anspruch*” kavramının Türkçe karşılığı “*talep*”tir. Talep hakkı geniş anlamda bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını isteme yetkisidir. Talep ile alacak hakkı kavramları arasındaki ilişki -eş anlamlı olup olmadıkları tartışmalı olmakta birlikte, alacak hakkının muaccel olmasıyla talep hakkının doğacağı kabul edilir. Kocayusufpaşaoğlu, N. (2014). *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı - Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt). (6.Baskı)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 43; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 15.

⁸²¹ Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 374; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 463; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 341.

⁸²² Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 349; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 135, 136.

⁸²³ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 5; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 349; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 149.

⁸²⁴ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 463.

⁸²⁵ C. Yavuz (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Baskı)*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 1209; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 358.

⁸²⁶ Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 149.

⁸²⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323 ve 354; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 252.

⁸²⁸ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 115 vd.

⁸²⁹ Serozan, (2007a), **a.g.k.**, s. 109.

Tescile zorlama davasının ihtimallere göre sözleşme, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, vekaletsiz iş görme⁸³⁰ veya alacak hakkının doğduğu kanun hükümlerine göre açılması mümkündür. Hukukî sonuçlarını meydana getirdikleri ana göre sınıflandırıldığında ise kazanma sebebi, sağlararası bir işlem olabileceği gibi ölüme bağlı bir tasarruf da olabilir.

Tescile zorlama davası açmaya esas olan borç ilişkisi, kaynaklandığı hukuk alanı açısından da zenginlik gösterir. Çoğunlukla borçlar hukukundan doğsa da taşınmaz mülkiyetinin devredilmesine ilişkin alacak hakkı, aile hukukundan, eşya hukukundan, miras hukukundan, tüketici hukukundan⁸³¹, ticaret hukukundan⁸³², icra iflas hukukundan, idare hukukundan doğabilir.

Tescile zorlama davasına esas olan hukukî sebepler genellikle; taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, alım-önalım-geri alım hakkının kullanılması, bağışlama sözü verilmesi, ihtiyari açık artırma, iflas sürecinde pazarlıkla satışır⁸³³.

1.2. Tescile zorlama davası açmaya esas olan hukukî sebeplerin kaynakları

1.2.1. Hukukî işlem

1.2.1.1. Tek taraflı işlem

Tescile zorlama davasına esas olan hukukî sebep; önalım, alım, geri alım haklarının kullanılmasında karşılaşıldığı üzere yenilik doğuran hak kullanımından doğabileceği gibi vasiyetname ve ilan yoluyla ödül sözü verme gibi diğer tek taraflı hukukî işlem de olabilir⁸³⁴.

Önalım hakkı kanundan veya sözleşmeden doğabilir (TMK md. 732 vd.). Sözleşmesel önalım hakkında taşınmaz mülkiyetinin kısıtlaması, yasal önalım hakkından

⁸³⁰ Tescile zorlama davası vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak da açılabilir. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 716.).

⁸³¹ Bkz. aşa. Üçüncü Böl. 1.2.1.2.2. s. 119 vd.

⁸³² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 201, dpnt. 613; gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmeyle (TTK 1014 vd.) rehinin gemi siciline tescili kurucudur. Bir görüşe göre sicilde geminin maliki olarak görünen kişi ipotek sözleşmesine aykırı olarak tescili yapmaktan kaçınırsa alacaklı rehin sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davası (TMK md. 716) açabilir. Bkz. Uyumaz, A. (2017). Medeni Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt XXI, Sayı 4, s. 68, dpnt. 63; adi ortaklığın feshi sonucu tasfiyesinde dahi tescile zorlama davası açıldığı görülür. Ayan, (2016), **a.g.k.**, s. 223; ayrıca şirkete sermaye payı olarak taşınmaz konulması ve ticarî işletmenin devrindeki durum için bkz. yuk. Birinci Böl. 2.3.2.5. s. 43 vd.

⁸³³ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 4.

⁸³⁴ Tuor, Schnyder, Schmid, (1995), **a.g.k.**, s. 679; F. Eren (2015). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (2. Basım). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 220, 223, 225; Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 153, 364.

farklı olarak taraf iradelerinden doğar⁸³⁵. Önalım hakkının sözleşmeden doğması halinde hak sahibi, önalım olayının⁸³⁶ gerçekleşmesi üzerine borçludan taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir⁸³⁷. Hem yasal hem sözleşmesel önalım hakkı taşınmazın malikine ve külli haleflerine karşı sadece dava yoluyla ileri sürülebilir (TMK md. 734, TMK md. 735/III, TBK md. 242)⁸³⁸. Sadece dava yoluyla ileri sürülebilir olma, önalım hakkının karakteristik özelliklerindedir. Nitekim kural olarak yenilik doğuran hakların kullanılması için tek taraflı irade beyanı yeterlidir. Hak sahibinin dava açması gerekmez⁸³⁹.

Önalım hakkını kullanmak için açılan dava tescile zorlama davası niteliğindedir⁸⁴⁰. Önalım hakkı sahibi tescile zorlama davası açarak bir taraftan önalım hakkını kullanır; diğer taraftan bu hakkın kullanılmasıyla kurulan satış sözleşmesinin ifasını talep eder⁸⁴¹. Önalım hakkının kullanılması için gereken şartlar oluşmuşsa mahkeme TMK md. 716 uyarınca mülkiyet hakkının önalım hakkı sahibine geçtiğine hükmeder⁸⁴².

Sözleşmesel önalım hakkı tapuya şerh edilebilir (TMK md. 1009). Tapuya şerh edilmekle, hak taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazanan üçüncü kişilere de ileri sürülebilir hale gelir⁸⁴³. Örneğin taşınmazın üçüncü kişiye satılmasıyla önalım hakkı sahibi önalım hakkını tescile zorlama davası açarak kullanır (TMK md. 734, TBK md. 237/III)⁸⁴⁴. Böylece satış ilişkisi kurulmuş olur ve mahkemenin bu yönde verdiği kararlar birlikte taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılır⁸⁴⁵. Sözleşmesel alım ve geri alım hakkında da benzer durum söz konusudur.

⁸³⁵ Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 199.

⁸³⁶ Yargıtay'ın satış vaadine, satış sözleşmesi gibi muamele etmesi nedeniyle, üçüncü kişiyle satış vaadi sözleşmesinin yapılmasının da önalım olayı olduğu kabul edilir. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 423, 424; detaylı bilgi için bkz. bu yönde: Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 203 vd.

⁸³⁷ Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 153; Pfäffli, R./Wermelinger, A. (2017). Grundstückkauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufsrecht und Rückkaufsrecht. Schweizerische Juristen-Zeitung 113. ss. 517; Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 198; önalım hakkının paylı mülkiyetteki pay için söz konusu olduğu hallerde detaylı bilgi için bkz. Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 370.

⁸³⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 429.

⁸³⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 429.

⁸⁴⁰ Uygulamada önalım hakkını kullanmak için açılan davaya önalım davası denmektedir. Bu davanın TMK md. 716 anlamında tescile zorlama davası olduğu yönünde: Önen, E. (1981). *İnşai Dava*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 89; bu yönde Yarg. İBK., 11.02.1959, E. 10/12; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 429, 430.

⁸⁴¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 429, 430.

⁸⁴² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 430.

⁸⁴³ Pfäffli, Wermelinger, (2017), **a.g.k.**, ss. 517; Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 153, 365.

⁸⁴⁴ BGE 85 II 474; Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 153, 364; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 83; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 430.

⁸⁴⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 430.

Hak sahibi alım hakkı sözleşmesiyle tek taraflı bir beyanda bulunarak malın alıcısı olma yenilik doğuran hakkını elde eder⁸⁴⁶. Geri alım sözleşmesinde tanınan geri alım hakkı ise daha önce taşınmazını devretmiş kişiye, taşınmazı tek taraflı irade beyanıyla tekrar satın alma yetkisi verir⁸⁴⁷. Hak sahibinin alım veya geri alım yenilik doğuran hakkını kullanmasıyla satış sözleşmesi kurulmuş olur (TBK md. 237/I, II)⁸⁴⁸. Alım veya geri alım hakkı sahibinin talebine rağmen; borçlu alım hakkı sahibi adına tapu müdürlüğünde tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa hak sahibi tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 716)⁸⁴⁹. Ancak nihayetinde bu haklar nispi niteliktedir. Bu yüzden taşınmazın malikini bir üçüncü kişinin kazanması halinde, bu kişiye tescile zorlama davası açılması ancak bu hakkın şerh verilmiş olması halinde mümkündür⁸⁵⁰.

İlan yoluyla ödül sözü verme (TBK md. 9) de tescile zorlama davasına esas teşkil edebilir⁸⁵¹. Nitekim tek taraflı hukukî işlem niteliğinde olan ilan yoluyla ödül sözü vermede, belli bir edim yerine getirildiğinde ödül vermek taahhüt edilir⁸⁵². Bu ödül taşınmaz mülkiyetini devretmek de olabilir⁸⁵³. Ödülün taahhüt edildiği edim gerçekleştirilince ödül sözü veren kişinin taşınmaz satış sözleşmesini kurup tapu müdürlüğünde alacaklı adına tescil talebinde bulunması gerekir. Ödül borçlusu bundan haksız olarak kaçınırsa, alacaklı TMK md. 716'ya dayanarak tescile zorlama davası açabilir.

Taşınmaz mülkiyetinin devrinin vasiyet edildiği vasiyetnamede, vasiyet alacaklısı taşınmazın mülkiyetini ancak tescille kazanabilir⁸⁵⁴. Bu durumda vasiyet alacaklısının,

⁸⁴⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 417, 418.

⁸⁴⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 418.

⁸⁴⁸ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 460, 463; Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 251; Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 220, 223; alım hakkına uygulamada az rastlanır. Yargıtay kararlarına konu olma sayısı da azdır.

⁸⁴⁹ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 394, pr. 1756, s. 395, pr. 1759; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 463; Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 220; E. S. Özmen ve G. S. Aydın (2014). Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası / Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası). *İstanbul Barosu Dergisi*. Cilt 88, Sayı 6, s. 189; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 406, 407, 408.

⁸⁵⁰ Gümüş, M. A. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I. (3. Baskı)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 141; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 189; Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 221; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 419.

⁸⁵¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 474; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 656; ilan yoluyla ödül sözü vermenin temelde iki türü vardır: açık ödül sözü verme ve ödüllü yarışma. Detaylı bilgi için bkz. Eren, (2017), **a.g.k.**, s. 478 vd.; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 209 vd.

⁸⁵² F. Eren (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (21. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 478.

⁸⁵³ P. Gauch, W. R. Schluep, R. Heinz, J. Schmid. ve S. Emmenegger (2014a). *Schweizerisches Obligationenrecht Band I: Allgemeiner Teil*. (10. Auflage), Schulthess Juristische Medien AG., s. 242; Eren, (2017), **a.g.k.**, s. 482; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 210.

⁸⁵⁴ B. Öztan (2014). *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*. (6. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 314; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 228; Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Miras Hukuku*. (6. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 26; Serozan, R. ve Engin B. İ. (2015). *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 512; taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran ölüme bağlı tasarruflardan resmî vasiyetname sulh hâkimi, noter veya kanunla yetkilendirilmiş diğer görevli (MK md. 532, 545) tarafından düzenlenir.

mirasçılardan tescili isteme talep hakkı vardır. Tescilin yapılmasını istemeye mirasçılar yetkilidir. Mirasçılar tescili yapmaktan kaçınırsa vasiyet alacaklısı tescile zorlama davası açarak (TMK md. 716) taşınmaz mülkiyetinin kendisine hükmen geçirilmesini isteyebilir⁸⁵⁵. Sözlü vasiyet (TMK md. 539) ve el yazılı vasiyetname de (TMK md. 538) taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurabilir⁸⁵⁶.

Benzer şekilde belirlenen şartın gerçekleşmesi veya vadenin gelmesi halinde artvasiyet alacaklısının taşınmazın mülkiyetini talep etme şahsi hakkı olduğu kabul edilir (TMK md. 521/III)⁸⁵⁷. Bu anlamda taşınmazın vasiyet edildiği artvasiyet alacaklısı, önvasiyet alacaklısının mülkiyeti devretmekten haksız olarak kaçınması halinde tescile zorlama davası açabilir (TMK md.716)⁸⁵⁸.

1.2.1.2. Sözleşme

1.2.1.2.1. Genel olarak

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sebep çoğu zaman sözleşmedir⁸⁵⁹. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme borçlar, miras, icra, eşya, ticaret, tüketici hukuku alanlarından doğabilir. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran bir sözleşmenin alacaklısı, borçlusundan tescilin yapılmasını isteme talep hakkına sahiptir. Bu hak hukukî niteliği itibariyle şahsi haktır. Alacaklının bu yöndeki talebine rağmen, borçlunun tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması halinde, alacaklı TMK md. 716'ya dayanarak tescile zorlama davası açabilir. Tescile zorlama davasına esas olan sözleşme, isimli bir sözleşme olabileceği gibi, isimsiz bir sözleşme de olabilir⁸⁶⁰.

Taşınmaz mülkiyetini devretme, ceza koşulu olarak da kararlaştırılabilir. Çünkü sözleşenler, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesin hali için ekonomik değeri olan

⁸⁵⁵ Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 124; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 228; Serozan, R. ve Engin B. İ. (2015). *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 516.

⁸⁵⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 359; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323.

⁸⁵⁷ Hrubesch-Millauer, S. (2016). Breitschmid, B./Rumo-Jungo, A. (Hrsg.): *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht*, Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., Zürich, Art. 488, s. 80; Art. 491, s. 89; Aydın, G. S. (2019). Artmirasçı Atamada Önmirasçının Taşınmazlara İlişkin Yaptığı Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği Sorunu. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Cilt 25. Sayı 1. ss. 306.

⁸⁵⁸ Aydın, (2019), **a.g.k.**, ss. 307.

⁸⁵⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323., Akıntürk, (2009), **a.g.k.**, 463; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 358; taşınmaz satış vaadi, mahkeme dışı sulh sözleşmeleri, bağışlama, ölünceye kadar bakma, mal değişim sözleşmeleri örnek gösterilebilir. Bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 323 vd.

⁸⁶⁰ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 207; 14. HD 2014/5853 E., 2014/14197 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

her türlü edimi ceza koşulu olarak koyabilirler⁸⁶¹. Ceza koşulu olarak belli bir taşınmazın devrinin kararlaştırıldığı hallerde, ceza koşulunun bağlı olduğu sözleşme ihlali gerçekleşmesine rağmen borçlu tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, alacaklı tescile zorlama davası açabilir. Bu durum hem ifa yerine hem de ifayla beraber istenebilecek ceza koşulu kararlaştırılması halinde geçerlidir.

Soyut borç tanınması (TBK md. 18), borcun sebebi gösterilmeksizin borçlu olduğunu beyan etmektir⁸⁶². Soyut borç tanınmasının hukukî nitelik olarak tek tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu kabul edilir⁸⁶³. Soyut borç tanınmasının taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması için hukukî sebep olup olamayacağı yani tescile zorlama davasına esas olup olamayacağı oldukça tartışmalıdır⁸⁶⁴. Taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin soyut borç tanınmasının yapılabileceği kabul edildiğinde taraflar yaptıkları resmî sözleşmede⁸⁶⁵ borçlunun taşınmazı devretme borcu altına girdiğini, bu borcun sebebini göstermeksizin kararlaştırabilirler. Alacaklı doğrudan bu soyut borç tanınmasına dayanarak taşınmazın devredilmesini isteyebilir⁸⁶⁶. Vaat borçlusu, alacaklı adına tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, alacaklı tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 716).

1.2.1.2.2. İsimli sözleşmeler

Tescile zorlama davasına esas olan başlıca isimli sözleşmeler; satış, bağış, mal değişim, miras paylaşma, ölünceye kadar bakma, bağışlama sözü verme⁸⁶⁷ ve vekalet sözleşmesidir⁸⁶⁸.

⁸⁶¹ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 522; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 341, 342; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1206.

⁸⁶² Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 120; Eren, (2017), **a.g.k.**, s. 478; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 213, 214; T. Esener ve F. Gündoğdu (2017). *Borçlar Hukuku I.* (7. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 204, 205; Antalya, O. G. (2015a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I.* (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 370 vd.

⁸⁶² Eren, (2017), **a.g.k.**, s. 192.

⁸⁶³ Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 18; Eren, (2017), **a.g.k.**, s. 193.

⁸⁶⁴ Karlı, Ö. (2007). Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması (Mücerret Borç İkrarı) BK. mad. 17. *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, s. 60; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 324; tescille kazanmaya esas olabileceği yönünde: Sungurbey, İ. (1957). *Borç İkrarı ve Borç Vaadi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s. 36 vd.; diğer görüşler: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 358. Hukukî sebep olamayacağı yönünde: Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 656; Karlı, (2007), **a.g.k.**, s. 60 vd.

⁸⁶⁵ Bu sözleşmenin hangi şekilde yapılması gerektiği tartışmalıdır. Bkz. Eren, (2017), **a.g.k.**, s. 193, 194.

⁸⁶⁶ Eren, (2017), **a.g.k.**, s. 194; Kocayusufpaşaoğlu, N. (2014). *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı - Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt)*. (6.Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 120; böyle bir davada hukukî sebebin geçersiz olduğunu ispat borçluya düşer.

⁸⁶⁷ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 296.

⁸⁶⁸ Kernen, A. (2016). Art. 656 ZGB, Orell Füssli ZGB Kommentar: Kostkiewicz, J. K./Nobel, P./Wolf, S./AMSTUTZ, M./FRANKHAUSER, R. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG, s. 1274; Akıntürk, (2009), **a.g.k.**,463; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 316, pr. 1397; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 346; Koller, A. (2017b). Erfüllung

Taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına rağmen satıcı tapu müdürlüğünde tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırsa alıcı tescile zorlama davası açabilir⁸⁶⁹. Aynı durum taşınmaz satışının bir türü olan ön ödemeli konut satış sözleşmesi için de geçerlidir (TKHK md. 40-46)⁸⁷⁰. Fakat bu halde uyumsuzluk, bir tüketici uyumsuzluğudur.

Satış sözleşmelerindeki özel durum nedeniyle uygulamada -teorik olarak doğru olmadığı halde- satış sözleşmesinden tescile zorlama davası doğmaz⁸⁷¹; onun yerini satış vaadi sözleşmesi alır. Benzer durum sınırlı aynı hakların kurulmasına ilişkin sözleşmelerde de söz konusudur⁸⁷². Tapu sicili uygulamasında bu sözleşmelerde de tescili sonraya bırakmak yani şarta veya vadeye bağlı sözleşme yapmak mümkün olmamaktadır⁸⁷³. Bu yüzden uygulamada noterlerde irtifak kurma vaadi sözleşmesi yapılmaktadır. Mahkemeler de TMK md. 716'yı uygulayarak -taşınmaz satış vaadinde olduğu gibi- aynı davada sınırlı aynı hakkın kazanılmasına hükmetmektedir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayılması halinde, iadenin hangi hükümlere tabi olduğu tartışmalıdır (TKHK md. 43/III)⁸⁷⁴. Bir görüşe göre taşınmaz tüketiciye devredildikten sonra sözleşmeden cayılmışsa tüketici, taşınmazı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre satıcıya iade ile yükümlüdür⁸⁷⁵. Tüketici haksız olarak satıcı adına tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa satıcı tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 716)⁸⁷⁶. Diğer görüşe göre ise ön ödemeli taşınmaz satış sözleşmesinden cayılması, aynı etkilidir⁸⁷⁷. Bu nedenle bu sözleşmeden cayıldığında tüketici adına yapılmış tescil yolsuz

des Grundstückskaufvertrags und deren Sicherung, insbesondere in sachenrechtlicher Hinsicht. 3. Auflage, Staempfli Verlag, Bern, s. 296, 297.

⁸⁶⁹ Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 242.

⁸⁷⁰ Detaylı bilgi için bkz. Akipek Öcal, Ş. ve Öcal, L. (2019). Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Cilt 6. Sayı 1. s. 278 vd; Çabri, S., (2015). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri. 4. Tüketici Hukuku Kongresi 20 21 22 Kasım İstanbul 2015. 4. *Tüketici Hukuku Kongresi*, ss. 222 vd.; Ayan, S. (2019). Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt XXIII, Sayı. 3, s. 63 vd.

⁸⁷¹ Bkz. yuk. Birinci Böl. 3.3.2., s. 54 vd.; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 88.

⁸⁷² Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 187.

⁸⁷³ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 187.; Akipek Öcal, Ş. ve Öcal, L. (2019), **a.g.k.**, s. 289; Ayan, (2019), **a.g.k.**, s. 56 vd.

⁸⁷⁵ Cayma hakkının, aynı hakkın niteliğine aykırı olduğu gerekçesiyle tüketicinin mülkiyeti kazanmış olduğu hallerde uygulanamayacağı görüşü için bkz. Akipek Öcal, Ş. ve Öcal, L. (2019), **a.g.k.**, s. 289.

⁸⁷⁶ Bu yönde: Çabri, (2015), **a.g.k.**, ss. 226., Özmen, S. ve Vardar Hamamcıoğlu, G. (2016). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 105.

⁸⁷⁷ Bu yönde: Gümüş, M. A. (2014b). *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C.1*, Madde 1-46. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 271; Atamer, Y. M. (2016). *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 240; Ayan, (2019), **a.g.k.**, s. 82.

olur ve tüketiciye mülkiyeti kazandırmaz. Satıcı bu ihtimalde tescile zorlama davası değil; mülkiyet hakkına dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açar⁸⁷⁸.

Taşınmaz satış sözleşmesinin geciktirici şarta bağlı olarak akdedilmesi mümkündür. Bu halde şart gerçekleşmedikçe sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmadığından, borçludan tescil talebinde bulunması talep edilemez⁸⁷⁹. Geciktirici şartın gerçekleşmesine rağmen satıcı tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırsa, alıcı TMK md. 716'ya dayanarak tescile zorlama davası açabilir⁸⁸⁰. Geciktirici şarta ilişkin TBK md. 243/I hükmü taşınmaz yükü ve irtifak haklarına da kıyasen uygulanır⁸⁸¹.

Taşınmazın isteğe bağlı açık artırmayla satışı, satış türlerinden biridir (TBK md. 275/I). TBK md. 279/I'de de isteğe bağlı açık artırmalarda mülkiyetin kazanılması bakımından taşınır ile taşınmaz ayrımı yapılmıştır. Maddeye göre açık artırmada taşınır satın alan kişi bu malın mülkiyetini ihale anında kazanır. Ancak aynı maddeye göre, açık artırmadan alınan taşınmazın mülkiyeti ise ancak tapu siciline tescille kazanılır⁸⁸². Bu anlamda artırmada taşınmaz alan kişinin tescili isteme hakkı doğar (TBK md. 274). Alıcı taşınmazı (isteğe bağlı) açık artırmada satın almasına rağmen taşınmaz maliki tescilden kaçınırsa, alıcı TMK md. 716'ya dayanarak tescile zorlama davası açabilir⁸⁸³. *Tandoğan*'a göre bu yola, açık artırma memurunun tescilin yapılması için tutanağı tapuya göndermemesi halinde başvurulur⁸⁸⁴.

İflas masasındaki taşınmazın pazarlık usulüyle paraya çevrilmesinde mülkiyetin tescille mi tescilden önce mi kazanıldığı tartışmalı olmakla beraber -açık artırma ile paraya çevirmeden farklı olarak⁸⁸⁵- taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılacağı hâkim görüştür⁸⁸⁶. İflas masasının, resmî senede rağmen alıcı adına tescil isteminde

⁸⁷⁸ Ayan, (2019), **a.g.k.**, s. 82.

⁸⁷⁹ Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 225.

⁸⁸⁰ Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 225.

⁸⁸¹ Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 225.

⁸⁸² Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 345; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 328.

⁸⁸³ Kernen, (2016), **a.g.k.**, s. 1274; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 328; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 124; Liechti, (2017), **a.g.k.**, s. 202, dpnt. 1189; benzer şekilde, Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan ihalede taşınmaz alan kişinin tescili talep hakkının olduğu kabul edilir. Bkz. Yarg. HGK. 28.04.2004, K. 14-234/239.

⁸⁸⁴ Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 328.

⁸⁸⁵ İflas masasındaki taşınmazın cebri icra ile satışında ilan sürecinin olması kamuya açıklık sağlar. Ancak aynı durum pazarlıkla satış için söz konusu değildir. Detaylar için bkz. S. Özmumcu, (2004). Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış. *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, s. 159.

⁸⁸⁶ Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 346; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355, 356; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 404; Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 4; Özmumcu, (2004), **a.g.k.**, s. 159; Meier-Hayoz, (1974), **a.g.k.**, Art. 656, N. 102; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 251; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 404; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 345, 346; hatta kimi yazarlar taşınmazın pazarlıkla satılmasında resmî senet

bulunmaktan kaçınması halinde alıcı TMK md. 716'ya dayanarak tescile zorlama davası açabilir. Bu, tescile zorlama davasının icra iflas hukukundan doğmasına bir örnektir. Bu davada genel mahkemeler görevlidir.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran tipik isimli sözleşmelerden olan bağışlama⁸⁸⁷ (TBK md. 285-298) ve mal değişim sözleşmelerinde (TBK md. 282-284) alacaklı taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme alacak hakkına sahiptir. Alacaklının bu yönde talepte bulunmasına rağmen, mülkiyeti devir borçlusu haksız olarak alacaklı adına tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, alacaklı tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 716).

Kanun, bağışlayana kanundaki şartların⁸⁸⁸ gerçekleşmesi halinde, geri alma sebebini öğrenmesinden bir yıl içinde kullanabileceği bağışlamayı geri alma hakkı vermiştir (TBK md. 295-297). Bağış sözleşmesinde bağışlayanın haklı olarak sözleşmeden dönmesi halinde iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olur (TBK md. 244)⁸⁸⁹. Bağışlamanın konusunun taşınmaz olduğu hallerde, iade talebi tescile zorlama davasına dayanır⁸⁹⁰. Burada hukukî sebebın sonradan ortadan kalkması türünde bir sebepsiz zenginleşme söz konusudur⁸⁹¹. Ayrıca dönme koşullu bağışlama sözleşmesinde, bozucu koşulun gerçekleştiğinde taşınmaz mülkiyetin otomatik olarak bağışlayana dönmeyeceği ve bağışlayanın tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak imtina etmesi halinde bağışlayanın taşınmazın iadesinin tescile zorlama davası ile sağlayabileceği kabul edilir⁸⁹².

Vekalet sözleşmesi de taşınmaz mülkiyetine esas teşkil edebilir⁸⁹³. Vekalet sözleşmesinin taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurması özellikle vekilin edindiklerini müvekkile devretmesinde gündeme gelir (TMK md. 508)⁸⁹⁴. Dolaylı temsil yetkisini barındıran vekalet sözleşmesine göre edindiği taşınmazın mülkiyetini, vekil olunan lehine

⁸⁸⁷ BGE 115 II 221.

⁸⁸⁸ Örneğin, bağışlananın bağışlayan veya yakınlarına ağır suç işlemesi durumu. Bu şartlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 364 vd.; Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 297 vd.

⁸⁸⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 428; Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 364;

⁸⁹⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 428.

⁸⁹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 428.

⁸⁹² Özmen, S. ve Ürem, M. (2016). Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Şerhinin Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi (İzale-İ Şuyu) Davasına İlişkin Sonuçları ve Paya Bağlı İntifa Hakkına Dayalı Olumsuzluklardan Ders Alınmayışı Üzerine Düşünceler. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 11, Sayı 145-146, ss. 269 vd.

⁸⁹³ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 463; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 441; Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 1209; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 388; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 341.

⁸⁹⁴ Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 1209; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 444;

tescil talebinde bulunmaması halinde vekil olunan TMK md. 716'ya dayanarak tescile zorlama davası açabilir⁸⁹⁵. İFM ve Yargıtay da taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran vekalet sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davası açılabileceğini kabul etmektedir⁸⁹⁶. Benzer şekilde dolaylı temsilcinin, temsil olunan hesabına taşınmaz mülkiyeti edinmesi halinde, tapu sicilindeki dolaylı temsilci adına yapılmış tescil yolsuz değildir⁸⁹⁷. Vekile, vekil olunan adına taşınmaz edinme borcu yükleyen vekalet sözleşmesi (doğrudan temsil içeren vekalet) TBK'ya göre şekle tabi değildir⁸⁹⁸. Zira taşınmazın devredilmesi, vekalet sözleşmesinin değil; vekilin üçüncü kişi ile yapacağı sözleşmenin konusudur⁸⁹⁹. Bahsi geçen vekalet sözleşmesinin konusu, hizmetin yerine getirilmesi taahhüdüdür⁹⁰⁰. Benzer şekilde vekile, kendi adına ve vekalet veren hesabına taşınmaz edinip bunu vekalet verene devretme borcu yükleyen vekalet sözleşmesi de (dolaylı temsil içeren vekalet) resmî şekle tabi değildir⁹⁰¹.

Adi ortaklıkta yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler kural olarak vekalet sözleşmesi hükümlerine tabidir (TBK md. 630/I). Örneğin adi ortaklıkta yönetici ortak, ortaklık amacını yerine getirmek üzere ortaklıktan toplanan parayla taşınmaz edindiğinde, kendi adına taşınmaz edinen yöneticinin, vekalet sözleşmesine göre (TBK md. 508) taşınmazı diğer ortaklara devretme borcu vardır⁹⁰². Yönetici ortağın bu borcunu yerine getirmemesi halinde ortaklar tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 716)⁹⁰³. Bu ihtimalde yönetici ortak (vekil) ile diğer ortaklar (vekalet veren) arasında dolaylı temsil ilişkisi vardır⁹⁰⁴. Taşınmazın diğer ortaklara devri için resmî taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması da gerekmez⁹⁰⁵.

⁸⁹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 441; Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 1209, 1210; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 463.

⁸⁹⁶ JdT 19391 71; JdT 1940 I 496. (Kararlar, Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 1210'dan naklen).

⁸⁹⁷ Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 1275; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 444.

⁸⁹⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 342; taşınmaz edinme borcu için vekilin Noterlik Kanunu'na göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içerir vekâletnameye sahip olması gerekir. Tapu işlemi için düzenlenecek vekâletnamelerde, vekâlet verenin imzasının bulunması zorunludur (TST 18/IV).

⁸⁹⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 327.

⁹⁰⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 660; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 327.

⁹⁰¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 660; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 327.

⁹⁰² Girgin, Ö. A. (2019). *Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk*. (2. Baskı). İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, s. 71.

⁹⁰³ Girgin, (2019), **a.g.k.**, s. 71.

⁹⁰⁴ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328; Girgin, (2019), **a.g.k.**, s. 70 vd.

⁹⁰⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 663 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 365; Yarg. 1. HD. 22.01.1974, K. 11654/266 /YKD 1975/1, 46).

1.2.1.2.3. İsimli sözleşmeler

İfa edilmemesi halinde tescile zorlama davası açılan isimli sözleşmelere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, namı müstear, sulh sözleşmesi ve inançlı işlem⁹⁰⁶ örnek gösterilebilir.

İnançlı işlem, tarafların anlaştığı amaç ve süre için taşınmaz mülkiyetinin inanılana devredildiği ve sözleşmede belirlenen şartların gerçekleşmesiyle inanılanın taşınmazın iadesini inanana borçlandığı hukukî işlemdir⁹⁰⁷. Temel olarak inançlı işlem iki şekilde gerçekleşir⁹⁰⁸. Taşınmaz inanılana iş görme/yönetme veya alacağı güvence altına almak için devredilir⁹⁰⁹. İlkine saf inançlı işlem⁹¹⁰; ikincisine karma inançlı işlem denir⁹¹¹. İnanılana mülkiyeti devredilen taşınmazın nasıl kullanılacağına, hangi durumda iade borcunun doğacağına yani temeldeki hak ve borçların belirlendiği sözleşmeye inanç sözleşmesi denir⁹¹². İnanç sözleşmesinde inananın inanılana, sözleşmeye göre taşınmaz mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkı vardır⁹¹³. Örneğin karma inançlı sözleşmede güvence altına alınan borç ödendiğinde, inanılanın taşınmaz mülkiyetini inanana devretmesi gerekir. İnanılan haksız olarak bu devirden kaçınırsa inanan, tescile zorlama davası açabilir⁹¹⁴. Uygulamada tapu müdürlükleri inanç sözleşmesi düzenlemekten imtina etmektedir. Çünkü Yargıtay, hatalı olarak borcun ödenmemesi halinde inanılanın taşınmazın geri devretme borcunu “koşul” olarak yorumlamakta ve bu sözleşmeleri tescil talebinin şarta bağlanamayacağı kuralına aykırılık olarak kabul etmektedir (TST md. 16/II)⁹¹⁵. Bu nedenle kişiler inanç

⁹⁰⁶ İnançlı işlem teorik olarak tartışmalı konulardandır. Detaylar için bkz. Güvenç, Ö. (2014). *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 149 vd.

⁹⁰⁷ Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*. (5. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 543; Yavuz, (2001), **a.g.k.**, s. 66, 67; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 380; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 229; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 338; Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 365; Ö. Güvenç (2014). *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*. Ankara: Yetkin Yayınları., s. 36; taşınmazlar da inançlı işleme konu olabilirler, ancak bu konumuzun dışındadır.

⁹⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 366; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 230; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 380..

⁹⁰⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 338, 339; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 380.

⁹¹⁰ Fabrikanın bulunduğu arazinin yönetim için devredilmesi saf inançlı işleme örnektir. Saf inançlı işleme uygulamada nadir rastlanır. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 338.

⁹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 365; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 338, 339.

⁹¹² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 338; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 231; Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 365; kendine özgü hukukî nitelikte olan saf inanç sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanır. Daha çok inanılanın menfaatinin gözetildiği karma inançlı işleme ise rehin ve vekalet sözleşmesi hükümleri birlikte kıyasen uygulanır. (Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 338, 339; Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 366 vd.).

⁹¹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 380; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 338.

⁹¹⁴ Güvenç, (2014), **a.g.k.**, s. 164; Yavuz, (2001), **a.g.k.**, s. 70; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328; 14. HD 2015/16551 E., 2018/4382 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁹¹⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328; Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 379; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 382.

sözleşmesini tapu müdürlüğünde satış sözleşmesi gibi gösterir ve gizli olarak inanç sözleşmesi yaparlar⁹¹⁶. Yargıtay bu işlemleri geçerli saymaktadır⁹¹⁷. Bu kabule göre karma inançlı işlemlerde de güvence altına alınan borcun ödenmesine rağmen inanılanın inanan adına tescil talebinde bulunmaktan kaçınması halinde -gereken sözleşmesel koşulların sağlanmasıyla ve inanç ilişkisinin ispatıyla- inanan tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 716)⁹¹⁸.

Namı müstear ilişkisi, bir kişinin vekalet verenin kimliğini gizleyerek, kendi adına vefakat vekalet veren hesabına taşınmaz edinmesi ve ardından onu vekalet verene devretmeyi borçlanmasıdır⁹¹⁹. Kişiler namı müsteara, isimlerini gizleyerek taşınmaz edinmek istediklerinde başvururlar⁹²⁰. Örneğin kişinin bir taşınmazı, malikiyle aralarında uyumsuzluk olması nedeniyle alamamasında durum böyledir⁹²¹. Bu hallerde aslında vekalet veren ile vekil arasında inanç sözleşmesi veya dolaylı temsil yetkisi içeren vekalet sözleşmesi vardır⁹²². Bu nedenle namı müstear ilişkisinde kendi adına taşınmaz edinen vekilin, vekalet sözleşmesi hükümlerine göre taşınmazı vekalet verene devretmesi gerekir (TBK md. 508/I)⁹²³. Vekilin, vekalet veren adına tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması durumunda vekalet veren tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 716)⁹²⁴. Taşınmaz malikinin namı müstear ilişkisini bildiği durumlarda, taraflar arasındaki ilişkinin niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre satış sözleşmesi şahısta muvazaa; malikle vekalet veren arasındaki sözleşme de şekle aykırılık nedeniyle

⁹¹⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328.

⁹¹⁷ Bu yönde: Yarg. 14 HD. 22.10.2009, E. 8144., K. 11421; Yarg. 1. HD. 22.03.2012, E. 225., K. 3207; aslında bu tür satış sözleşmeleri şahısta muvazaa nedeniyle; tarafların arasındaki inanç sözleşmesi de şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür. (Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 339, 340.); bu nedenle inanılan adına yapılan tescil yolsuz olduğundan mülkiyeti kazandırmaz.

⁹¹⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 340; bu yönde: Yarg. 20. HD 2015/1143 E., 2015/6865 K.; HGK. 22.10.2009, E. 8144., K. 11421 (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁹¹⁹ Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*. (5. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 565; Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 376; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 387; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 340; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, n 1479; Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 368; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 226; Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 182 vd.

⁹²⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 341; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 226.

⁹²¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 341.

⁹²² Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 227; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 388.

⁹²³ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 342, 343; namı müstearın hukukî niteliğine ilişkin çatışan iki farklı İBK vardır. İki karar da doktrinde eleştirilir. 07.10.1955 tarihli İBK'ye göre; vekalet sözleşmesi ve onu içermesi dolayısıyla namı müstear taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurabilecek bir ilişki değildir. Bu nedenle vekalet veren, taşınmazın kendisine devredilmesini vekilden isteyemez. 05.02.1947 tarihli İBK'de de hatalı olarak dolaylı temsil yetkisine sahip kişi lehine yapılan tescilin yolsuz olduğu; çünkü mülkiyeti vekalet verenin kazandığı ifade edilmiştir. Bu kararların eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 379 vd.; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 341 vd.

⁹²⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 390; bu vekalet sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerekmez.

nedeniyle kesin hükümsüzdür⁹²⁵. Diğer görüşlere göre ise -satış sözleşmesinin akıbeti hakkında görüş ayrılıkları bulunmakla beraber- ortada dolaylı temsil yetkisi içeren “*inançlı*” vekalet sözleşmesi bulunduğu kabul edilir⁹²⁶. Vekilin taşınmazın mülkiyetini, vekalet verene devretmemesi halinde vekalet veren tescile zorlama davası açarak mülkiyeti mahkemenin kararıyla tescilden önce kazanabilir⁹²⁷.

Taşınmazın ödül olarak konulduğu bir piyangoyu kazanan kişi (talihli), taşınmazın kendi adına tescil edilmesini isteme talep hakkına sahiptir (Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Karşılığı Nakit Olmayan Piyangolar ve Çekilişler Hakkında Yönetmelik md. 24)⁹²⁸. Tartışmalı olmakla beraber doktrinde, böyle bir piyango sözleşmesinin resmî şekilde düzenlenmesinin şart olmadığı kabul edilir⁹²⁹. Her halükârda, piyangoyu kazanan adına tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınılması halinde, piyango alacaklısı tescile zorlama davası açarak mahkemenin bu yöndeki kararıyla mülkiyeti tescilden önce kazanabilir.

1.2.1.2.4. Miras hukuku sözleşmeleri

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran ölüme bağlı tasarruflardan miras sözleşmesi, sulh hâkimi, noter veya kanunla yetkilendirilmiş diğer görevli (MK md. 532, 545) tarafından düzenlenir. Bir taşınmazın mülkiyetinin devrinin vasiyet edildiği miras sözleşmelerinde (olumlu miras sözleşmeleri-mal vasiyeti sözleşmeleri) alacaklı, miras bırakanın ölümünden sonra kullanabileceği alacak hakkına sahip olur (TMK md. 527 vd.)⁹³⁰. Miras bırakanın ölümünden sonra vasiyet alacaklısı, taşınmaz mülkiyetinin devredilmesinin vasiyet edildiği miras sözleşmesinden doğan hakkını kullanır ve mirasçılardan kendi adına tescil talebinde bulunulmasını ister⁹³¹. Mirasçılar, alacaklı adına tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırlarsa alacaklı mirasçılara tescile

⁹²⁵ Bu yönde: Kocayusufoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 377; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 389; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 229.

⁹²⁶ Bu yönde: Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*. (5. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 566.

⁹²⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 342, 343; Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 183.

⁹²⁸ Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 1491; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 662; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328.

⁹²⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 662; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328, 329; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 365; ancak Yargıtay içtihatlarında, piyangodan taşınmaz kazanan kişinin resmî satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı olduğu kabul edilir. Bkz. YTD, 04.10.1958, 57/2745-2313 (Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 328'den).

⁹³⁰ Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 521. 257; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 346.

⁹³¹ Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 346; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 124.

zorlama davası açabilir (TMK md. 716)⁹³². Mahkemenin bu yöndeki hükmüyle vasiyet alacaklısı, taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanır.

Tereke mallarının elbirliği halinde maliki olan mirasçılar, paylaşma sözleşmesi yaparak mirası paylaşabilirler (TMK md. 676)⁹³³. Tüm mirasçıların imzaladığı ve paylaşma tamamlanıncaya kadar yapılabilen miras paylaşma sözleşmesi taahhüt işlemidir. Buna iradî paylaşma denir⁹³⁴. Terekede taşınmazlar olsa dahi adi yazılı paylaşma sözleşmesi yapılabilir (TMK md. 676/III)⁹³⁵. Bu ihtimalde ortada taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran paylaşma sözleşmesi vardır⁹³⁶. Böylece, kendisine bir taşınmaz kalan mirasçı, diğer mirasçılardan taşınmazın kendi adına tescilini isteme alacak hakkın sahip olur⁹³⁷. Belirlenen her bir tereke unsurunun kendine özgü tasarruf işlemi ile mirasçıya geçirilmesi gerekir. Bütün mirasçıların imzaladığı paylaşma sözleşmesine aykırı olarak mirasçılardan biri dahi tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa alacaklı mirasçı tescile zorlama davası açabilir (MK md. 716)⁹³⁸. Mahkemenin bu yöndeki kararının kesinleşmesiyle mirasçı taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanır⁹³⁹.

Yasal veya atanmış mirasçının terekedeki hissesini paylaşmanın tamamlanmasından önce diğer bir mirasçıya devretmesi mümkündür (TMK md. 677)⁹⁴⁰. Mirasçı belli bir taşınmaz üzerindeki miras payını da devredebilir (TMK md. 677/D)⁹⁴¹. Terekenin bir kısmı veya tamamına ilişkin miras payının devri sözleşmesi mirasçılar arasında yapılıyorsa, adi yazılı şekle tabidir (TMK md. 677). Miras payına giren

⁹³² İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 228.

⁹³³ Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Miras Hukuku*. (6. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi. s. 392; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 575; Hatemi, H. (2014). *Miras Hukuku*. (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 145, 146.

⁹³⁴ Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 520.

⁹³⁵ Ancak NK md. 89'a göre mirasçılar, miras paylaşma sözleşmesini isterlerse noterde de yapabilirler. Bu ihtimalde noter, miras paylaşma sözleşmesini ancak düzenleme şeklinde yapabilir. Nitekim miras paylaşma sözleşmesi noterde yapılmak istendiğinde, NK md. 89'a göre resen düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemlerdendir.

⁹³⁶ Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 521. 522.

⁹³⁷ İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 576.

⁹³⁸ Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 521. 522; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 129; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 427; 14. HD 2015/6890 E., 2018/747 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

⁹³⁹ Liechti, A. F. (2018). Formulierung der Rechtsbegehren bei Erbteilungsklagen und grundbuchliche Auswirkungen. Berbe Notar (BN 2/18), s. 243, 244; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 521. 522; P. Liver Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. N/2a/1, Die Grunddienstbarkeiten, ZGB 730-744, 2. Aufl., Zürich 1980, Art. 731, s. 157.

⁹⁴⁰ Serozan, R. ve Engin B. İ. (2015). *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 573; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 577; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 526; Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Miras Hukuku*. (6. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi. s. 398.

⁹⁴¹ Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Miras Hukuku*. (6. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi. s. 317; Hatemi, H. (2014). *Miras Hukuku*. (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 145; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 578; Serozan, R. ve Engin B. İ. (2015). *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 574.

terekedeki taşınmazlar için adi yazılı miras payının devri sözleşmesi, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurur⁹⁴². Yargıtay kimi kararlarında, payın devredilmesiyle mirasçının taşınmaz mülkiyetini tescilden önce kazandığını kabul eder⁹⁴³. Ancak taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanılması, kanunun açıkça öngördüğü hallerde mümkündür⁹⁴⁴. Bu nedenle mirasçının miras payını devraldığında, paylaşmanın bitmesinden sonra kullanabileceği taşınmazın devrini isteme şahsi hakkına sahip olduğu kabul edilir⁹⁴⁵. Hal böyle olunca, mirasın tasfiyesinden sonra alacaklı mirasçı, borçlu mirasçıdan taşınmazın (payın) devrini talep eder. Borçlu mirasçının haksız olarak tescil talebinde bulunmaktan kaçınması halinde, alacaklı tescile zorlama davası açarak mülkiyetin kendine nakledilmesini isteyebilir (TMK md. 716).

Mirasçı miras payını -diğer mirasçılarının rızası olmaksızın- mirasçı olmayan üçüncü kişiye devredebilir (TMK md. 677/II). Bu ihtimalde miras payının devri sözleşmesinin noterde düzenlenmesi gerekir (TMK md. 677/II). Bu sözleşmeyle alacaklı, mirasın paylaşılmasından sonra taşınmaz mülkiyetinin devredilmesini talep etme kişisel hakkına sahip olur⁹⁴⁶. Gerekli şartların oluşmasına rağmen borçlu tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa alacaklı tescile zorlama davası ile tescilin yapılmasını talep edebilir (TMK md. 716)⁹⁴⁷.

Miras hukukundaki kazanma sebeplerine, açılmamış miras payının devri de örnek gösterilebilir (TMK md. 678). Bu sözleşmeyle müstakbel bir mirası, henüz açılmamış mirastaki payını olası mirasçıya veya üçüncü kişiye devreder⁹⁴⁸. Açılmamış miras payının devri sözleşmesi aynı etki doğurmaz; alacaklıya şahsi hak verir⁹⁴⁹. Paylaştırma sonucunda kalan tereke unsurlarında taşınmaz varsa tescile zorlama davası gündeme gelebilir⁹⁵⁰.

⁹⁴² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 327; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 526.

⁹⁴³ Yarg. GHK. 2.3.1983, E.13/1240., K.187.

⁹⁴⁴ İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 579.

⁹⁴⁵ İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 580.

⁹⁴⁶ Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Miras Hukuku*. (6. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi. s. 398; Öztan, (2014), **a.g.k.**, s. 527; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 580; Hatemi, H. (2014). *Miras Hukuku*. (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 145.

⁹⁴⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 364.

⁹⁴⁸ Hatemi, H. (2014). *Miras Hukuku*. (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 145; İnan, Ertaş, Albaş, (2015), **a.g.k.**, s. 581; Serozan, R. ve Engin B. İ. (2015). *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 576; Yıldırım, M. F. (2004). Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.53, S. 1, ss. 117.

⁹⁴⁹ Serozan, R. ve Engin B. İ. (2015). *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 576; Yıldırım, M. F. (1995). Açılmamış Bir Terekedeki Miras Hakkının Devri Sözleşmesi II. *Yargıtay Dergisi*, C. 21, S. 3, ss. 279.

⁹⁵⁰ 14. HD 2013/14930 E., 2014/2014 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

Ancak paylaşma tamamlanmadan elbirliği ile mülkiyet devam ettiğinden münferit mallar, miras payının devri sözleşmesine konu olamaz⁹⁵¹.

Anlatılan bu ihtimallerin hepsinde mahkemenin TMK md. 716 uyarınca davacı lehine verdiği kararın kesinleşmesiyle alacaklı mülkiyeti (sınırlı ayni hakları) tescilden önce kazanır. Ardından tapu sicil müdürlüğünde yapılan tescil bildirimci niteliktedir⁹⁵².

1.2.1.2.5. Sınırlı ayni hakların kurulmasına ilişkin sözleşmeler

Tescile zorlama davası yalnız mülkiyet hakkının kazanılmasında değil; taşınmaz yükü ve irtifak (sınırlı ayni) haklarının hukukî işlemle kazanılmasında⁹⁵³ da kıyasen uygulanır⁹⁵⁴. Bu anlamda; taşınmaz yükünün (TMK md. 840/III)⁹⁵⁵, intifa hakkının⁹⁵⁶, kaynak hakkının, oturma hakkının⁹⁵⁷, eşyaya bağlı irtifak hakkının⁹⁵⁸, üst hakkının kurulmasına⁹⁵⁹ ilişkin bir sözleşmenin⁹⁶⁰ (TMK md. 781) borçlusu, tescil talebinde bulunma borcunu haksız olarak yerine getirmezse alacaklı tescile zorlama davası açabilir⁹⁶¹. Mahkemenin TMK md. 716'ya göre verdiği inşai kararın kesinleşmesiyle alacaklı, sınırlı ayni hakkı tescilden önce kazanır⁹⁶².

Taşınmaz rehninin rehin sözleşmesiyle kurulması durumunda taşınmaz maliki, rehin alacaklısı lehine rehin hakkı kurmaya borçlanır (TMK md. 856/II). Rehin alacaklısı

⁹⁵¹ Yargıtay ise aksi görüştedir. Dural, M. ve Öz, T. (2017). *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku. (11.Baskı)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 381 vd.

⁹⁵² Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 223.

⁹⁵³ Sınırlı ayni hak sahibinin hukukî işlemle bu hakkını terkin etme borcu altına girdiği hallerde, terkin talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması halinde hangi davanın açılacağı tartışması için bkz. Aşa. Üçüncü Böl. 4. s. 184 vd.

⁹⁵⁴ Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 124; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 103, 104; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 794, 889; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 149; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 306; Göksu, (2016), **a.g.k.**, Art. 731, s. 422; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 426; eşya hukuku sözleşmeleri ile borçlar hukuku sözleşmelerinin karşılaştırması için bkz. Riemer, H. M. (2003). Die Verträge des ZGB, insbesondere jene des Sachenrechts, aus der Sicht des OR. Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey. ss. 83-91; Kern, (2016), **a.g.k.**, s. 1297.

⁹⁵⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 582; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 889.

⁹⁵⁶ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 523, pr. 2370; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 556.

⁹⁵⁷ Deillon-Schegg, B. (2000). Die gerichtliche Zusprechung eines dinglichen Wohnrechts an der "Wohnung der Familie" nach dem revidierten Scheidungsrecht. Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis. ss. 19.

⁹⁵⁸ Kähr, M. (2016). Art. 731 ZGB, Orell Füssli ZGB Kommentar: Kostkiewicz, J. K./Nobel, P./Wolf, S./AMSTUTZ, M./FRANKHAUSER, R. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG, s. 1495; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 652; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 538.

⁹⁵⁹ Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 123; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 124; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 539, pr. 2443.

⁹⁶⁰ Ayni hakkı devretme borcu ölüme bağlı tasarruftan da doğabilir. (Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 731, s. 156.).

⁹⁶¹ Kähr, (2016), **a.g.k.**, s. 1495; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 539, pr. 2443; Schmid, Hürlimann-Kaup, (2017), **a.g.k.**, s. 362; Hitz, (2016), **a.g.k.**, s. 124; Göksu, (2016), **a.g.k.**, Art. 731, s. 422; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 187; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 103; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 355; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 652; Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 731, s. 156; BGE 117 II 26.

⁹⁶² Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 731, s. 157; Göksu, (2016), **a.g.k.**, Art. 731, s. 422; Deillon-Schegg, (2000), **a.g.k.**, ss. 19.

da tescilin yapılmasını isteme alacak hakkına sahip olur⁹⁶³. Alacaklının talebine rağmen, borçlunun rehin hakkını tescil talebinden kaçınması halinde alacaklının açacağı davanın ve mahkemenin vereceği kararın hukukî niteliği tartışmalıdır⁹⁶⁴. Bu tartışmanın sebebi, diğer sınırlı ayni haklar olan taşınmaz yükü (TMK md. 840), intifa hakkı (TMK md. 795), oturma hakkı (TMK md. 823), diğer irtifaklar (TMK md. 838/III) ve eşyaya bağlı irtifakların (TMK md. 780) hukukî işlemle kazanılmasında taşınmaz mülkiyetinin kazanılması hükümlerine atıf yapıldığı halde; taşınmaz rehninde böyle bir atfın olmamasıdır⁹⁶⁵. Doktrindeki bir görüşe göre TMK md. 716 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla rehin alacaklısı tescile zorlama davası açabilir; mahkemenin bu yöndeki kararıyla rehin hakkı tescilden önce kurulmuş olur⁹⁶⁶. Karşı görüşe göre ise ayni hakların tescilden önce kazanılması istisnai nitelikte olduğundan, kıyasa gidilemez⁹⁶⁷. Bu nedenle rehin sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmemesi halinde açılan aynen ifa davasında, mahkemenin vereceği hüküm, eda hükmü niteliğindedir⁹⁶⁸.

Boşalan dereceye ilerleme sözleşmesi ile taşınmazın maliki boşalacak üst dereceyi rehin sahibine özgülemeyi taahhüt eder (TMK md. 871/III)⁹⁶⁹. Bir görüşe göre üst derecenin boşalmasına rağmen malik tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, üst dereceye ilerleme hakkı sahibi TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla tescile zorlama davası açabilir⁹⁷⁰. Boşalan dereceye ilerleme hakkı şerh verilmişse, yeni malikin bu yöndeki talebi reddetmesi halinde, bu hakkın sahibi tescile zorlama davası açabilir⁹⁷¹.

⁹⁶³ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 599 vd.

⁹⁶⁴ Nomer, Ergüne, (2016), **a.g.k.**, s. 31; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 104, 105; Uyumaz, (2017), **a.g.m.**, s. 68, dpnt. 63; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 603; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 764.

⁹⁶⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 603.

⁹⁶⁶ Bu yönde: Schmid, Hürlimann-Kaup, (2017), **a.g.k.**, s. 464; Tuor, Schnyder, Schmid, (1995), **a.g.k.**, s. 830, dpnt. 43; Hatemi/Serozan/Arpacı, (1991), **a.g.k.**, s. 729 vd., 737; Köprülü, Kaneti, (1982-1983), **a.g.k.**, s. 299; Acemoğlu, (1962), **a.g.k.**, ss. 800-802; Kernén, A. (2016). Art. 665 ZGB, Orell Füssli ZGB Kommentar: Kostkiewicz, J. K./Nobel, P./Wolf, S./AMSTUTZ, M./FRANKHAUSER, R. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG, s. 1297; Pfammatter, (2016), **a.g.k.**, s. 1900; Hitz, (2016), **a.g.k.**, s. 129; BGE 78 I 443; Fasel, U. (2016). Art. 641-977 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht: BEREITSCHMID, P./JUNGO, A. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, s. 619; TMK md. 716'nın ipoteklerde uygulanacağı ama ipotekli borç senedi ve irat senedinde uygulanmayacağı yönünde: Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 764, 765.

⁹⁶⁷ Bu yönde: Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 565, pr. 2583; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 603, 604; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 916; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 985.

⁹⁶⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 604; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 985; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 565, pr. 2583.

⁹⁶⁹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 615 vd.

⁹⁷⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 598; Schmid, Hürlimann-Kaup, (2017), **a.g.k.**, s. 474; Helvacı, İ. (2008). *Türk Medenî Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 366; bu davanın TMK md. 716'ya kıyasen açılmayacağı kabul edilirse mahkemenin vereceği hüküm inşai nitelikte değil; eda hükmü niteliğinde olur. (Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 599).

⁹⁷¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 617; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 190.

Gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmeyle (TTK 1014 vd.) rehmin gemi siciline tescili kurucudur. TTK md. 1015/II'ye göre geminin ipotek edilmesine ilişkin rehin sözleşmesinin akdedilmesine rağmen gemi sicilinde malik görünenin tescil talebinde bulunma borcunu yerine getirmemesi halinde tescile zorlama davasının açılıp açılmayacağı tartışmalıdır⁹⁷². TTK'da hüküm bulunmaması ve bu konuda TMK'ya atıf yapmaması meseleyi tartışmalı hale getirir⁹⁷³. Bir görüşe göre sicilde geminin maliki olarak görünen kişi tescili yapmaktan kaçınırsa alacaklı rehin sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davası (TMK md. 716) açabilir⁹⁷⁴.

1.2.2. Haksız fiil

Çok sık rastlanmamakla birlikte tescile zorlama davasının haksız fiilden doğması; yani haksız fiil hükümlerine dayanılarak açılması da mümkündür⁹⁷⁵. Zira haksız fiilden doğan alacak hakkına dayanarak da taşınmaz mülkiyetinin devredilmesi istenebilir.

Malvarlığındaki eksilmenin aynen veya nakden yerine getirilmesi yükümlülüğüne maddi tazminat denir⁹⁷⁶. Hâkim haksız fiil sonucu meydana gelen zararı TBK md. 51/I'de kendisine tanınan yetki uyarınca durumun gereğini göz önüne alarak somut olayda uygun gördüğü tazmin tarzını belirleyecektir. Bu anlamda mağdurun malvarlığının eski hale getirilmesi para ödenmesi yani nakden tazmin dışında aynen tazmin yoluyla (*Naturalersatz*) da sağlanabilir⁹⁷⁷. Buna aynı tazminat da denmektedir⁹⁷⁸. Uygulamada aynen tazminata oldukça ender rastlanır⁹⁷⁹. Burada aynen tazmin ifadesinden kasıt

⁹⁷² Uyumaz, (2017), **a.g.k.**, s. 68, dpnt. 63.

⁹⁷³ Uyumaz, (2017), **a.g.k.**, s. 68, dpnt. 63.

⁹⁷⁴ Bu yönde Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 316, dpnt. 25.

⁹⁷⁵ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 196; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 716; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354.

⁹⁷⁶ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 796.

⁹⁷⁷ Gauch, P., Schlupe, W. R., Heinz, R., Schmid, J. ve Emmenegger, S. (2014b). Schweizerisches Obligationenrecht Band II: Allgemeiner Teil. (10. Auflage), Schulthess Juristische Medien AG, S. 163; Tiftik, M. (1994). *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 63; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 581; Antalya, O. G. (2015b). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 485; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 322; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 114 vd.; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 167; Fellman, W. ve Kottman, A. (2012). Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG. Verlag Stämpfli, Bern, S. 453.

⁹⁷⁸ Tiftik, (1994), **a.g.k.**, s. 63.

⁹⁷⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 582; bunun sebepleri için bkz. aynı eser s. 581 ve 582. ayrıca uygulamada aynen tazminin, zarar verenin malvarlığının eski duruma getirilmesi için gerekli yetenek ve imkânlara sahip olması halinde rastlanır. Bir oto yıkamacının yıkadığı arabayı çizmesini hali buna örnektir. Bkz. Fellman, Kottman, (2012), **a.g.k.**, s. 453 vd.

tazminatın eşya verilerek karşılanması değil⁹⁸⁰; zarar gören malvarlığının yenisinin ve benzerinin verilmesi veya onarılmasıdır⁹⁸¹. Zararın aynen tazmini ihlal edilen hukukî menfaatin aynen (fiilen) yeniden kurulması veya hukukî menfaate benzer değerini alacaklıya verilerek malvarlığının eski haline getirilmesidir⁹⁸². Eşdeyişle zarar gören, malvarlığını aynen zararın meydana gelmesinden önceki haliyle geri kazanır⁹⁸³. Çalınmış şeyin geri verilmesi, zarara uğramış şeyin tamir ettirilmesi, izinsiz çekilen fotoğrafın iadesi, yok edilen veya hasara uğrayan malın eşinin verilmesi zararın aynen tazminine örnektir⁹⁸⁴.

Hal böyle olunca, taşınmazı haksız fiil sonucunda yok veya eski haline getirilemez olan kişinin, zararının tazmini için zarar verenin taşınmazının devrinin istemesi (aynen tazmin) halinde de tescile zorlama davası açılacaktır⁹⁸⁵.

Taşınmazın bir kimseye satışından haberdar olan kişinin, bu taşınmazı ilk alıcıya zarar verme kastıyla malikten satın alması TBK md. 49/II anlamında haksız fiil teşkil edebilir⁹⁸⁶. Bu durumda ilk alıcı TMK md. 716'ya göre dava açarak tazmin şekli olarak (TBK md. 51, OR Art. 43) taşınmaz mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir⁹⁸⁷. Hâkim de aynen iadeye (*Naturalrestitution*) karar verebilir⁹⁸⁸. İşte bu ihtimalde tescile zorlama davasında haksız fiil hükümleri uygulanır. Burada davalı taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişidir. Ancak ikinci alıcının, taşınmazı almasında korunabilir menfaati

⁹⁸⁰ Mağdurun zarar gören eşyasından farklı bir eşyanın tazminat için verilmesi Türk hukukunda mümkün değildir. Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 114 vd.

⁹⁸¹ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 114 vd.; aynen tazmine başka bir örnek şu olabilir: kimi hallerde sözleşme yapmaktan kaçınmak TBK md. 49/II gereği haksız fiil teşkil edebilir. Açılan davada hâkim TBK md. 51 uyarınca kaçınan kişiyi, sözleşme yapmaya mahkûm kılabilir. Bu halde zararın aynen tazmini söz konusudur. Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 322; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 115.

⁹⁸² Fellman, Kottman, (2012), **a.g.k.**, s. 453; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 797.

⁹⁸³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 581; Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 485; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 797.

⁹⁸⁴ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 797; Tiftik, (1994), **a.g.k.**, s. 64; Fellman, Kottman, (2012), **a.g.k.**, s. 453; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 581; Reisoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 215; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 167.

⁹⁸⁵ Tiftik, (1994), **a.g.k.**, s. 64; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 115, dpnt. 376; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354.

⁹⁸⁶ Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 117; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 197: yazar bir taşınmazı satış vaadiyle alan kişiye karşı olan kişisel antipatisi nedeniyle bir kişinin taşınmazı satın alıp mülkiyetini de kazanması halini örnek verir.

⁹⁸⁷ Oğuzman, M. K. (1965). Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. Cilt 31, Sayı 1-4. Ss. 216, dpnt. 21; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 167; Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 720 vd.; Bu yönde: BGE 50 II 375, BGE 114 II 329-333; bu ihtimalde ikinci satış sözleşmesi kesin hükümsüz değildir; fakat ikinci alıcının fiili TBK md. 49/II anlamında haksız fiil teşkil etmektedir. (Aynı eser S. 721); anılan durumda ilk alıcının; satıcıdan zararlarının tazmini isteme hakkı ile TBK md. 49/II'ye göre aynen ifayı isteme hakkı yarıdır; burada da haksız fiilden doğan zararın aynen tazmininin söz konusu olduğu yönünde: Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 167.

⁹⁸⁸ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 721.

varsa artık TBK md. 49/II uygulanamaz. Ayrıca alacaklının, taşınmazın başkasına da satılıp satılmadığını sorgulama yükümlülüğü de yoktur⁹⁸⁹.

Taşınmaz mülkiyetini inançlı işlemle kazanan kişi, taşınmazı üçüncü bir kişiye devrettiğinde inanan sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereği üçüncüye kişiye tescile zorlama davası açamaz. Ama üçüncü kişi bu taşınmazı, inananın zarar verme kastıyla satın almışsa, ortada ahlaka aykırı fiil nedeniyle oluşan haksız fiil vardır (TBK md. 49/II)⁹⁹⁰. Bu ihtimalde inanan, haksız fiilden doğan aynen tazminat davasını TMK md. 716'ya dayanarak açıp mülkiyetin kendisine devredilmesini isteyebilir⁹⁹¹.

Benzer şekilde örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, ileride arsa malikinin sözleşmeden dönmesi halinde iade borcundan kurtulmak amacıyla, malikten devraldığı arsa paylarını piyasa fiyatının çok altında üçüncü kişiye devretmesi halinde, doğrudan üçüncü kişiye haksız fiilin aynen tazmini nedeniyle TMK md. 716'ya dayanılarak dava açılabilir⁹⁹².

Taşınmaz satış vadinin kurulmasından sonra taşınmaz mülkiyetini üçüncü kişinin kazanması halinde, artık bu kişiye satış sözleşmesinin kurulması ve tescile zorlama davası açılamaz. Ancak üçüncü kişinin bu davranışının yukarıda anlatıldığı gibi ahlaka aykırı bir fiil teşkil etmesi halinde, vaat alacaklı haksız fiil faili olan yeni malike karşı tescile zorlama davası açması mümkündür⁹⁹³. Bu davada hâkim TBK md. 51'in verdiği yetkiyle TMK md. 716'ya göre taşınmaz mülkiyetinin vaat alacaklısına devredilmesine hükmedebilir (TBK md. 51)⁹⁹⁴.

1.2.3. Sebepsiz zenginleşme

Taşınmaz mülkiyetinin tescilini isteme alacak hakkı sebepsiz zenginleşmeden de kaynaklanabilir. Alacaklının talebine rağmen borçlu bu mülkiyeti geçirme borcunu yerine

⁹⁸⁹ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 720.

⁹⁹⁰ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 340.

⁹⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 368; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 340; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 387; Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*. (5. Basım). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 552.

⁹⁹² Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 502; bu ihtimal sözleşmeden dönme halinde klasik dönme görüşünün, kanuni borç ilişkisi veya yeni dönme teorisinin kabul edilmesi halinde mümkündür.

⁹⁹³ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 720; Bu yönde: Yarg. HGK., T. 28.04.1971, E. 70/1, K. 283. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 699, dpnt. 53'ten naklen.); Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 196.

⁹⁹⁴ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 720; Bu yönde: Yarg. HGK., T. 28.04.1971, E. 70/1, K. 283. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 699, dpnt. 53'ten naklen).

getirmediginde, alacaklı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tescile zorlama davası açabilir⁹⁹⁵.

Özellikle sebepsiz zenginleşmenin görünüm biçimlerinden olan “*hukukî sebebin sonradan ortadan kalkması*” ihtimalinde iade sürecinde tescile zorlama davası gündeme gelir⁹⁹⁶. Bunun en tipik örneği taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğrudan sözleşmeden dönme halidir⁹⁹⁷. Türk-İsviçre hukuklarında hâkim olan görüşe göre taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden dönüldüğü takdirde iade alacaklısı, taşınmazın iadesini sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkını tescile zorlama davası (TMK md. 716) açarak sağlar⁹⁹⁸. Bu husus ayrı başlıkta incelenecektir⁹⁹⁹.

TBK md. 136/II’ye göre iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sonraki kusursuz imkânsızlık nedeniyle borcundan kurtulan borçlu kendisine ifa edilmiş edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade eder. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran bir sözleşmede taraflardan birinin ediminin sonradan borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması halinde bunun karşılığında taşınmazın mülkiyetini kazanmış kişi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade yükümlülüğü altındadır¹⁰⁰⁰. Burada da hukukî sebebin sonradan ortadan kalkması nedeniyle sebepsiz zenginleşme söz konusudur (TBK md. 77)¹⁰⁰¹. İade alacaklısı sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkını tescile zorlama davası (TMK md. 716) açarak kullanacaktır¹⁰⁰². Bu ihtimalde de tescile zorlama davası, sebepsiz zenginleşme davası niteliğindedir.

Tasarruf sebebinin var olmaması veya baştan beri geçersiz olması türünde sebepsiz zenginleşme halinde de iade yükümlülüğünden tescile zorlama davası doğabilir. Aslında tescilin hukukî sebebinin yokluğu veya kesin hükümsüz olması halinde ise sebebe bağlılık ilkesi gereği taşınmaza ilişkin hem taahhüt hem de tasarruf (tescil) kendiliğinden geçersiz olur. Böylece iade borçlusu adına yapılan tescil yolsuzdur; bu kişi mülkiyeti

⁹⁹⁵ Serozan, R. (2014). *Eşya Hukuku - 1 (3.Baskı)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 86; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 190; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 716.

⁹⁹⁶ Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 86; Arnet, R./Roth, N. (2015). Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736 Abs. 1 ZGB. *Tatsachen Verfahren Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag*, (Herausgegeben von Peter Breitschmid Ingrid Jent-Sørensen Hans Schmid Miguel Sogo). s. 29, 24.

⁹⁹⁷ Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 587.

⁹⁹⁸ Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 588.

⁹⁹⁹ Bkz. aşa. İkinci Böl. 3. s. 89 vd.

¹⁰⁰⁰ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 904; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 343, dpnt. 129; son yazar burada gerçek bir sebepsiz zenginleşme bulunmadığını ifade etmiştir.

¹⁰⁰¹ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1330.

¹⁰⁰² Ancak öncesinde iyi niyetli üçüncü kişinin taşınmazın mülkiyetini kazanması halinde, iade alacaklısı iade borçlusundan ancak nakden iadeyi talep edebilir. Sebepsiz zenginleşme davası şahsi nitelikte olduğundan üçüncü kişiye tescile zorlama davası açamaz. İade borçlusu iadeyi para olarak yapar. Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 904.

kazanmaz. İade alacaklısı hala malik olduğundan, taşınmazın iadesini mülkiyet hakkına dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak sağlar¹⁰⁰³. Şahsi hakka dayanan tescile zorlama davası gündeme gelmez. Ancak örneğin ehliyetsiz bir kişiden taşınmaz mülkiyetini devralan ve adına tescil yapılan kişi, bu taşınmazı kendi parseliyle birleştirirse (TMK md. 1000/II) ve bu taşınmazın ayrılması mümkün olmazsa (TMK md. 731/D) tescile zorlama davası açılarak paylı mülkiyetin tescili istenebilir (İmar Kanunu md. 18)¹⁰⁰⁴.

Sebebin gerçekleşmemiş olması türünde sebepsiz zenginleşme halinde de tescile zorlama davası gündeme gelebilir (TBK md. 77/II)¹⁰⁰⁵. Örneğin, bir öğretmenle sözleşme yapan kişi öğretmene bir taşınmazını devredecek; öğretmen de bu kişinin oğluna bir süre özel ders verecektir. Taşınmaz öğretmen adına tescil edildikten sonra; henüz özel dersler başlamadan kişinin oğlu vefat ederse öğretmen sebepsiz zenginleşmiş olur¹⁰⁰⁶. Bu halde sebepsiz zenginleşme alacaklısı baba tescile zorlama davası açarak taşınmazın iadesini sağlar¹⁰⁰⁷. Tescile zorlama davası, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre açılır.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebinin ileri sürülemeyeceği hallerden olan hukuka ve ahlaka aykırı amaçla yapılan kazandırmalarda, açılan iade davasında hâkim şeyin devlete mal edilmesine hükmedebilir (TBK md. 81). Böyle bir iade davasında hâkim gereken şartlar oluştuğunda TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla mülkiyetin devlete geçtiğine hükmeder¹⁰⁰⁸.

1.2.4. Doğrudan kanundan doğan diğer borçlar

Aslında bütün borçlar nihayetinde kanundan doğar¹⁰⁰⁹. Bu nedenle taşınmaz mülkiyetini ve sınırlı ayni hakları devir borcunun doğrudan kanundan doğmasından söz etmek yanıltıcıdır. Taşınmaz mülkiyetinin ve sınırlı ayni hakları devretme borcunun doğrudan kanundan doğmasından kasıt, kanunun ayni hakkı devir borcu doğmasını öngördüğü olgulardır¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰³ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 343 ve 345.

¹⁰⁰⁴ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 194.

¹⁰⁰⁵ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 194.

¹⁰⁰⁶ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 194.

¹⁰⁰⁷ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 194.

¹⁰⁰⁸ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 362, 363.

¹⁰⁰⁹ Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 77; Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 73; “kanundan doğan borçlar” ifadesinin eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 73 vd.

¹⁰¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 73; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 77.

1.2.4.1. TMK'nın eşya hukuku kitabında düzenlenen durumlar

TMK md. 732'ye göre paylı mülkiyete tabi taşınmazın paydaşlarından birinin payını¹⁰¹¹ üçüncü kişiye satması veya satışa eş değer işlem yapması halinde, diğer paydaşların bu pay üzerinde önalım hakkı vardır. Yasal önalım hakkının, sözleşmesel önalım hakkından farkı doğrudan kanundan doğmasıdır. Paydaşın yenilik doğuran hak niteliğinde olan yasal önalım hakkını kullanmasıyla -aynı şartlarda- satış sözleşmesi kurulmuş olur. Yasal önalım hakkı sahibi, bu hakkını tescile zorlama davası açarak kullanır (TMK md. 734/I)¹⁰¹². Gerekli şartların oluşması halinde mahkemenin verdiği kararın kesinleşmesiyle davacı payı tescilden önce kazanır¹⁰¹³. Bu davanın davacısı paydaşlardan biridir¹⁰¹⁴. Tapu kütüğüne yapılan tescil bildirimci niteliktedir. Bu arada taşınmazı üçüncü kişi edinmişse, hak sahibi yasal önalım hakkını, üçüncü kişiye tescile zorlama davası açarak kullanır¹⁰¹⁵. 5403 sayılı Kanunda düzenlenen yasal önalım hakkında ise davacı tarımsal arazinin malikidir (md. 8-i)¹⁰¹⁶. Davalı ise kural olarak payın alıcısıdır; ancak üçüncü kişinin hakkı kazanması halinde dava ona açılır¹⁰¹⁷.

Paylı mülkiyetin yargısal paylaşma yoluyla sona ermesinde TMK md. 716 uygulama alanı bulur. Paydaşlardan biri paylaşmayı isteme hakkını kullandığında, paydaşlar bu hususta anlaşabilirler. Paylı mülkiyetin iradi olarak paylaşılması paylaşma sözleşmesi ile olur (TMK md. 699, ZGB Art. 650)¹⁰¹⁸. Paydaşlardan bir veya birkaçının paylaşmaya rıza göstermemesi, rıza göstermekle birlikte paylaşmanın tarzında anlaşamama veya anlaşılmasına rağmen paylaşma sözleşmesinin yerine getirilmemesi halinde paylaşma, paylaşma davası ile olur (TMK md. 699/II)¹⁰¹⁹. Paylaşma davası, aynen ifa davasının özel bir türüdür¹⁰²⁰. Bu davanın hukukî niteliği tartışmalıdır¹⁰²¹.

¹⁰¹¹ Payın tamamının veya bir kısmının satılması halinde yasal önalım hakkı kullanılabilir. (Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 435.)

¹⁰¹² Akipek, J. G. (1973). *Türk Eşya Hukuku-Mülkiyet*. (İkinci Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası, s. 217; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 436; Şahin, T. (2018). Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı. *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 8, Özel Sayı, s. 918.

¹⁰¹³ Şahin, (2018), **a.g.k.**, s. 918; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 436.

¹⁰¹⁴ Şahin, (2018), **a.g.k.**, s. 918.

¹⁰¹⁵ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 436; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 560.

¹⁰¹⁶ Şahin, (2018), **a.g.k.**, s. 919.

¹⁰¹⁷ Şahin, (2018), **a.g.k.**, s. 920.

¹⁰¹⁸ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 122; Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 142; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 331.

¹⁰¹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 617; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 308, 309; Z. Kurşat (2008). *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, s. 285, 286; Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 93; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 331; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 122, 124;

¹⁰²⁰ Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 145.

¹⁰²¹ Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 305.

Bizim de katıldığımız görüşe göre bu dava sonunda verilen hüküm inşâî hüküm niteliğindedir¹⁰²². Hâkim taşınmazın aynen paylaşılmasına ilişkin karar verebilir. Bu davada TMK md. 716 kıyasen uygulanır, mahkeme kararının kesinleşmesiyle paylı mülkiyet sona erer ve oluşan parçalar üzerinde sicil dışı mülkiyet hakkı doğar¹⁰²³. Diğer bir görüşe göre bu dava inşâî dava değil; bir eda davasıdır¹⁰²⁴. Mahkeme ancak eda hükmü verebilir; yani TMK md. 716'nın uygulanması mümkün değildir¹⁰²⁵. Mahkemenin bu yöndeki kararıyla ortaya çıkan parçalar üzerinde mülkiyet tescilden önce kazanılamaz. Bu ihtimal kabul edilse dahi mahkemenin paylaşma yapılmasına yönelik eda hükmüne rağmen borçlu pay sahibi tescil talebinde bulunmazsa hak sahibi tescile zorlama davası açar¹⁰²⁶.

TMK md. 831'e göre üst hakkı sahibinin yetkilerini ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal edilmesi halinde veya sözleşmede görülen diğer hallerde malik üst hakkının süresinden önce kendisine devredilmesini isteyebilir. Ağır yükümlülük ihlalinin gerçekleşmesiyle malik lehine üst hakkının devrini isteme hakkı doğar. Bu hak yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁰²⁷. Malikin bu hakkını kullanmasıyla, üst hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında devir ilişkisi kurulur¹⁰²⁸. Üst hakkı sahibinin ifadan kaçınması halinde malik TMK md. 716'ya göre dava açılabilir¹⁰²⁹. Mahkemenin kararı ile malik, üst hakkını tescilden önce kazanır. Bu halde malik kendi taşınmazı üzerinde üst hakkı sahibi olur¹⁰³⁰.

¹⁰²² Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 731, s. 157; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 427; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, s. 233; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 125, 253; Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 307; yazar burada açılan davanın da inşâî dava olduğu görüşündedir.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 408; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 427; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 125; Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 147; Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 308, 383; Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 504.

¹⁰²³ Bu yönde: Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 126; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 650-651, s. 157; Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 308, 383; Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 147; Akipek, (1973), **a.g.k.**, s. 121; Hitz, (2016), **a.g.k.**, Art. 656, s. 129; İsviçre doktrininde de hâkim görüş bu yöndedir: Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 650-651, s. 157; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 203; Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 381; Yargıtay içtihatları bu yöndedir. HGK. 10.1.1962, E. 1/71, K. 1; 14. HD. 14.1.1975, E. 262, K. 479; 6.HD. 25.11.1983, E. 11781, K. 11821 (Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 381'den naklen).

¹⁰²³ Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 145.

¹⁰²⁴ Bu yönde: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 338; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 309; Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 380; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 605; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 407.

¹⁰²⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 341; Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 380, 381.

¹⁰²⁶ Kurşat, (2008), **a.g.k.**, s. 383.

¹⁰²⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 875.

¹⁰²⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 876.

¹⁰²⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 876.

¹⁰³⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 876.

TMK md. 834'e göre ivazın irat şeklinde ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde, taşınmaz malikine azami üç yıllık irat alacağı için üst hakkı üzerinde kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. Taşınmaz malikinin talebi üzerine üst hakkı sahibi ipotek hakkının tescilinden kaçınırsa malik TMK md. 716'ya göre dava açabilecektir¹⁰³¹.

Kanundan doğan benzer bir ipotek hakkı TMK md. 829/II-III'te öngörülmüştür. Buna göre taşınmaz maliki sözleşmede öngörülmesine rağmen, kendisine kalan yapılar için bedel ödemez veya güvence göstermezse, üst hakkı sahibi/rehinli alacaklılar bu bedele teminat olarak üst hakkı yerine ipotek kurulmasını isteyebilir. İpoteğin kurulmasını isteme hakkının hukukî niteliği tartışmalıdır¹⁰³². Bir görüşe göre malik tazminat ödemekten veya güvence göstermekten imtina ederse üst hakkı sahibi TMK md. 716 kıyasen uygulanmasıyla dava açabilir¹⁰³³. Mahkemenin kararıyla ipotek tescilden önce kurulmuş olur.

TMK md. 724'te, taşınmaz mülkiyetinin devrini isteme alacak hakkının kanundan doğduğu tipik bir durum söz konusudur¹⁰³⁴. Maddeye göre kendi malzemesiyle başkasının arazisinde yapı kuran kişinin kimi şartların altında taşınmaz mülkiyetini devir hakkı olduğu düzenlenmiştir¹⁰³⁵. Bu şartlar haksız yapının değerinin açıkça arazinin değerinden fazla olması ve malzeme sahibinin iyi niyetli olmasıdır¹⁰³⁶. Malzeme sahibi bu hakkını kullandığında malik ile anlaşılırsa, taşınmaz satış sözleşmesi kurarlar¹⁰³⁷. Anlaşamazlarsa iyi niyetli malzeme sahibi bu hakkını, TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla, tescile zorlama davası açarak kullanır (TMK md. 726)¹⁰³⁸. TMK md.

¹⁰³¹ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 539, pr. 2443; Ayan, M. (2015). *Eşya Hukuku -III- Sınırlı Ayni Haklar (7.Baskı)*. Konya: Mimoza Yayınları, s. 108; yapı alacaklısı (inşaatçı) ipoteğinde ise (TMK md. 893) hak sahibi doğrudan tapu sicil müdürlüğüne tescil talebinde bulunabilir. Bu nedenle tescile zorlama davası gündeme gelmez.

¹⁰³² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 653.

¹⁰³³ Ayan, (2015), **a.g.k.**, s. 106; diğer görüşe göre hak sahibi bu ipoteğin kurulmasını doğrudan tapu sicil görevlisinden talep edebilir. Bu yönde: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 980.

¹⁰³⁴ Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 88; bu hakkın hukukî niteliği tartışmalıdır. Temel olarak, eşyaya bağlı borç niteliğinde olduğu, yenilik doğurucu hak olduğu ve alacak hak olduğu görüşleri vardır. Doktrinde hâkim görüş ve Yargıtay içtihatları; mülkiyetin devrini isteme hakkının alacak hakkı niteliğinde olduğu yönündedir. (Bu yönde: Erkan, V. U. (2014). Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Yıl: 63. Sayı: 3, s. 458; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 671-673, s. 335, 336; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 349; üç görüşün kabulünde de malzeme sahibi -anlaşamama halinde- hakkını tescile zorlama davası açarak kullanır (TMK md. 716).; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 824.

¹⁰³⁵ Burada malzeme sahibinin seçimlik hakkı vardır. İyi niyetli malzeme sahibi taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebileceği gibi tazminat talebinde de bulunabilir. (Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 671-673, s. 332; Göksu, (2016), **a.g.k.**, Art. 672, s. 190; Erkan, (2014), **a.g.k.**, s. 457.).

¹⁰³⁶ Erkan, (2014), **a.g.k.**, s. 457.

¹⁰³⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 489; Erkan, (2014), **a.g.k.**, s. 459.

¹⁰³⁸ Liver, Hinderling, Piotet, (1977), **a.g.k.**, s. 182; Erkan, (2014), **a.g.k.**, s. 462; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 88; 14. HD 2014/8467 E., 2014/14016 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

724'ün şartları sağlanmışsa, mahkemenin bu yöndeki kararının kesinleşmesiyle malzeme sahibi, taşınmazın mülkiyetini tescilden önce kazanır¹⁰³⁹. Taşkın yapıya katlanma yükümlülüğünde de benzer bir hal söz konusudur (TMK md. 725/II)¹⁰⁴⁰.

Zorunlu kaynak (su) hakkı yükümlülüğünün düzenlendiği TMK md. 761'e göre kanundaki koşulların sağlanmasıyla¹⁰⁴¹ malik, komşu taşınmaz malikinden kaynak irtifakını kurmasını isteyebilir. Komşu taşınmaz maliki tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, malik tescile zorlama davasıyla bu hakkın kurulmasını isteyebilir¹⁰⁴². Hâkimin kararıyla irtifak hakkı tescilden önce kazanılır.

TMK md. 791'e göre tapu kütüğünde kullanılacağı yer gösterilmiş olsa dahi taşınmazın sadece belli kısmının kullanılmasına ilişkin irtifak hakkı, yüklü taşınmazın malikinin istemiyle taşınmazın başka bir yerine nakledilebilir¹⁰⁴³. Bunun için gereken şartlar; bu naklin irtifakın kullanımını zorlaştırmaması, malikin menfaatini ispat etmesi¹⁰⁴⁴ ve değişiklik için gereken masrafları üstlenmesidir¹⁰⁴⁵. Malikin, irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesini isteme hakkı, hukukî niteliği itibarıyla, alacak hakkıdır¹⁰⁴⁶. TMK md. 791'deki koşulların sağlanmasına rağmen irtifak sahibi yer değişikliğine rıza göstermezse yüklü taşınmaz maliki TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla dava açar¹⁰⁴⁷. Kanundaki koşulların sağlanması halinde mahkemenin bu yönde vereceği kararın kesinleşmesiyle, irtifakın yeri değişir¹⁰⁴⁸.

TMK md. 747/I taşınmazından genel yola erişmek için yeterli geçidi bulunmayan malike, bedelinin ödenmesi koşuluyla, komşulardan geçit hakkı tanınması hakkını verir.

¹⁰³⁹ Erkan, (2014), **a.g.k.**, s. 459; ayrıca doktrinde kimi yazarlara göre, iyi niyetli malzeme sahibi taşınmazın mülkiyetinin devrini talep etmek yerine taşınmazda üst hakkı kurulmasını da isteyebilir. Bkz. Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 139; Göksu, (2016), **a.g.k.**, Art. 673, s. 193, 194; kanunda açıkça öngörülmediğinden üst hakkı tanınmayacağı yönünde: Erkan, (2014), **a.g.k.**, s. 458.

¹⁰⁴⁰ Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 104; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 410 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 516 vd.

¹⁰⁴¹ Bu şartlar için bkz. Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 451 vd.

¹⁰⁴² Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 104; Liver, (1980a), **a.g.k.**, s. 157; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 452.

¹⁰⁴³ Doktrindeki bir görüşe göre irtifakın kullanım yerinin değiştirilmesini irtifak hakkı sahibi de talep edebilir. Bu yönde: Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 742, s. 530; Göksu, (2016), **a.g.k.**, Art. 742, s. 447; Özbilen, A. B. (2019). İrtifak Haklarının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi. *İstanbul Hukuk Mecmuası*. Cilt 77, Sayı 2, s. 490; aksi yönde: Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 261.

¹⁰⁴⁴ Örneğin taşınmaza bir inşaat yapılacak olması. Aybay, Hatemi, (2012), **a.g.k.**, s. 261.

¹⁰⁴⁵ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 659; Özbilen, (2019), **a.g.k.**, s. 475 – 502; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 820.

¹⁰⁴⁶ Özbilen, (2019), **a.g.k.**, s. 497.

¹⁰⁴⁷ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 659; Özbilen, (2019), **a.g.k.**, s. 499.; Esener, Güven, (2018), **a.g.k.**, s. 385, 386.

¹⁰⁴⁸ Honsell-Wogt-Geiser, Art. 742 N 14; Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 742, s. 535; Leemann, Art. 742, No: 8; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 821; Özbilen, (2019), **a.g.k.**, s. 475 – 502.

Bu hak niteliği itibariyle bir alacak hakkıdır¹⁰⁴⁹. Komşu malik bu yönde tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, taşınmazın maliki tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 780/II)¹⁰⁵⁰. Mahkeme kararının kesinleşmesiyle, geçit irtifakı kurulmuş olur¹⁰⁵¹. Diğer görüşe göreyse kanundan doğan geçit irtifakının kurulmasını isteme hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁰⁵². Hak sahibinin, talebinde bulunmasını istemesine rağmen borçlu malik tescilden kaçınırsa alacaklı tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 780/II)¹⁰⁵³.

İrtifak hakkı kurma yükümlülüğü getiren TMK md. 744/I uyarınca her malik - öngörülen şartların oluşması kaydıyla- enerji taşınması için gereken boruların, elektrik hatlarının ve kablolarının taşınmazının altından veya üstünden geçirilmesine katlanma yükümlülüğü altındadır. Buna zorunlu mecra hakkı denir¹⁰⁵⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre, TMK mecra ihtiyacı olan kişiye irtifak hakkının kurulmasına yönelik alacak hakkı tanımıştır¹⁰⁵⁵. İrtifak kurma borçlusu, alacaklı adına tescil talebinde bulunmazsa, alacaklı tescile zorlama davası açabilir¹⁰⁵⁶. Mahkeme kararının kesinleşmeyle mecra irtifakı tescilden önce kazanılmış olur¹⁰⁵⁷.

1.2.4.2. TMK'nın aile hukuku kitabında düzenlenen durumlar

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde eş üstün yararını ispat ederek ve malın bedelini ödeyerek, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan malın (taşınmazın) kendisine verilmesini isteyebilir (TBK md. 226/II)¹⁰⁵⁸. Bu taşınmaz mülkiyetinin devrini talep etme hakkı, doğrudan kanundan doğan alım hakkı niteliğindedir¹⁰⁵⁹. Üstün yararı bulunan eşin

¹⁰⁴⁹ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 403; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 450; zorunlu mecra hakkında ise yapılan tescil bildirici niteliktedir. (Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 403.)

¹⁰⁵⁰ Liver, (1980a), **a.g.k.**, Art. 731, s. 157, 158; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 103; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 403; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 450; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 584, 585; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 419, pr. 1866.

¹⁰⁵¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 450; bir görüşe göre bu davada hem irtifak sözleşmesinin kurulması hem de mahkemenin TMK md. 716 uyarınca inşaf kararları hak sahipliğine hükmetmesi talep edilir; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 104.

¹⁰⁵² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 584; Hatemi/Serozan/Arpacı, (1991), **a.g.k.**, s. 665.

¹⁰⁵³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 584; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 450.

¹⁰⁵⁴ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 445.

¹⁰⁵⁵ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 398; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 446; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 302.

¹⁰⁵⁶ Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 104; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 446; Rey, (2007), **a.g.k.**, s. 302, 306; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 398.

¹⁰⁵⁷ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 674, s. 349.

¹⁰⁵⁸ Aynı hak, paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde (TMK md. 248/II) ve mal ortaklığı rejiminde de (TMK md. 278 vd.) tanınmıştır. Kılıçoğlu, A. M. (2015a). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 367.

¹⁰⁵⁹ Kılıçoğlu Yılmaz, K. (2014). Eşlerin Paylı Mülkiyetleri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Sayı 114, ss. 101; Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2016). *Aile Hukuku*. (19. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 177, 178; Kılıçoğlu,

bu hakkını kullanmasıyla sözleşme kurulmuş olur¹⁰⁶⁰. Eşlerin payın devri hususunda anlaşmaları gerekir¹⁰⁶¹. Aksi halde mahkemenin kararıyla devir sözleşmesi kurulmuş olur¹⁰⁶². Borçlu eşin tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması halinde, diğer eş tescile zorlama davası açabilir¹⁰⁶³.

Nişanlılığın evlilik dışında bir nedenle sona ermesi halinde, nişanlılar, ana-babaları veya onlar gibi davrananlar, diğer nişanlıya verdikleri alışılmışın dışındaki hediyeleri geri isteyebilir (TMK md. 122). Bir görüşe göre bu hak niteliği itibarıyla şahsi bir haktır¹⁰⁶⁴. Zira sebebin gerçekleşmemesi türünde bir sebepsiz zenginleşme söz konusudur¹⁰⁶⁵. Nişan hediyesi olarak bir taşınmazın devredilmesi de mümkündür. Böylece, nişanın evlilik dışı sona ermesi halinde -kanundaki şartların gerçekleşmesiyle- hediye olarak devredilen taşınmazın iadesi gerekir. Taşınmaz kendisine nişan hediyesi olarak verilen nişanlı bundan kaçınırsa, hak sahibi (duruma göre diğer nişanlı, ana-babası veya onlar gibi davrananlar) tescile zorlama davası açarak taşınmazın iadesini sağlayabilir.

Edinilmiş mallara katılma ve paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde evliliğinin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde, sağ kalan eş, yaşamını devam ettirebilmek için haklı sebeplerin varlığı halinde ölen eşe ait olan aile konutunun kendisine devredilmesini isteme hakkına sahiptir (TMK md. 240/III, md. 255/I). Bu halde kanundan doğan taşınmaz mülkiyetinin devredilmesini isteme hakkı vardır¹⁰⁶⁶. Sağ kalan eşin talebine rağmen ilgililerin tescile haksız olarak yanaşmaması halinde, sağ kalan eş tescile zorlama davası açabilir¹⁰⁶⁷.

Benzer şekilde edinilmiş mallara katılma ve paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde evliliğinin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde sağ kalan eş, kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkının tanınmasını isteyebilir (TMK md. 240/I, md. 255/II). Bu hallerde irtifak hakkının

(2015a), **a.g.k.**, s. 366; Yıldırım, A. (2018). *Türk Aile Hukuku*. (2. Baskı). Ankara: Monopol Yayınları, s. 104; Dural, Öğüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 216, 217.

¹⁰⁶⁰ Akıntürk, Ateş, (2016), **a.g.k.**, s. 178.

¹⁰⁶¹ Dural, Öğüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 216.

¹⁰⁶² Dural, Öğüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 217.

¹⁰⁶³ Bu yönde: Yarg. 8. HD., T. 30.03.2010, E. 2009/6961, K. 2010/1449: Yargıtay, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine ilişkin TMK 226/II'ye göre açılan davanın (üstün yararı bulunan eşin hakkını kullanmasıyla ve mahkemenin de onaylamasıyla eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan malın payın devrine ilişkin dava) TMK md. 716'daki tescile zorlama davası niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.

¹⁰⁶⁴ Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, S. S. (1971). *Türk Aile Hukuku*, (İkinci Baskı), İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 29; Dural, Öğüz, Gümüş, (2015), **a.g.k.**, s. 45; Yıldırım, (2018), **a.g.k.**, s. 21; aynı (mülkiyet) hakkı olduğu yönünde: Kılıçoğlu, (2015a), **a.g.k.**, s. 41; Akıntürk, Ateş, (2016), **a.g.k.**, s. 49.

¹⁰⁶⁵ Hatemi, H. ve Kalkan Oğuztürk, B. (2014). *Aile Hukuku*. (4. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 25.

¹⁰⁶⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407.

¹⁰⁶⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407.

kurulmasını isteme, doğrudan kanundan doğar. İlgililerin bu talebi reddetmeleri halinde sağ kalan eş, tescile zorlama davası açabilir¹⁰⁶⁸.

Anlaşmalı boşanma protokolü taşınmazın diğer eşe devri borcu içeriyorsa, mahkemece uygun bulunduğu kararın bir parçası haline geldiğinden (TMK md. 166/III) boşanma davasında verilen mahkeme kararının kesinleşmesiyle diğer eş mülkiyeti tescilden önce kazanır¹⁰⁶⁹. Bu anlamda alacaklı eşin tescile zorlama davası açmasına gerek kalmaz. Ancak anlaşmalı boşanma tutanağı hâkim tarafından onaylanmamışsa, örneğin boşanma gerçekleşmekle birlikte anlaşmalı boşanma olarak gerçekleşmemişse taşınmazın mülkiyeti tescilden önce kazanılmaz¹⁰⁷⁰. Bu durumda eşin anlaşmalı boşanma protokolüne dayanarak tescile zorlama davası açması gerekir¹⁰⁷¹. Bu halde ayrıca resmî şekilde devir sözleşmesinin yapılmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır¹⁰⁷².

1.2.4.3. TMK'nın miras hukuku kitabında düzenlenen durumlar

TMK md. 652 terekede aile konutunun bulunması halinde sağ kalan eşe, bu konut üzerinde miras hakkına mahsuben, mülkiyet hakkı tanınmasını isteme hakkı vermiştir. Bu hallerde taşınmaz mülkiyetinin devredilmesini isteme hakkı, kanundan doğar¹⁰⁷³. Sağ

¹⁰⁶⁸ İsviçre hukukunda 2000 yılında yapılan değişikliklerle eşlerden birinin -çocukların varlığı gibi- hukuken korunan menfaati olduğu takdirde, boşanma sonrasında aile konutu üzerinde oturma hakkı tanınabileceği düzenlenmiştir (ZGB Art. 121/III). Eşlerin oturma hakkının tahsisi üzerinde anlaşması halinde tapu sicilinde malik olarak görünen eşin tescil talebinde bulunması gerekir. Aralarındaki anlaşmaya rağmen borçlu eş oturma hakkının tescilinden haksız olarak kaçınırsa veya eşler anlaşamazsa diğer eş ZGB md. 665 (TMK md.716)'ya göre dava açabilir. Mahkemenin bu yöndeki kararının kesinleşmesiyle oturma hakkı tescilden önce inşaî olarak kazanılır. Deillon-Schegg, (2000), **a.g.k.**, ss. 21, 22; Ayrıca bkz. Oktay-Özdemir, S. (2015). Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı . *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. Yıl: 35. Sayı: 1, s. 42, dpnt. 28.

¹⁰⁶⁹ Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 2578; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 408; Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 141; Atmaca Ülkü, H. (2017). Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü. *Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, s. 137 ve 184; aksi yönde bkz. Yarg. 12. HD., T. 12.6.2013, E. 2013/11851, K. 2013/22155 (Karar metni için bkz. Kazancı, E.T.: 15.4.2016); karşı. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 658; Yargıtay bir kararında, boşanma protokolünde üçüncü kişideki taşınmazı eşine devretmeyi üstlenen diğer eşin bu borcunun yerine getirmemesi halinde tazminat borcu doğacağına hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 26.04.2010, E. 2010, K. 8238.

¹⁰⁷⁰ Atmaca Ülkü, (2017), **a.g.k.**, s. 137.

¹⁰⁷¹ Bu yönde: Yarg. 2. HD., T. 26.02.2014, E. 2564., K. 3993. (www.kazanci.com.tr).

¹⁰⁷² *Tekinay*'a göre boşanma veya ayrılığın bağlı (feri) sonuçlarına ilişkin anlaşma taşınmaz devrini içeriyorsa, hâkimin onayıyla devir alacaklısı eş mülkiyeti tescilden önce kazanmaz. Hâkimin bu anlaşmayı onayladığı için artık tarafların tapuda resmi şekilde satış sözleşmesi yapması gerekmez. Böyle bir anlaşmaya rağmen devir borçlusu eş, alacaklı eş adına tescil yaptıktan kaçınırsa alacaklı eş tescile zorlama davası açabilir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 718, 719.

¹⁰⁷³ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407.

kalan eşin bu yöndeki talebine rağmen, mirasçılar sağ kalan eş adına tescil talebinde bulunmaktan kaçınırlarsa, sağ kalan eş tescile zorlama davası açabilir¹⁰⁷⁴.

5403 sayılı Toprak Koruma Kanunu'nda tarımsal arazilerin bölünme nedeniyle fayda ve verimlerinin azalmasını önleme amacıyla, tarımsal taşınmazların devrine birtakım sınırlar getirilmiştir¹⁰⁷⁵. Bu kısıtlamalar temel olarak devrin yapılacağı süre, kişi ve arazinin büyüklüğü hususlarındadır. Tescile zorlama davası için önem taşıyan husus ise anılan kanunda, miras olarak alınmış tarımsal taşınmazlarda devir zorunluluğunun öngörülmüş olmasıdır¹⁰⁷⁶. İfade edilen kısıtlamalar, 5403 sayılı kanunu değiştiren 6557 sayılı kanunun getirdiği yeniliklerdir. 5403 sayılı kanuna göre mirasçılar tarımsal araziye mutlaka devretmek durumundadır¹⁰⁷⁷. Mirasçılar bu taşınmazı aralarında anlaşarak kanunda öngörülen sürede devretmezlerse, kanun bu taşınmazın devredilmesi için özel bir prosedür öngörmüştür¹⁰⁷⁸. Öncelikle mirasçılar tarımsal araziye bir mirasçıya veya md. 8/C'de öngörülen diğer kişilere¹⁰⁷⁹ devrine karar verebilirler¹⁰⁸⁰. Mirasçılar aralarında anlaşarak taşınmazı md. 8/C'de öngörülen kişilere bir yıl içinde devretmezlerse Bakanlık veya herhangi bir mirasçı, dava açarak taşınmazın “*ehil mirasçı*”ya¹⁰⁸¹ veya md. 8/Ç'de öngörülen diğer kişilere devredilmesini isteyebilir. Açılan davada Mahkeme tarımsal taşınmazın devredileceği ehil mirasçıyı belirler ve bu kişiye edineceği taşınmazın bedelini depo etmesi için süre verir¹⁰⁸². Bedel depo edilirse hâkim taşınmazın ehil mirasçıya devrine karar verir (md. 8/C/II)¹⁰⁸³.

İşte, taşınmazın mülkiyetinin mirasçılar tarafından bir yıl içinde kanunda öngörülen kişilere devredilmemesi halinde ehil mirasçı tescile zorlama davası açabilir (TMK md. 716)¹⁰⁸⁴. Bu yöndeki mahkeme kararının kesinleşmesiyle, mirasçı taşınmazın mülkiyetini

¹⁰⁷⁴ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 407.

¹⁰⁷⁵ Şen Doğramacı, (2016), **a.g.k.**, s. 69.

¹⁰⁷⁶ Bkz. Özçelik, B. (2015). 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt XIX, Sayı 1, s. 97 vd.; Şen Doğramacı, (2016), **a.g.k.**, s. 69 vd.

¹⁰⁷⁷ Özçelik, (2015), **a.g.k.**, s. 93.

¹⁰⁷⁸ Özçelik, (2015), **a.g.k.**, s. 93.

¹⁰⁷⁹ Diğer kişilere ilişkin detaylar ve tartışmalar için bkz. Özçelik, (2015), **a.g.k.**, s. 93 vd.

¹⁰⁸⁰ Bu devirde 5403 sayılı kanunda öngörülmüş tarımsal araziye ilişkin sınırlamalara riayet edilmesi gerekir.

¹⁰⁸¹ Ehil mirasçı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Özçelik, (2015), **a.g.k.**, s. 95, dpnt. 18.

¹⁰⁸² Bu süre altı aya kadardır. Ancak altı aylık ek sürenin verilmesi de mümkündür.

¹⁰⁸³ Özçelik, (2015), **a.g.k.**, s. 94, 95; Aksi halde taşınmaz açık artırma ile satılır (md. 8/D/1).; md. 8/C/II-a: “*Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilen ehil mirasçıya tarımsal gelir değeri üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgari geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayayan mirasçıya, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine, ehil mirasçı olmaması hâlinde, mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verir*”;

¹⁰⁸⁴ Şen Doğramacı, (2016), **a.g.k.**, s. 79; Özçelik, (2015), **a.g.k.**, s. 97.

tescilden önce kazanır. Bu halde taşınmaz mülkiyetinin devrini isteme alacak hakkı, doğrudan 5403 sayılı kanundan doğar¹⁰⁸⁵.

Aslında bu halde taşınmaz mülkiyetini devir borcu TMK'nın miras hukuku kitabından değil; 5403 sayılı kanundan doğmaktadır. Ancak bu hak tarımsal arazinin miras kalmasından kaynaklandığı ve temel olarak mirasçılara ait olduğu için bu başlıkta değerlendirilmiştir.

1.2.4.4. Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenen durum

Bir idari işlem, idareye taşınmaz mülkiyetini devretme yükümlülüğü getirebilir¹⁰⁸⁶. Eşdeyişle idari işlem, tescile zorlama davasına esas teşkil edebilir.

2942 sayılı KK md. 23'e göre, idarenin kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırma amacına uygun olarak işlem-tesisat yapması veya taşınmazı kamu yararına yönelik ihtiyaca tahsis etmesi gerekir. Kamulaştırma yapan idare kendisine devredilen taşınmazı olduğu gibi bırakırsa, taşınmazın eski maliki veya mirasçıları kamulaştırma bedelini faiziyle ödeyerek taşınmazı geri alabilir (KK 23/I)¹⁰⁸⁷. Görüldüğü üzere KK eski malike (veya mirasçılarına) anılan koşullarda geri alma hakkı tanımıştır. Burada kanundan doğan alım hakkı mevcuttur¹⁰⁸⁸. Bu hakkın kullanılmasıyla taşınmaz satış sözleşmesi kurulmuş olur. Buna rağmen idarenin, eski malik adına tescili talep etmemesi halinde, eski malik veya mirasçıları adli yargıda, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemelerinde dava açabilirler (KK md. 24/II ve 37)¹⁰⁸⁹. Bu dava TMK md. 716'da düzenlenen tescile zorlama davasıdır¹⁰⁹⁰. Bu davanın davacısı eski malik; davalısı ise kamulaştırmayı yapan idaredir. Açıklanan bu durum, tescile zorlama davasının idare hukukundan doğmasına örnektir¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁵ Şen Doğramacı, (2016), **a.g.k.**, s. 79; Özçelik, (2015), **a.g.k.**, s. 97.

¹⁰⁸⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 324; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 656.

¹⁰⁸⁷ Geri alma hakkı doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmazsa, düşer (KK 23/II).

¹⁰⁸⁸ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 313, pr. 1377; Yarg. HGK., 8.5.2002, 5-373/387: kararda Yargıtay, park yapılıma amacıyla kamulaştırılan parselin olduğu gibi bırakılması ve kamunun yararlanması halinde kamulaştırma amacına uygun tahsis yapılmamasının söz konusu olmadığına hükmetmiştir. (YKD. 2002/II, sah. 1627). (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 418, dpnt. 588'den).

¹⁰⁸⁹ Eski malik veya mirasçıları, idareye başvurmaksızın da doğrudan KK md. 23'e dayanarak tescile zorlama davası açabilir. KK 37'ye göre bu uyuşmazlık basit yargılama usulü ile görülür.

¹⁰⁹⁰ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 314, pr. 1380; uygulamada ve Yargıtay içtihatlarında bu davaya tapu iptal tescil davası da denmektedir. Bkz. Yarg. 18. HD., 27.04.2010, E. 2010/812. K. 2010/6444. Ancak bu isimlendirme yanlıştır. Zira burada sicil yolsuz değildir.

¹⁰⁹¹ KK md. 25/I'e göre kamulaştırmanın mahkeme kararıyla gerçekleştiği hallerde de taşınmazın mülkiyeti mahkemenin kararıyla tescilden önce kazanılır. Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 89; Kamulaştırma Kanunu'nda md. 8/V'te 2016 yılında yapılan değişiklikle kamulaştırma tutanağında malikin tescil beyanının yer alması da öngörülmüştür. Böylece kamulaştırma tutanağının imzalanmasıyla derhal tescilin yapılması mümkün hale

1.2.5. Mahkeme kararı

Borçlu taşınmaz satış vaadinden doğan borcunu ifa etmediğinde alacaklı borcun aynen ifasını talep edebilir¹⁰⁹². Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borç asıl sözleşme olan satış sözleşmesini kurmak olduğundan aynen ifa davasında asıl sözleşmenin kurulması talep edilir. Yoksa, satış vaadine dayanarak TMK md. 716'ya göre doğrudan dava açılmaz. Ancak katıldığımız görüşe göre satış vaadinden doğan borç ifa edilmediğinde, aynı davada satış sözleşmesinin kurulması ve mülkiyetin TMK md. 716'ya göre devri talep edilebilir¹⁰⁹³. Burada açılan dava, satış sözleşmesinin kurulması ve tescile zorlama davasıdır¹⁰⁹⁴. Şartları oluşmuşsa mahkeme satış sözleşmesinin kurulduğuna ve TMK md. 716 uyarınca mülkiyetin alacaklıya nakline karar verebilir. İşte bu ihtimalde mahkeme kararı bir açıdan borçlunun irade beyanı; diğer açıdan TMK md. 716 anlamında taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebeptir. Başka bir deyişle TMK md. 716 anlamında malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel, borçlunun irade beyanı yerine geçen mahkeme kararından kaynaklanır.

2. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesine Aykırılık Sebebiyle Tescile Zorlama Davası Açılması

2.1. Tanımı ve hukukî niteliği

2.1.1. Ön sözleşme niteliğinde olduğu görüşü

Ön sözleşmeler ve dolayısıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, medeni hukukun en tartışmalı konularındandır¹⁰⁹⁵.

gelmiştir. 2016 yılından önceki düzenlemeye göre ise kamulaştırma tutanağı malikin tescile rıza beyanını içermemekteydi. Tescilin yapılmaması halinde Kamulaştırma Kanunu'nun 7 ve 10. maddelerinde öngörülen süreçler işletilirdi.

¹⁰⁹² Bkz. aşa. Üçüncü Böl. 2.5. s. 154 vd.

¹⁰⁹³ Koller, A. (1994). Grundstückkaufvertrag. Die Rechtsprechung La Jurisprudence BR/DC 2 (herausgegeben von GAUCH, P., TERCIER, P., Koller, A., SCHMID, J., SCHNYDER, B., STEINAUER, P. H., VOGEL, O). S. 54; Gauch, Schluop, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

¹⁰⁹⁴ „Klage auf Abschluss des Hauptvertrags mit Klage auf die gemäss Hauptvertrag geschuldete Leistung“. Bkz. Kramer, E. (1991). *Berner Kommentar, Kommentar zum, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Inhalt des Vertrages*, Art. 19-22 OR, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern, S. 260; Gauch, Schluop, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

¹⁰⁹⁵ Bucher, (1979), **a.g.k.**, s. 178 vd.; Koller, A. (2017c). *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. Staempfli Verlag Bern, s. 406; Von Tuhr, Peter, (1984), **a.g.k.**, S. 273; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 142; Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 13.

Türk ve İsviçre hukuklarında bizim de katıldığımız hâkim görüş¹⁰⁹⁶, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ön sözleşme olduğudur¹⁰⁹⁷. Nitekim Tapu Kanunu md. 26/IX'da satış vaadi sözleşmesinden doğan alacak hakkının şerhin beş yıl içinde satışın yapılmamasından söz edilmesi, kanun koyucunun da bu sözleşmeyi ön sözleşme olarak nitelendirdiğini gösterir¹⁰⁹⁸.

Ön sözleşme kavramının düzenlendiği TBK md. 29'da ön sözleşmenin net bir tanımı bulunmamaktadır (TBK md. 29). Ön sözleşme, taraflardan biri veya ikisinin ileride bir sözleşme yapmayı borçlandığı sözleşmedir¹⁰⁹⁹. Bir ön sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için, asıl sözleşmenin tasarruf işlemi niteliğinde olmaması gerekir¹¹⁰⁰. Bu anlamda taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, salt taahhüt işlemi niteliğindedir¹¹⁰¹.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ön sözleşme olarak nitelendirilmesinin doğal sonucu şudur ki, bundan doğan borç taahhüt işlemi niteliğindeki taşınmaz satış

¹⁰⁹⁶ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önsözleşme olduğu yönünde: 14. HD 2019/4774 E., 2020/4 K.; 20. HD 2019/1507 E., 2019/3622 K.; 14. HD 2016/13561 E., 2019/4731 K.; 14. HD 2016/12127 E., 2019/4431 K.; 14. HD 2016/12052 E., 2019/4099 K.; 8. HD 2017/2377 E., 2017/3601 K.; 14. HD 2015/16972 E., 2016/7560 K.; 14. HD 2015/17480 E., 2016/3727 K.; 14. HD 2015/16113 E., 2016/3274 K.; 14. HD 2015/12514 E., 2016/1622 K.; 14. HD 2013/8676 E., 2013/10319 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır.); Yarg. 4.HD E.2015/5951, K.2015/9660; YHGK E.2011/14-408, K.2011/402; Yarg.19.HD E.2013/7608, K.2013/9638 (kararlar Esener, Gündoğdu, (2017), a.g.k., s. 87'den naklen); Yarg. 15. HD., T. 18.09.1996. E. 4630/K. 4477; Yarg. 7. HD., T. 18.01.1966. E. 6651/K. 229; Yarg. 1. HD., T. 15.01.1962. E. 7715/K. 385.

¹⁰⁹⁷ Ön sözleşme niteliğinde olduğu fikrinde: Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 245; Ozanoğlu, (2017), **a.g.k.**, s. 390; Schwenzer, (2016), **a.g.k.**, s. 180 vd.; Koller, (2017c), **a.g.k.**, S. 411 vd.; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 235; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 691; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 472; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 390; Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 85; Reisoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 98; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 363 vd.; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 345, 346; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 145; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 44 ve 71; Velidedeoğlu, Esmer, (1956), **a.g.k.**, s. 452; Surlu, (2014), **a.g.k.**, s. 31; Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 46; Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 247; Çenberci, M. (1986). *Gayrimenkul Satış Vaadi (3.Baskı)*. Ankara: Olgaç Matbaası, s. 6 vd.; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 318, pr. 1401; Alman hukukunda da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi önsözleşme olarak kabul edilir. Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 413.

¹⁰⁹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 692.

¹⁰⁹⁹ Reisoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 97 vd.; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 362; Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 85; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 142; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 40 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 46., Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 14; Feyzioğlu, F. N. (1976). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I (2. Baskı)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 278; çerçeve sözleşmelerle karşılaştırılması için bkz. Şen Doğramacı, H. (2010). *Çerçeve Sözleşmeler*, s. 130 vd.

¹¹⁰⁰ Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 406; Reisoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 98; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 364; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 57; Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 86; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 142; yukarıda önsözleşmeden bahsedebilmek için, asıl sözleşmenin taahhüt işlemi niteliğinde olması gerektiğini söylemiştik. *Kocayusufpaşaoğlu*'nun sisteminde, taşınmaz satış sözleşmesi hem taahhüt hem tasarruf işlemini birlikte ihtiva ettiğinden, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin önsözleşme olmasına engel yoktur. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 70; Fransız hukukundaki önsözleşme ise Türk-İsviçre hukukundan tamamen farklıdır. Detaylar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 47, dpnt. 35.

¹¹⁰¹ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 255; Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 243; Feyzioğlu, (1976), **a.g.k.**, s. 279; Von Tuhr, Peter, (1984), **a.g.k.**, s. 275; Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 12; Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 46; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 237.

sözleşmesini kurmaktır¹¹⁰². Başka bir deyişle bu sözleşmeden doğan borç, taşınmaz satış sözleşmesini kurmak için irade beyanında bulunmaktır¹¹⁰³.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kurulabilmesi için asıl sözleşmenin esaslı noktalarının belirli veya belirlenebilir olması gerekir¹¹⁰⁴. Taşınmaz satış sözleşmelerinde ise taşınmazın fiziksel özelliklerinin -tapu sicilinde kimliği tespit edilecek şekilde- belli olması gerekir¹¹⁰⁵. Nitekim Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 7/I-f’te resmî senedin içinde “*Taşınmazı tanımlayan bilgiler (taşınmazın mahallesi veya köyü, pafta, ada ve parsel numaraları, var ise bağımsız bölüm numarası, yüzölçümü, hissesi, cinsi, sınırı, tapu*

¹¹⁰² Bucher, (1979), **a.g.k.**, s. 193; Von Tuhr, A. ve Peter, H. (1984). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I*. Zürich: Schulthess. Polygraphischer Verlag AG, S. 275; Koller, (2017c), **a.g.k.**, S. 406; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 235; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 248; Kostkiewicz, J. K., Wolf, S., Amstutz, M., Fankhauser, R. (2016). *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht. (3. Auflage)*. Orell Füssli Verlag AG, s. 165; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 142; Becker, H. (1945). *Berner Kommentar, Obligationenrecht I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Band VI/1*, Verlag Stämpfli, Bern, s. 120; Liechti, (2018), **a.g.k.**, s. 249; Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 87; Feyzioğlu, (1976), **a.g.k.**, s. 285; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 392; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 347; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 49; malum olduğu üzere taşınmaz satış sözleşmesi noterde değil, tapu müdürlüğünde düzenlenebilir. Kişilerin noterde satış sözleşmesi düzenlemesi bu anlamda şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür (TBK md. 27). Ancak kimi yazarlar noterde düzenlenen satış sözleşmelerinin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine tahvil edilebileceğini kabul eder. Yargıtay da bu sözleşmeleri - tarafların gerçek iradesinden yola çıkarak- geçerli saymaktadır. Bkz. Şeker, M. (2008). Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini. *Legal Hukuk Dergisi*. s. 51 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 689. Benzer şekilde resmî şekilde yapılmamış satış vaadi sözleşmelerinin şekle aykırılığını ileri sürmek kimi hallerde TMK md. 2/II anlamında dürüstlük kuralına aykırı olabilir (Altaş, (1998), **a.g.k.**, s. 181 vd; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 247); bu yönde: Yarg. HGK., T. 10.02.1960, E. 4-6/K. 188; önsözleşme ile Culpa in Contrahendo kurumlarının karşılaştırılması için bkz. Demircioğlu, H. R. (2008). *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*. Ankara: Yetkin Yayınları. 51 vd.; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 406.

¹¹⁰³ Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 169; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 68; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 248; Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 87.

¹¹⁰⁴ Huguenin, C. (2019). *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*. (Schulthess Juristische Medien AG, s. 45; Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 255; Schwenzler, (2016), **a.g.k.**, s. 180; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 410; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 347; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 364; Reisoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 98; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 472; Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 86; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 392, dpnt. 461; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 48; bu yönde Yarg. 14. HD. 15.11.2007, K. 2007/14157., Yarg. 14. HD., T. 01.03.2004, E. 8604, K. 1301; örneğin, yalnız kişinin işe alınacağına dair vaat, sözleşmenin esaslı unsurlarını içermediğinden, önsözleşme sayılamaz. Bkz. Feyzioğlu, (1976), **a.g.k.**, s. 279; aynı yönde bkz. BGE 118 II 32; BGE 98 II 305; BGE 117 II 273; İFM 1969 yılında verdiği kararında da (BGE 95 II 42), satış sözleşmesinde, satış vaadi sözleşmesine konu olan taşınmaz yeteri kadar belirtilmemişse, sözleşmenin geçersiz olduğunu belirtmiştir; İFM 1964 yılında verdiği bir kararında (BGE 90 II 21) hangi taşınmazın satıldığının sözleşmeden belirlenebilir olması gerektiğine hükmetmiştir. Karara göre, taşınmazın tapudaki numarasının belirtilmesi zorunlu değildir; taşınmazın kimliğini tespit etmeye yetecek işaretler yeterlidir. Bu açıklananlar taşınmaz satış vaadi sözleşmesi için de geçerlidir.

¹¹⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 73-75; *Kocayusufpaşaoğlu* buna ilişkin hükümlerin düzen hükmü (*Ordnungsvorschrift*) olduğu görüşündedir. Bunun sonucu olarak, taşınmazın tespit edilebilir şekilde belirtildiği satış sözleşmeleri -aynen tapu sicilinde olduğu gibi gösterilmese de- geçerlidir. Satıcının tescil talebinden kaçınması halinde TMK md. 716’ya dayanılarak dava açılabilir. *Von Tuhr* ise böyle bir sözleşmenin taşınmaz satış vaadi niteliğinde olduğunu savunur.

kaydının cilt ve sayfa numaraları“nın bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Taşınmazın kimliği tapu sicilinde belirlenebilir değilse tapu sicili görevlisi satış sözleşmesini düzenlemez. İşte taşınmazı tanımlayan bu bilgilerin verilemediği durumlarda çare taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaktır¹¹⁰⁶. Ayrıca taşınmaz satış sözleşmesinin yapılamayacağı haller olan; taşınmazın bir parçasının satılmak istendiği fakat bu bölümün tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedirmediği hallerde, kişinin bir yerdeki bütün taşınmazlarını satmak istemesi halinde¹¹⁰⁷, taşınmazın imar bölgesine alınması kaydıyla satın alınmak istenmesi halinde¹¹⁰⁸, kişinin kendine ait olmayan taşınmazı satmak istemesi halinde¹¹⁰⁹, kişinin mülkiyetini tescilden önce kazandığı fakat henüz tescil ettirmediği taşınmazını satmak istemesi halinde, tapu siciline kayıtlı olmayan taşınmaz satılmak istendiğinde¹¹¹⁰, şirket henüz tüzel kişilik kazanmamışken, şirket ortaklarının taşınmaz almak istemesi halinde¹¹¹¹, müzakerede kimi meselelerde uzlaşma sağlanamamış olsa da o ana kadar anlaşılan hususların iki taraf için de bağlayıcı olması istendiğinde¹¹¹² taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılabilir¹¹¹³. Kişinin kendi taşınmazını ileride bir kişiye satmak istediği hallerde ise alım sözleşmesi kurulması daha makuldür¹¹¹⁴. Çünkü artık yenilik doğurucu nitelikteki alım hakkının kullanılması ile satış sözleşmesi meydana gelmiş olur. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden ise satış sözleşmesinin kurulmasının isteme şahsi hakkı doğar. Dahası -diğer ön sözleşmelerde olduğu gibi- taşınmaz satış vadinin de tek tarafa borç yükleyecek şekilde yapılabilmesi, onu taşınmaz satışından ayıran farklardan biridir¹¹¹⁵.

¹¹⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 76.

¹¹⁰⁷ Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 245; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 351; Burada kastedilen malikin “*x şehrindeki bütün taşınmazlarımı A kişisine satmayı vaat ediyorum*” diyebilmesidir. Yoksa elbette hepsinin birer birer tapuda satılması mümkündür. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 79.

¹¹⁰⁸ Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 45; Koller, (1994), **a.g.k.**, s. 54; BGE 97 II 48: İFM'nin 1971 tarihli kararına konu olan uyuşmazlıkta, satış vaadi sözleşmesinin konusu, arazinin parsellemesinden sonra park alanıdır.

¹¹⁰⁹ Yarg. 14. HD., T. 03.02.2003, E. 7835/K. 779; Yarg. 13. HD., T. 06.04.1981, E. 917/K. 2464; Yarg. 14. HD., T. 04.06.1991, E. 9617, K. 5555; Yarg. 14. HD., T. 10.05.1990, E. 4561, K. 4413. (Surlu, (2014), **a.g.k.**, s. 40.).

¹¹¹⁰ Bu satışın mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 82, 83.

¹¹¹¹ Schwenzer, (2016), **a.g.k.**, s. 181; Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 13.

¹¹¹² Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 14.

¹¹¹³ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 79, 80; bu hallerde dahi taşınmazın en azından belirlenebilir olması -örneğin satılmak istenen parçanın taşınmazın tam olarak neresinde olduğunun belli olması- gerekir.; Aksi yönde eski tarihli Yargıtay kararları olsa da sözleşme özgürlüğünün gereği olarak bu sözleşmelerin geçerli olması gerekir. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 78; Bkz. Yarg. 1. HD., E. 4449/K. 3406, T. 04.02.1944; Yarg. 1. HD., T. 01.11.1951, E. 6868/K. 4663; Yarg. 1. HD., T. 04.10.1955, E. 4578/4687.

¹¹¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 83; alım hakkının tanınmasının mümkün olmadığı hallerde elbette taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılabilir.

¹¹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 86; tek taraflı satış vadinde alıcıya satın alma borcu yüklenmez. İki taraflı satış vaadi sözleşmesinde ise satıcının satma; alıcının da alma borcu vardır.

2.2.2. Ön Sözleşme Olmadığı Görüşü

Ön sözleşme kurumuna karşı çıkan görüş

Doktrinde bazı yazarlar¹¹¹⁶ ön sözleşme kurumunun gereksiz olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre özellikle asıl sözleşme ile ön sözleşmenin tarafları aynı kişiler ise ön sözleşme yapılmasını makul gösterecek neden bulmak zordur. Çünkü aslında ön sözleşmede de asıl sözleşmedeki edimler borçlanılır¹¹¹⁷. Taşınmaz satış vaadine dayanarak tescile zorlama davası açılabilmesi de bu görüşün argümanlarından biridir.

Satış konusunun veya bedelinin tam olarak belli olmadığı hallerde ön sözleşme yapmanın makul olduğu savunması bu görüşe göre kabul edilemez. Zaten satış sözleşmesinin konusunun da belirli olması şart değildir; bilakis belirlenebilir olması yeterlidir¹¹¹⁸. Sözleşme konusunun belirli veya belirlenebilir olması ön sözleşmeler için de geçerli olduğundan, satış sözleşmesi yerine ön sözleşme yapmak anlamsızdır¹¹¹⁹.

Bu görüşün bazı temsilcileri¹¹²⁰, taşınmaz devirleri özelinde de ön sözleşmenin gereksiz olduğunu savunur. Bu görüşe göre; ilk olarak ileride bazı koşulların gerçekleşmesinin beklendiği hallerde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılması makul değildir. Çünkü bunun yerine taşınmaz satış sözleşmesi şarta bağlanabilir¹¹²¹. İkinci olarak, nasıl taşınmaz satışında esaslı unsurlar olan taşınmaz ve bedelin belirli olması

¹¹¹⁶ Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 14; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 49'da anılan yazarlar; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 363 vd.nda anılan yazarlar.

¹¹¹⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 143; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 49.

¹¹¹⁸ Asıl sözleşmenin aynı zamanda tasarruf işlemi niteliği taşıdığı hallerde -doğal olarak- sözleşmenin konusunun belirli olması aranmaktaydı. İşte bu hallerde önsözleşme yapmak anlamlıydı. Zira asıl sözleşmeden farklı olarak önsözleşmenin konusunun belirli olması gerekli değildi. Belirlenebilir olması yeterliydi. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 144.); önsözleşme ile asıl sözleşmenin belirlilik ölçüt ve oranlarının aynı olup olmadığı tartışmalarına ilişkin bkz. Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 124 vd.

¹¹¹⁹ Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 164; Von Tuhr, Peter, (1984), **a.g.k.**, s. 276; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 363; *Tekinay*, birçok durumda asıl sözleşme yerine önsözleşme yapılmasının gerekli olmadığını; ama yine de önsözleşme kurumunun varlığının reddedilemeyeceğini ifade eder. Asıl sözleşmenin herhangi nedenle kurulmasının mümkün olmadığı hallerde veya asıl sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarının ileriye bırakılmak istendiği hallerde önsözleşme kurumu anlamlı ve gereklidir. Kişinin kendine ait olmayan taşınmazı satmak istemesi halinde, sözleşme bedelinin ileride belli olacak maliyetlere göre tayin edilmesi hallerinde önsözleşme lüzumludur. Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 14; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 143 vd.; aynı yönde: Feyzioğlu, (1976), **a.g.k.**, s. 281; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 246; farklı görüşte: Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 407. Yazara göre tarafların sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarını ileride belirlemek istemeleri halinde ortada önsözleşme-asıl sözleşme ilişkisi yoktur. İleride yapılacak sözleşme, bağımsız bir sözleşme değil; ilk sözleşmede kararlaştırılan yükümlülükleri tamamlayıcı niteliktedir. Ayrıca ilk sözleşme de önsözleşme olarak nitelendirilemez. Zira bu sözleşme ilk olarak asıl sözleşme yapma yükümlülüğünü değil; tarafların edimlerini düzenler. İFM bir kararında (BGE 42 II 494) tarafların önsözleşme olarak nitelendirdiği sözleşmeyi asıl sözleşme saymıştır (anılan eserden naklen).

¹¹²⁰ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 50 vd.

¹¹²¹ Değindiğimiz üzere uygulama yönetmeliği ve uygulama pratiğinde, tescil talebi de satış sözleşmesinde yer aldığından ve tescil talebi de şarta bağlanamayacağından, satış sözleşmesinin şarta bağlanması mümkün olmamaktadır.

aranıyorsa, aynı koşullar taşınmaz satış vaadi için de gereklidir¹¹²². Bu nedenle asıl sözleşmenin yapılması mümkünken, ön sözleşmenin yapılması makul değildir. Örneğin, kişinin belli bir taşınmazının belli bir metrekaresini satması, bu görüşe göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin dahi konusu olamaz¹¹²³. Çünkü taşınmazın neresinden alınacağı veya buna kimin karar vereceği belli değildir¹¹²⁴. Bu parçanın taşınmazın neresinde olduğu belli veya üçüncü kişiler tarafından belirlenebilir ise bu takdirde de doğrudan satış sözleşmesi yapılabilir. Yine kişinin kendine ait olmayan araziye satması mümkündür. Bunun için de ön sözleşme gerekmez.

Bizzat Satış Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Azınlıkta kalan bu görüş, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borçlardan hareket eder¹¹²⁵. Satış vaadi sözleşmesinin taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi ve bedelin ödenmesinden ibaret olduğunu, ayrıca taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yerine taşınmaz satış sözleşmesi yapılmasının hiçbir fark yaratmayacağını savunur. Nihayetinde satış vaadi hüküm ve sonuçları bakımından satış sözleşmesinden neredeyse farksızdır¹¹²⁶. Nitekim taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak da tescile zorlama davası açılabilir. Bu görüşe göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kurumu, satış sözleşmesiyle taşınmaz mülkiyetinin kazanıldığı eski kanton hukuklarının kalıntısıdır¹¹²⁷. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bizzat satış sözleşmesi olduğu görüşündeki kimi yazarlar¹¹²⁸, ön sözleşme kurumuna da karşı çıkar.

¹¹²² Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 14; Çeşitli ihtimallere ilişkin tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 53 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 143.

¹¹²³ Henüz tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydettilmemiş taşınmazın durumu ileride açıklanacaktır. Bkz. aşa. İkinci Böl. 5.1.2. s. 162.

¹¹²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 53.

¹¹²⁵ Bu görüşün temsilcisi Sungurbey, İ. (1956). *İsviçre-Türk Hukukuna göre iktisabi Mürruru Zaman*. İstanbul: Akgün Matbaası, s. 89; Sungurbey, İ. (1963). *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: Sermet Matbaası, s. 9; Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 17; detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 58 vd.

¹¹²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 215.

¹¹²⁷ Von Tuhr, Peter, (1984), **a.g.k.**, S. 276; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 60; Mecelle ve Roma Hukukundaki aynı sözleşme sisteminin benimsenmediği Türk hukukunda önsözleşme kurumunun gereksiz olduğuna ilişkin bkz. Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 247, 248; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 244; Schwenzer, (2016), **a.g.k.**, s. 180.

¹¹²⁸ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 60 vd.ndaki yazarlar.

2.3. Şerh verilmesi

Tapu Kanunu md. 26/VIII'e göre noterler tarafından düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan alacak hakkının tapu siciline şerhi taraflardan birinin istemi üzerine mümkündür. Bu alacak hakkının şerh edilmesi için şerh anlaşmasının yapılması gerekmez¹¹²⁹. Şerhten itibaren beş yıl içinde satış sözleşmesinin yapılmaması durumunda şerh resen terkin olunur (TK md. 26/IX)¹¹³⁰. TMK md. 1009'da da satış vaadinden doğan alacak hakkının şerh edilebileceği öngörülmüştür.

Diğer kişisel hakların şerhinde olduğu gibi, satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerhi ile bu hak sonraki maliklere karşı da sürülebilir hale gelir¹¹³¹. Örneğin satış vaadi sözleşmesinin kurulmasından sonra, taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişi kazansa bile, alacaklı satış vaadinden doğan alacak hakkının yeni malike ileri sürebilir¹¹³².

Ayrıca şerhin munzam etkisi nedeniyle, şerh edilmiş taşınmaz satış vaadinden doğan alacak hakkı, şerhin verilmesinden sonra meydana gelen aynı kısıtlamalardan etkilenmez¹¹³³. Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kurulmasından sonra taşınmazın haczine karar verilirse; alacaklı bu haczin kaldırılmasını isteyebilir¹¹³⁴. Üçüncü kişi taşınmaz üzerinde aynı hak kazanmışsa, satış vaadi alacaklısı -taşınmazın değerini azalttığından- bu aynı hakkın terkinini isteyebilir¹¹³⁵. Ayrıca satış vaadinin kurulmasından sonra taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişi kazanmışsa, vaat alacaklısı bu kişiden satış sözleşmesinin kurulmasını isteyebilir¹¹³⁶.

¹¹²⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 698; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 395; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 319, pr. 1409; Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 22.

¹¹³⁰ Şerhin resen kaldırılmasına ilişkin tartışmalar için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 395; üçüncü kişinin taşınmazı kötü niyetle edinmesi halinde, beş yıllık şerh süresi bitmiş olsa bile şerhin etkisinin devam edeceği yönünde: Hukuk Genel Kurulu 2015/12 E., 2016/1005 K. (karar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır).

¹¹³¹ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 319, pr. 1409; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 472; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 395; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 698; şerh edilmekle beraber satış vaadinden doğan alacak hakkının iflas idaresine karşı da ileri sürülebileceği yönünde: Yarg. 14. HD., T. 09.10.2008, E. 10142, K. 11272. (Surlu, (2014), **a.g.k.**, s. 162 vd.).

¹¹³² Bu yönde: Yarg. HGK T. 09.05.1979, E. 14-837, K. 436. Yarg. 14. HD., T. 21.12.1976, E. 5623, K. 6312. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 698'den naklen).

¹¹³³ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 319, pr. 1409; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 698.

¹¹³⁴ Bu yönde: Yarg. 14. HD., T. 12.10.1976, E. 3842, K. 4758. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 698'den naklen).

¹¹³⁵ Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 31; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 253, 254.

¹¹³⁶ Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 253; Bu yönde: Yarg. HGK., T. 09.05.1979, E. 77-14-837, K. 436 (Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 253, dpnt. 76a'dan naklen).

2.4. Aynı taşınmaz için birden fazla kişiyle satış vaadi sözleşmesi yapılması

Taşınmaz satış vadinin kurulmasından sonra taşınmaz mülkiyetini üçüncü kişinin kazanması halinde¹¹³⁷, artık bu kişiye satış sözleşmesinin kurulması ve tescile zorlama davası açılmaz¹¹³⁸. Çünkü alacaklı, satış vaadinden doğan hakkını ancak sözleşme yaptığı borçluya ve onun külli haleflerine karşı ileri sürebilir¹¹³⁹. Bu halde alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan haklarını kullanıp zararının tazminini vaat borçlusundan isteyebilir (TBK md. 112 vd.)¹¹⁴⁰. Başka bir deyişle satış vaadinden doğan alacak hakkı şerh edilmemişse, -üçüncü kişi bu satış vadinin bilse dahi- alacak hakkının taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişiye ileri sürülmesi mümkün değildir¹¹⁴¹. Ancak üçüncü kişinin davranışının TBK md. 49/II anlamında ahlaka aykırı bir fiil teşkil etmesi halinde vaat alacaklısının yeni malike dava açması mümkündür¹¹⁴². Bu davada hâkim, TBK md. 51 uyarınca aynî tazmine karar verebilir; yani TMK md. 716'ya göre taşınmaz mülkiyetinin vaat alacaklısına devredilmesine hükmedebilir¹¹⁴³.

Aynı taşınmazın birden fazla kişiye satışının vaat edilmesi halinde, Yargıtay içtihatları tarihçe eski olan sözleşmenin geçerli olacağı yönündedir¹¹⁴⁴. Halbuki tarihsel

¹¹³⁷ Burada üçüncü kişinin taşınmazın mülkiyetini -tescilden önce veya tescille- kazandığı her hali kastetmekteyiz.

¹¹³⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 399; bu yönde: Yarg. 14. HD., T. 03.05.1977, E. 1636, K. 2766.

¹¹³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 699; taşınmazın satışını vaat edenin ölümüyle mirasın bir kısmının hazineye geçmesi halinde tescile zorlama davası hazine aleyhine açılır. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 699, dpnt. 52'den naklen).

¹¹⁴⁰ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, N. 1453 vd; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 399; belediyenin imar planında değişikliğe dayanarak aldığı bedel karşılığında verdiği tahsis belgesine rağmen, taşınmaz mülkiyetini devretmemesi halinde alacaklının doğan zararlarını gidermek durumunda olduğu yönünde: Yarg. 14. HD., T. 14.01.2015, E. 2014/3-8, K. 2015/10.

¹¹⁴¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 387; Yargıtay ise taşınmazı satın alan yeni malik üçüncü kişinin satış bildiği hallerde, alacaklının bu kişiye de alacak hakkını yöneltebileceğini kabul eder. Satış vadinin şerhinin terkininden sonra üçüncü kişinin sadece alacaklıyı zarara uğratma kastıyla üçüncü kişinin taşınmazı edinmesi halinde sözleşmenin muvazaa olduğu ve tapu sicilinin düzeltilmesinin talep edilebileceği yönünde: Yarg. 14. HD., T. 29.06.2010, E. 4891, K. 7428. Üçüncü kişinin sadece bu satış bilmesi aslında ahlaka aykırı bir haksız fiil teşkil etmez. Bu konuya ilişkin kararlar için bkz. Surlu, (2014), **a.g.k.**, s. 216 vd.; burada sübjektif (kusurlu) imkânsızlık nedeniyle alacaklı TBK md. 112'ye göre tazminat talep edebilir. Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 31. Taşınmazın yok olması gibi objektif imkânsızlığın söz konusu olduğu hallerde ise TBK md. 136 uygulanacaktır.

¹¹⁴² Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 720; Bu yönde: Yarg. HGK., T. 28.04.1971, E. 70/1, K. 283. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 699, dpnt. 53'ten naklen).

¹¹⁴³ Wolf, Zingg, (2005), **a.g.k.**, s. 720; Bu yönde: Yarg. HGK., T. 28.04.1971, E. 70/1, K. 283. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 699, dpnt. 53'ten naklen).

¹¹⁴⁴ Reisoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 99; bu kararların eleştirisi için bkz. Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 41 vd.; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 319, pr. 1408; Yarg. 14. HD., T. 08.04.2008, E. 3662, K. 4895; Yarg. 14. HD., T. 28.10.2005, E. 6280; Yarg. 14. HD, T.24.03.1987, E.1986/8832, K.1987/2592: karara konu olan olayda taşınmazın satışının iki ayrı kişiye vaat edilmesi söz konusudur. İki ayrı tescile zorlama davası açılmıştır. İki mahkeme de mülkiyetin (iki alıcı tarafından da) alacaklı tarafından kazanılmasına hükmetmiştir. Ancak kararlar çeliştiği için tapu sicil müdürlüğünde bildirici tescil yapılmamıştır. Tarih itibarıyla sonra yapılan satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh edilmiştir; Yargıtay yapılan şerhin ancak kurulma tarihinden sonra hüküm

öncelik ilkesi tasarruf işlemlerinde geçerlidir, taahhüt işlemlerinde değil¹¹⁴⁵. Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri sırf taahhüt işlemi niteliğinde olduğundan, birden fazla satış vaadi kurulması halinde bunların hangisini ifa edeceğine karar vermek malikin tasarrufundadır¹¹⁴⁶. Nitekim, alacağı ifa edilmeyen alacaklı, TBK md. 112 vd. hükümlere başvurarak zararının tazminini isteyebilir. Bu nedenle ikinci satış vaadi alacaklısının TMK md. 716'ya dayanarak dava açamayacağı yönündeki içtihatlar kanımızca isabetli değildir¹¹⁴⁷.

Ayrıca Yargıtay ikinci satış vaadi sözleşmesinden doğan alacak hakkının şerh edildiği hallerde, şerhin ilk satış vaadi alacaklısına ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir¹¹⁴⁸. Eşdeyişle Yargıtay şerhin, kendisinden önce kurulan şahsi haklara karşı etkili olmayacağını kabul etmektedir. Yargıtay'ın -adeta ilk satış vaadi yapılan kişinin mülkiyeti kazandığı yönündeki- içtihadının isabetli olmadığı ifade edilmiştir¹¹⁴⁹. Çünkü şerh edilmekle birlikte vaat olunan, bu hakkını sonraki aynı hak sahiplerine ileri sürebilir hale gelir; sonraki şahsi hak sahiplerine değil¹¹⁵⁰. Yani önceki tarihli vaat alacaklısı, taşınmazın mülkiyetini sonraki tarihli satış vaadi sözleşmesinin şerhinden sonra kazanmışsa, sonraki tarihli vaat alacaklısı, yeni malike (önceki tarihli vaat alacaklısına) ana sözleşmenin kurulması ve mülkiyetin mahkeme kararıyla devredilmesi için dava açabilir¹¹⁵¹.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kurulmasından sonra ifanın borçlunun kusuru olmaksızın (objektif olarak) imkânsızlaşması halinde ise sözleşme sona erer (TBK md.

doğuracağından hareketle, bu şerhin ilk satış vaadi alacaklısına ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca ilk yapılan satış vaadine dayanarak hak kazanan davacının hakkının sürdüğüne hükmetmiştir; Yargıtay 14. HD.13.10.1988, E.1987/4244, K.1988/6494: Olayda aynı taşınmaz için, aralarında yaklaşık üç buçuk ay bulunan iki ayrı satış vaadi sözleşmesi kurulmuştur. Bu kararında ise Yargıtay taşınmazın satışının birden fazla kişiye vaat edilmesi halinde, ilk yapılan sözleşmenin öncelikli olduğuna hükmetmiştir; kararların incelemesi için bkz. Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 32 vd.; önceki satış vaadinin şerh edilmemiş; sonraki satış vaadinin şerh edilmiş olduğu ihtimalde -tarih itibarıyla önce vaat olunan mülkiyeti ikinci sözleşmeden doğan alacak hakkının şerh tarihinden önce kazanmadığı takdirde- önceki tarihli sözleşmenin önceliğinin olmaması gerektiği yönünde bizim de katıldığımız görüşler için bkz. Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 319, pr. 1409; Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 38 vd.

¹¹⁴⁵ Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 9 vd.

¹¹⁴⁶ Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 46.

¹¹⁴⁷ Bu yönde Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 41 vd.

¹¹⁴⁸ Yarg. T.06.02.1991, HGK. E.1990/632, K.1991/41: Bu kararında da Yargıtay aynı bağımsız bölüm için birden fazla kişiyle satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde, tarih itibarıyla önce yapılan sözleşmeye itibar edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca tarih olarak sonra yapılan sözleşmenin şerh verilmiş olmasının, -mülkiyeti nakli ikinci sözleşmenin şerh verilmesinden sonra gerçekleşse dahi-önceki sözleşmeyi etkilemeyeceği ifade edilmiştir. (Karar Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 32 vd.'dan alınmıştır).

¹¹⁴⁹ Bu yönde Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 41 vd.

¹¹⁵⁰ Bu yönde Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 41 vd.

¹¹⁵¹ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 318, pr. 1401, 1402; Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 46.

136) ¹¹⁵². Borçlunun, edimin yerine geçen bir yarar elde etmesi halinde ise sözleşme sona ermez¹¹⁵³. Borcun konusu değişir. Alacaklı edimin yerine elde edilen yararın ifasını ister¹¹⁵⁴.

2.5. Borçlunun taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmemesi halinde tescile zorlama davası açılıp açılmayacağı problemi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin olağan ve ideal sona erme biçimi ifadır. Malikin bu sözleşmeden doğan borcu, tapu sicili görevlisine satış sözleşmesini düzenletmesidir¹¹⁵⁵. Ancak malik satış vaadinden doğan borcunu ifa etmediğinde, yani taşınmaz satış sözleşmesini kurmadığında ne olacaktır?

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak TMK md. 716'ya göre mülkiyetinin naklinin istenip istenemeyeceği, istenebilecekse bunun ne şekilde olacağı doktrinde hararetli şekilde tartışılmıştır. İçtihatlarda genel bir eğilim gözlense de teorik temeller hususunda çelişkiler vardır. Konunun bu derece tartışmalı olması doğaldır. Çünkü meselenin altında -1926 yılından beri var olan ve çözümü kolay olmayan¹¹⁵⁶ - sorular yatar. Bunlardan başlıcaları şunlardır: Ön sözleşme kurumu var mıdır, bu kurumun varlığı kabul edilirse satış vaadi sözleşmesinin ön sözleşme midir, ön sözleşmeden doğan borcun ve bir yapma borcu olarak irade beyanında bulunma borcunun aynen ifasının mümkün müdür, mümkünse ne şekilde icra edilir, hâkimin kararı kişinin irade beyanının yerine geçebilir mi, hâkimin aynı davada birden fazla varsayımda «*Fiktion*» bulunabilir mi?

İsviçre kantonlarında farklı hukuk akımlarının etkili olması da taşınmaz satış vaadine ilişkin tartışmaları körüklemiştir¹¹⁵⁷. Nitekim Fransız hukukunun etkili olduğu kantonlar ile Alman hukukunun etkili olduğu kantonlarda, bu kuruma hukuken farklı gözle bakılması doğaldır.

¹¹⁵² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 697.

¹¹⁵³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 697.

¹¹⁵⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 697; örneğin taşınmazın kamulaştırılması. Kamulaştırılmadan önce borçlunun arazisi üzerinde bina dikmesi halinde mal varlığındaki artışı alacaklının talep edebileceği yönünde: Yarg. 13. HD., T. 07.02.1975, E. 74/5373, K. 741.

¹¹⁵⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 692; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 347; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 396.

¹¹⁵⁶ Ön sözleşmelere ve satış vaadi sözleşmelerine ilişkin monografiler incelendiğinde görülür ki hakkında fikir birliğinin bulunduğu bir meselenin bulunması dahi zordur.

¹¹⁵⁷ Von Tuhr, Peter, (1984), **a.g.k.**, s. 276; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 43.

Ayrıca taşınmaz satış sözleşmesinin sırf taahhüt işlemi niteliğinde mi olduğu ve tescilin talebine hangi hukukî vasfın atfedildiği sorularına verilecek cevap da taşınmaz satış vaadinden doğan davaların nasıl ilerleyeceğini belirler¹¹⁵⁸.

Şu da bir gerçektir ki, -gerek satış vaadi sözleşmesi olarak gerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi görünümünde- taşınmaz satış vaadi sözleşmesi günlük hayatta inkâr edilemez bir rol oynar. Uygulamada -resmî senet yönetmeliğinde de öngörüldüğü üzere- taşınmaz satış sözleşmelerinde tescil talebinin de yer alması ve tescil talebinin de şarta bağlanamıyor olması¹¹⁵⁹, alışveriş hayatındaki esnekliği önler. Bu ihtiyaç taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile giderilir.

Taşınmaz satış vaadi de sözleşme olması nedeniyle, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin TBK'da düzenlenen sonuçlarına tabidir¹¹⁶⁰. Bu anlamda, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı aynen ifayı (satış sözleşmesinin kurulması) isteyebileceği gibi, satış vaadi iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindeyse¹¹⁶¹ -ek süre vermesi koşuluyla- aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönme ve menfi zararının tazminini isteyebilir¹¹⁶². Tarafların satış sözleşmesinin kurulmaması halinde yalnız tazminat istenebileceğini kararlaştırmaları da mümkündür¹¹⁶³.

Borçlunun taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan sözleşmeyi kurma borcunu (irade beyanında bulunma borcu) yerine getirmemesi halinde, alacaklının aynen ifayı (satış sözleşmesinin kurulmasını) talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Buradaki mesele, kişinin irade beyanında bulunmaya zorlanıp zorlanamayacağıdır (yapma borçlarının cebri icrası)¹¹⁶⁴. Bu hususta dört temel fikir vardır¹¹⁶⁵: ilk fikre göre satış vaadi adeta satış sözleşmesinin işlevini görür. Buna göre satış vaadinden doğan borcun ifa edilmemesi halinde ancak asıl sözleşmenin ifası olan mülkiyetin devredilmesi (TMK md. 716) dava edilebilir. İkinci fikir hiç kimsenin bir beyanda bulunmaya zorunlu tutulamayacağı fikrini (*Nemo praecise cogi potest ad factum*) esas alır. Üçüncü görüşe göre, hâkimin bu yönde

¹¹⁵⁸ Nitekim Kocayusufpaşaoğlu da “Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi” eserinin başlarında, bu kurumun anlaşılabilmesi için öncelikle taşınmaz mülkiyetinin geçişinin detaylarıyla bilinmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 2.

¹¹⁵⁹ Bu durumun nedenleri için bkz. yuk. Birinci Böl. 3.3.2. s. 54 vd.

¹¹⁶⁰ Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 174.

¹¹⁶¹ Uygulamada genellikle tam iki tarafa borç yükleyen satış vaadi sözleşmelerine rastlanır. Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 248; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 143; Eren, (2015), **a.g.k.**, s. 193.

¹¹⁶² Kramer, (1991), **a.g.k.**, S. 260; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 174; Becker, (1945), **a.g.k.**, S. 121.

¹¹⁶³ Koller, (2017c), **a.g.k.**, S. 409.

¹¹⁶⁴ OR Art. 97/II'de yapma borçlarının cebri icrası kantonların iç hukuklarına bırakılmıştır.

¹¹⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 153 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 237.

aynen ifa kararı vermesi ve TBK md. 113'e göre üçüncü kişiye borçlu yerine irade beyanında bulunma hakkı bahşetmesi mümkündür¹¹⁶⁶. Türk-İsviçre hukuklarında hâkim olan ve bizim de katıldığımız son görüşe göre ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin aynen ifası mümkündür ve açılan aynen ifa davasında mahkemenin kararı borçlunun irade beyanı yerine geçer.

Hâkim kararının borçlunun irade beyanının yerine geçeceği kabul edilmekle beraber yeni bir tartışma doğar¹¹⁶⁷. Hâkimin kararıyla oluşan irade beyanıyla tapu sicil müdürlüğüne gidilip taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması mı gerekir? Hâkimin kararı borçlunun irade beyanı yerine geçtiğinde satış sözleşmesi kurulmuş sayılır mı? Yoksa, hâkimin kararıyla satış sözleşmesi kurulur ve hâkim aynı davada TMK md. 716'ya göre karar verebilir mi? Bu tartışmanın cevabı, tescile zorlama davası bakımından da önemlidir¹¹⁶⁸.

2.5.1. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanılarak tescile zorlama davası açılabileceği görüşü

2.5.1.1. Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Yapılmasını İstemeksizin Doğrudan Mülkiyetin Geçirilmesinin İstenebileceği Görüşü

Bu görüşe göre satış vaadi adeta satış sözleşmesinin işlevini görür¹¹⁶⁹. Buna göre satış vaadinden doğan borcun ifa edilmemesi halinde ancak asıl sözleşmenin ifası olan mülkiyetin devredilmesi (TMK md. 716) dava edilebilir¹¹⁷⁰. Doğrudan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davası açılabileceği görüşü, ancak ve ancak, satış vaadinin de bizzat satış sözleşmesi olduğu kabulünde mümkündür¹¹⁷¹. Bu görüş ne doktrinde ne de yargı kararlarında geniş kabul görür.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin -bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre- ön sözleşme niteliğindedir ve yalnız taahhüt işlemi niteliğindedir. Bundan çıkan sonuç şudur

¹¹⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 154.

¹¹⁶⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693.

¹¹⁶⁸ 1955 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesine veya harici satış sözleşmesinden doğan hakların haczinde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi itirazın geçersiz kılınmasını sağlayacak kayıtsız şartsız para alacağını içeren senet değildir (İİK md. 68). (Yarg. İBK. 07.12.1955 E. 18. K. 27.).

¹¹⁶⁹ Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 19.

¹¹⁷⁰ Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 19.

¹¹⁷¹ Doğan, G. (2006). *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları, s. 169; nitelikim satış vaadi sözleşmesinin bizzat satış sözleşmesi olduğunu düşünen *Sungurbey ve Özmen/Yüce*, satış vaadine dayanarak doğrudan TMK md. 716'ya göre dava açılabileceğini savunur.

ki, alıcı satış vaadi sözleşmesiyle taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasını isteme şahsi hakkını elde eder¹¹⁷². Hal böyle olunca, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tescil için hukukî sebep olamaz¹¹⁷³. Aksi bir kabul, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin TBK md. 29 anlamında ön sözleşme olmadığı anlamına gelir. Bu nedenle eğer -ana sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesi kurulmadan- doğrudan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak tescil yapılırsa, bu tescil yolsuzdur ve alıcı mülkiyeti kazanamaz¹¹⁷⁴. Bu halde sicildeki bu yolsuzluk, zamanaşımına bağlı olmaksızın sicilin düzeltilmesi davası ile giderilir¹¹⁷⁵. Bu davada defî olarak, alıcının taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkını ileri sürmesi mümkündür¹¹⁷⁶.

Birçok yargı kararlarında taşınmaz satış vaadi sözleşmesine¹¹⁷⁷ dayanarak dava açıldığında satış sözleşmesinin kurulmuş olduğu kararı verilmeden doğrudan TMK md. 716 uyarınca mülkiyetin nakline karar verildiği görülmektedir¹¹⁷⁸.

¹¹⁷² Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 144; TBK md. 90 hükmünün taşınmaz satış vaadi sözleşmesi için uygulanıp uygulanamayacağı problemi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 151.

¹¹⁷³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 398; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 248; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 170; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 145.

¹¹⁷⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 145.

¹¹⁷⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693; bu davada da geçici tescil şerhi yoluyla (ZGB 961) iyi niyetli üçüncü kişilerin hak iktisabı önlenir.

¹¹⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 146; yazara göre böyle bir defî -şartları oluşmuşsa- haklıdır. Ancak bu halde bile sicilün hukukî sebebinin satış vaadi sözleşmesi görünmesi mümkün değildir. Bu nedenle satış sözleşmesinin mahkeme kararıyla kurulması ve buna istinaden TMK md. 716'ya göre tescilin yapılması gerekir. Bu davanın kesinleşmesi ile tescildeki yolsuzluk kendiliğinden düzelir; satış vaadi sözleşmesinden sonra taşınmazın zilyetliğinin alıcıya geçirildiği hallerde satıcı istihkak davası açıldığında da defî hakkı olması gerektiğini ileri sürer. Ancak bu ihtimalde alıcının satış sözleşmesinin yapılmasını istemesi gerekir; yine yazar, temlik mümkün olmayan hakların haczinin de mümkün olmadığı kuralından ötürü bu alacak hakkının haczedilemeyeceğini vefakat miras olarak geçebileceğini savunur (s. 147); satış vaadi sözleşmesinin esas olduğu sicilün düzeltilmesi davasında davacının hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşacağı ve bu yüzden davacının iddiasının etkisiz kalacağı, çünkü zaten sözleşmeden doğan borcun satış sözleşme yapmak olduğu yönünde: Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693.

¹¹⁷⁷ Yargıtay'ın satış vaadi sözleşmelerinin kurulmasıyla adeta alacaklı'ya malik olmuş gibi muamele ettiği kararlar için bkz. dpnt. 417 ve 423; 14. HD 25.03.2014, 2013/14167, 2014/4032.

¹¹⁷⁸ Bu yönde: "Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir" 14. HD 2019/4774 E., 2020/4 K.; 14. HD 2019/789 E., 2019/7373 K.; 14. HD 2018/5208 E., 2019/6968 K.; 14. HD 2019/2812 E., 2019/6864 K.; 14. HD 2018/4621 E., 2019/5557 K.; 20. HD 2019/1507 E., 2019/3622 K.; 14. HD 2016/13561 E., 2019/4731 K.; 14. HD 2016/12127 E., 2019/4431 K.; 14. HD 2016/12052 E., 2019/4099 K.; 14. HD 2018/3125 E., 2019/2091 K.; 20. HD 2018/1652 E., 2018/6550 K.; 14. HD 2015/3212 E., 2016/5499 K.; 14. HD 2014/17467 E., 2016/5495 K.; 14. HD 2015/12470 E., 2016/4191 K.; 14. HD 2015/18233 E., 2016/4081 K.; 14. HD 2015/17480 E., 2016/3727 K.; 14. HD 2015/16113 E., 2016/3274 K.; 14. HD 2015/12514 E., 2016/1622 K.; 14. HD 2015/10787 E., 2015/11891 K.; 14. HD 2014/15087 E., 2015/11303 K.; 14. HD 2014/14550 E., 2015/10833 K.; 14. HD 2014/14001 E., 2015/9044 K.; 14. HD 2015/10354 E., 2015/8727 K.; 14. HD 2014/13429 E., 2015/7135 K.; 14. HD 2014/11831 E., 2015/2887 K.; 14. HD 2014/14684 E., 2015/2320 K.; 14. HD 2014/9001 E., 2015/828 K.; 14. HD 2014/8957 E., 2015/639 K.; 14. HD 2014/5933 E., 2014/12756 K.; 14. HD 2014/6456 E., 2014/12070 K.; 14. HD 2014/3514 E., 2014/7376 K.; 14. HD 2014/3363 E., 2014/7358 K.; 14. HD 2014/1913 E., 2014/6028 K.; 14. HD 2013/16038 E., 2014/3558 K.;

Ön sözleşme olan satış vaadinin, satış sözleşmesinin yerini alması nedeniyle bu görüş eleştirilir¹¹⁷⁹. Eleştirilere göre, bir yandan satış vaadi sözleşmesinin ön sözleşme olduğunu kabul etmek; diğer yandan taşınmaz satış vaadi alacaklısının TMK md. 716'dan yararlanması tutarsızdır¹¹⁸⁰.

2.5.1.2. Mahkeme Kararının Borçlunun İradesi Yerine Gececeği Böylece Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Kurulmuş Sayılacağı ve Mahkemenin aynı Davada TMK md. 716'ya göre Mülkiyetin Geçtiğine Hükmedeceği Görüşü

Nihayet Türk-İsviçre hukuklarında hâkim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin aynen ifası mümkündür¹¹⁸¹. Açılan aynen ifa davasında mahkemenin kararı borçlunun irade beyanı yerine geçer¹¹⁸². Mahkemenin kararı ile birlikte borçlu irade beyanında bulunmuş varsayılır «Fiktion»¹¹⁸³. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir¹¹⁸⁴. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 344'te de mahkeme kararının borçlunun irade beyanının yerine geçeceği açıkça düzenlenmiştir¹¹⁸⁵. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) ise bu

14. HD 2013/15501 E., 2014/2767 K.; 14. HD 2013/14930 E., 2014/2014 K.; 14. HD 2013/13004 E., 2014/921 K.; 14. HD 2013/10527 E., 2013/13640 K.; 3. HD 2013/11308 E., 2013/14619 K.; - 14. HD 2013/8561 E., 2013/10410 K.; 14. HD 2013/8676 E., 2013/10319 K. (kararlar <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır); Yarg. 14. HD. 19.06.2013, E. 7244, K. 9335; Yarg. 14. HD. 16.01.2012, E. 15524, K. 278; Yarg. 1. HD. 02.06.1956, E. 956-4281, K. 3383. (Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 172'den naklen).

¹¹⁷⁹ Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 249; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 398; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 164; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 318, pr. 1402; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 695.

¹¹⁸⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 398.

¹¹⁸¹ Bu yönde Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 354., Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 347; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 169; Feyzioğlu, (1976), **a.g.k.**, s. 283; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693; alıcı, ihtarda bulunarak satıcıyı temerrüde düşürdüktan sonra ek süre vererek seçimlik haklarını kullanarak müspet zararın tazminini de isteyebilir. Yazar ivazsız tek tarafa borç yükleyen satış vaatlerinde ise aynen ifa talebinin tek yol olduğunu savunur.

¹¹⁸² Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1054; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 251; Serozan, (2016a), **a.g.k.**, s. 300; Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 88; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 367; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 177; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 318, pr. 1401; Reisoğlu, (2014), **a.g.k.**, s. 98; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 397; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 162; Gürsoy, (1978), **a.g.k.**, s. 281; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 159; hâkimin, borçlunun iradesinin yerine geçen kararın eda hükmü niteliğinde olduğu yönünde: Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 178; Bommer, (2010), **a.g.k.**, s. 1249.

¹¹⁸³ Sanlı, (2015), **a.g.k.**, s. 419; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 177; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 318, pr. 1401; bu hükmün hükmün bir faraziye (Fiktion) olduğu görüşünde: Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 163, dpnt. 56; E. Erdoğan (2017). Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*. Cilt 8, Sayı 2, s. 163.

¹¹⁸⁴ Yarg. 1 HD. 14.06.1985, E. 7660. K. 7776; Yarg. 14. HD. 16.02.1982, E. 141. K. 859; Yarg. 14. HD. 15.10.1985, E. 2321, K. 6434; Yarg. 14. HD. 17.06.1986, E. 285, K. 4194. (Kararlar Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 249, dpnt. 68a'dan naklen).

¹¹⁸⁵ Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO) § 894'te de açıkça bu yöndeki mahkeme kararının kesinleşmesiyle, kararın borçlunun irade beyanı yerine geçeceği düzenlenmiştir: "Ist der Schuldner zur Abgabe

meseleye ilişkin bir hüküm yoktur. Ancak HMK md. 105'e göre kişinin "bir şeyi yapmaya" mahkûm edilmesi mümkündür¹¹⁸⁶. Ayrıca TBK md. 185, TMK md. 716/II ve 1013/II'de hâkim kararının irade beyanının yerine geçebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla, hâkim kararının borçlunun iradesinin yerine geçtiği kabul edilebilir¹¹⁸⁷.

Bu görüşe göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin aynen ifası davası açıldığında mahkemenin vereceği karar hem borçlunun irade beyanı yerine geçer hem de asıl sözleşme kurulmuş olur¹¹⁸⁸. Eşdeyişle, hâkimin kararı taşınmaz satış sözleşmesinin yerine geçer¹¹⁸⁹. Sonuç olarak mahkeme kararı satış sözleşmesini de içerdiğinden, alacaklının tapu müdürlüğüne gidip sözleşme kurdurmasına gerek kalmayacaktır¹¹⁹⁰. Çünkü davacının sözleşme kurmaya yönelik iradesi dava dilekçesinde mevcuttur. Mahkemenin kararı da borçlunun iradesinin yerine geçtiğinden, hâkim taşınmaz satış sözleşmesinin kurulduğunu tespit eder¹¹⁹¹.

Bu görüş daha da ileri gider. Buna göre davacı (alacaklı) aynı davada ilk olarak taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmuş sayılmasını, ikinci olarak da taşınmaz mülkiyetinin TMK md. 716 gereğince alıcıya devredilmesini birlikte isteyebilir¹¹⁹².

einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat“.

¹¹⁸⁶ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 379; bu hükmün mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceğine dayanak olduğu yönünde: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 397.

¹¹⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 169; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 348; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 367.

¹¹⁸⁸ Bu yönde: Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 249; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 177; Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 238; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 472; Velidedeoğlu, Esmer, (1956), **a.g.k.**, s. 453; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 170; bu yönde mahkeme kararının kesinleşmesiyle borçlu irade beyanında bulunmuş varsayılır. Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 178; elbette alacaklı yalnız borçlunun irade beyanında bulunmasını dava edebilir. Taleple bağılılık ilkesi gereğince, hâkim bu durumda sözleşmenin kurulmuş sayıldığına karar veremeyecektir. Bkz. Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 180; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 367.

¹¹⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 163.

¹¹⁹⁰ Borçlunun irade beyanı yerine ve hatta satış sözleşmesinin yerine geçen bu hâkim kararının da hukukî niteliği tartışmalıdır. Kimi yazarlar bunun yenilik doğurucu (inşai) bir hüküm olduğunu iddia etmişlerdir. Buna karşı çıkan yazarlar ise burada inşai hüküm değil de bir *faraziye(fiksiyon)*'nin bulunduğunu kabul ederler. Çünkü mahkeme kararıyla borçlunun irade beyanında bulunduğu varsayılmaktadır. Böylece -inşai hüküm gibi- bu hükmün icrasına gerek kalmamaktadır. Zira aslında burada satış sözleşmesini kuran bizzat mahkeme kararı değildir. Mahkeme kararı borçlunun irade beyanı yerine geçtiği için satış sözleşmesi kurulmaktadır. *Kocayusufpaşaoğlu* da buradaki hükmün bir faraziye olduğu görüşündedir. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 163, dpnt. 56; ayrıca irade beyanı yerine geçen kararın fiksiyon olduğu yönünde: Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 163.

¹¹⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 170.

¹¹⁹² Bu görüşte: Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 238; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 249 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 695; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 180; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 472; Albayrak, (2017), **a.g.k.**, s. 69; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 695, 696; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 170; *Haab*'a göre, md. 716'ya göre karar verilebilmesi için borçlunun tescil talebinde bulunmaktan *haksız olarak* kaçınması ve temerrüde düşürülmüş olması gerekir. Bunun ispatı külfeti alacaklıdadır (Art. 656, N. 27); aynen bu yönde Yarg. 1. HD. 09.03.1954, E. 9369. K. 2193; olması

Mahkeme de şartların oluşması halinde TMK md. 716'ya göre mülkiyetin nakline karar verir. Yargıtay içtihatları da uzunca süredir bu yöndedir¹¹⁹³. Mahkemenin inşaî kararıyla mülkiyeti kazanan alıcı TMK md. 716/II uyarınca tapu sicil müdürlüğünden bildirici nitelikteki tescilin yapılmasını ister. Bu durumda tescilin hukukî sebebi (TMK md. 716 anlamında taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına esas olan hukukî sebep), taşınmaz satış sözleşmesinin yerine geçen mahkeme kararıdır¹¹⁹⁴. Alman hukukunda¹¹⁹⁵ da ön sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde hem ön sözleşmenin ifasının hem de asıl sözleşmenin ifasının talep edilebileceği kabul edilir.

Bu görüşe yöneltilen eleştiri şudur ki -sonuç itibarıyla- taşınmaz satış sözleşmesi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi arasında fark kalmaz¹¹⁹⁶.

Açıklanan bu görüş kabul edildiğinde dahi kimi hallerde anılan prosedür mümkün olmaz¹¹⁹⁷: TMK md. 716'ya dayanarak dava açılması için borçlunun malik olması ve tasarruf yetkisine sahip olması gerekir¹¹⁹⁸. Örneğin kendine ait olmayan taşınmazı satmayı vaat eden borçlu dava açıldığında malik değilse TMK md. 716'ya göre alacaklı

gereken hukuk bakımından çözümün bu yönde olması gerektiği ancak mevcut hukuk kuralları bağlamında bunun mümkün olmadığı yönünde bkz. Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 163, dpnt. 164.

¹¹⁹³ Yarg. İBK. 25.10.1971, E. 1, K. 2. “*Satış vaadi sözleşmesine dayanan ve Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce mülkiyetin, satış vaadi sözleşmesinden yararlanan kimseye yöneltilmesini amaç güden davaların, hukukî nitelikçe yenilik doğuran (=ihdasi) davalar olması nedeniyle T66 sayılı Tapulama Kanununun 47. maddesinin son fıkrası hükmüne göre tapulama mahkemelerinde görülemeyeceği doğrultusunda Yedinci Hukuk Dairesinde yeni bir eğilimin meydana geldiği ve dairesinin, daha önceki içtihatları ayrılmak istediği, 1221 sayılı Temyiz Teşkilât Kanununun değişik 8. maddesi hükmünce adı geçen daire Başkanlığının 1/10/1969 gün ve 32/346 sa yılı yazısı ile Birinci Başkanlığa bildirilmesi üzerine, Birinci Başkanlıkça belli edilen günde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu toplandı ve ortada İçtihadı Birleştirme nedeni (bulduğuna oy birliğiyle karar verildikten sonra konu incelendi ve gereği konuşuldu. ... Sonuç : Satış vaadi sözleşmelerine dayanan ve Medenî Kanununun 642. maddesi hükmünce mülkiyet hakkının satış vaadi sözleşmelerinden yararlanan âkide yöneltilmesini amaç güden davaların Tapulama Mahkemelerinin görevi içinde bulunduğu birinci toplantıda üçte iki çoğunluk elde edilemediğinden 25 Ekim 1971 günündeki ikinci toplantıda çoğunlukla karar verildi.” (12 Aralık 1971 Resmî Gazetesi, Sayı. 14040, Sahife 3) (Web: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14040.pdf>); Yarg. HGK. 06.07.1977, E. 6-535. K. 701; Yarg. 4. HD. 19.11.1945, K. 2771; Yarg. 1. HD. 26.04.1954, E. 7256, K. 3709; Yarg. 1. HD. 09.03.1954, E. 9369, K. 2193 (mahkemenin kararı satış sözleşmesinin yerine kaim olacağından). (Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 172'den naklen); aynı yönde Yarg. 14. HD. 28.06.1984, E. 283. K. 4774. (karar Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 249, dpnt. 68a'dan naklen).*

¹¹⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 171; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 695.

¹¹⁹⁵ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 171'deki eserler.

¹¹⁹⁶ Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 259; Yavuz, (2014), **a.g.k.**, s. 249; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 695.

¹¹⁹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 173 vd.

¹¹⁹⁸ Elbirliği mülkiyet ve paylı mülkiyet ile ortaklık ve devam ettiği sürece kişinin payının satış vadinin konusu olabileceği fakat TMK md. 716'ya göre (MK md. 642) kazanılmasının mümkün olmadığı yönünde: Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 692; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 57; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 319, pr. 1406; Yarg. 5. HD. 31.01.1952, E. 6074, K. 411; Yarg. 13. HD. 02.04.1976, E. 75, K. 4856; Yarg. 14. HD., T. 04.04.2016, E. 16955, K. 4009; Yarg. 14. HD., T. 28.10.2005, E. 6280, K. 9702. (Surlu, (2014), **a.g.k.**, s. 88-92.); bu sözleşmenin ortaklar arasında yapılması ihtimalinde ise ifasının mümkün olduğu yönünde: Yarg. 14. HD., T. 02.06.2015, E. 4430, K. 6405; Yarg. 14. HD., T. 29.09.2006, E. 8040, K. 10111. (Surlu, (2014), **a.g.k.**, s. 92.).

mülkiyeti kazanamaz. Alacaklı bu durumda yalnız taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmuş olmasını ve bunun ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini talep eder¹¹⁹⁹. Taşınmaz satış vaadini kurduğu sırada malik olan borçlunun, taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi halinde de kural olarak üçüncü kişiye dava açılmaz¹²⁰⁰.

Tescile zorlama davasının açılmayacağı ikinci hal, borçlunun ödemezlik defini (TBK md. 98) ileri sürebildiği hallerdir. Davacının hem satış vaadi sözleşmesinden hem de satış sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmiş veya bunların ifasını teklif etmiş olmalıdır¹²⁰¹. Davacının satış vaadi sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmediği hallerde davalının ödemezlik defî satış sözleşmesinin kurulmasını engeller¹²⁰². Davacının satış vaadi sözleşmesinden başka bir de satış sözleşmesinden doğan borcu olan bedeli ödemiş veya ödemeyi teklif etmiş olması gerekir¹²⁰³. Aksi halde yalnız satış sözleşmesinin kurulmuş olduğu kararı ile yetinilir.

Üçüncü hal taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin cayma parasına (TBK md. 178) veya geciktirici şarta bağlı olduğu durumlardır. Bu hallerde satış vaadi sözleşmesinin aynen ifası talep edilemeyebilir¹²⁰⁴. Seçimlik ceza koşulu söz konusuysa (TBK md. 179) alacaklı aynen ifayı veya aynen ifadan vazgeçip ceza koşulunu talep edebilir. Ceza şartın belli bir zamanda ifa etmeme hali için öngörüldüğü durumda ise alacaklı hem aynen ifayı hem de ceza koşulunun ödenmesini isteyebilir (TBK md. 179/II).

Kişinin arazisinin henüz tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmemiş bir kısmını satmayı vaat ettiği hallerde¹²⁰⁵, alacaklının açacağı aynen ifa davasında yine mahkemenin

¹¹⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 174; paylı mülkiyetle veya elbirliği mülkiyetle malik olan kişinin taşınmazın tamamını satmayı vaat etmesi ve diğer ortakların rızasını alamaması durumunda da sonuç aynıdır.

¹²⁰⁰ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 174; ancak dört ihtimalde üçüncü kişiye dava açılabilir: ilki, üçüncü kişinin davranışının TBK md. 49/II anlamında ahlaka aykırılık teşkil etmesi ve 51. maddeye göre mahkemenin aynen ifaya karar vermesidir. İkincisi, satış vaadi sözleşmesinin tapu müdürlüğüne şerh edilmiş olması halidir (TK md.26/V). Üçüncüsü, TMK md. 1010'a dayanarak çekişmeli hakların şerhinin tesisidir. Dördüncüsü, üçüncü kişinin mülkiyetin devri borcunu üzerine almasıdır.

¹²⁰¹ Bu yönde Yarg. 1. HD. 09.03.1954, E. 9369. K. 2193; Yargıtay bu kararında mahkeme kararının satış sözleşmesi yerine geçeceğini ve alıcının kendi edimlerini ifa etmiş olduğunun tespiti ile mülkiyetin nakline karar verileceğini ifade etmiştir. (Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 174'ten naklen).

¹²⁰² Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 174; tek tarafa borç yükleyen satış vaadi sözleşmelerinde ise ödemezlik defî söz konusu olmaz.

¹²⁰³ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 656, s. 212.

¹²⁰⁴ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, ancak bono bedellerinin ödenmesi şartıyla tescil talebinde bulunulacağı öngörülmüşse, borçlu bu edimini yerine getirmeden tescilin yapılmasını isteyemez. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 693; Bu yönde Yarg. HGK. 09.05.1979, E. 14-837. K. 436.

¹²⁰⁵ Ana taşınmazda henüz tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilip bağımsızlığını kazanmamış ve hatta kat irtifakı kurulmamış bağımsız bölümün satışının vaadi geçerlidir. Bu halde ileride devredilecek bağımsız bölümün belirlenebilir olması yeterlidir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 690; Tandoğan, (2008a), **a.g.k.**, s. 247. Bu yönde: Yarg. İBK. 24.04.1978, E. 3. K. 4 ; imar mevzuatına aykırı olmaması koşuluyla, ifrazen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılabileceği yönünde Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 319, pr. 1407.

kararı satış sözleşmesinin yerine geçer¹²⁰⁶. Ancak henüz tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmemiş arazi parçası için TMK md. 716 uyarınca mülkiyetin nakline karar verilemez¹²⁰⁷. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu halde mahkeme ancak satış sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmesi kararı (eda hükmü) verebilir¹²⁰⁸. Nitekim henüz tapuya kayıtlı eşya niteliğinde olmayan taşınmazın mahkeme kararıyla tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilip mülkiyetin TMK md. 716'ya göre davacıya kazandırılması mümkün değildir¹²⁰⁹. Kişinin tescilden önce mülkiyetini kazandığı taşınmazı henüz tescil ettirmeden satışını vaat etmişse, mahkeme satış sözleşmesinin kurulduğu karar verdikten sonra TMK md. 716'ya göre mülkiyetin nakline karar verebilir mi¹²¹⁰? Taşınmaz mülkiyetini tescilden önce kazanan malik sicile tescil yapılmadan taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini haiz olmadığından TMK md. 716'ya göre taşınmazın devri olanaksızdır. *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre ise TMK md. 705/II hükmü düzen hükmü niteliğinde olduğundan ve yalnız tescilin yani hakkı kurucu nitelikte olduğu haller için öngörüldüğünden alıcının TMK md. 716'ya göre mülkiyeti kazanabilmesi mümkündür¹²¹¹. Zira alıcı TMK md. 716'ya göre mülkiyeti tescilden önce kazanmaktadır ardından bildirici tescil yapılmaktadır (TMK md. 716/II).

Asıl sözleşmenin başka birisiyle yapılacağına kararlaştırıldığı satış vaadi sözleşmeleri, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir (TBK md. 129)¹²¹². Taşınmaz

¹²⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 176; arazinin henüz tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmemiş bir kısmının satışının vaat edildiği hallerde mahkemenin ne şekilde karar vereceği, TMK md. 716 uyarınca mülkiyet hakkını alacaklıya geçirip geçiremeyeceği tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Akipek, (2010), **a.g.k.**; arazinin henüz tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmemiş bir kısmı için geri alım hakkı da tanınabilir. *Nomer*'e göre hak sahibi geri alım hakkını kullandığında taşınmaz bölünüp tapuya kaydedilmeden mahkeme TMK md. 716'ya göre inşaa hükmü veremez. Bkz. Nomer, H. N. (1992). *Vefa Hakkı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 25.

¹²⁰⁷ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 178.

¹²⁰⁸ *Nomer*'e göre önce taşınmaz bölünmeli (ifraz edilmeli) ardından ayrıca tescile zorlama davası açmalıdır (Nomer, (1992), **a.g.k.**, s. 25, 26). *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre ise mahkemenin eda hükmüyle arazi parçası -arazi üzerinde tahdit ve kroki yaptırmak suretiyle- belirlenmiş olduğundan taşınmaz bölündükten sonra yeni oluşan taşınmazın tapu kütüğüne tesciliyle alacaklı mülkiyeti kazanır. Yani taşınmaz bölündükten sonra ayrıca tescile zorlama davası açılmasına gerek yoktur. Detaylar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 177, 178.

¹²⁰⁹ Nomer, (1992), **a.g.k.**, s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 178.

¹²¹⁰ Taşınmazın tapusuz olması ihtimalindeki tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 179 vd.; tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların da taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu olabileceği yönünde Yarg. 14. HD. 10.05.1990, E. 4561, K. 4413. (Surlu, (2014), **a.g.k.**, s. 109'dan.); İmar Kanunu md. 18/son'da imar planı olmayan kimi yerlerde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması yasaklanmıştır. Detaylar için bkz. Surlu, (2014), **a.g.k.**, s. 252.

¹²¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 179.

¹²¹² Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 166; Schwenzer, (2016), **a.g.k.**, s. 180; *Antalya*, (2015a), **a.g.k.**, s. 363; Esener, Gündoğdu, (2017), **a.g.k.**, s. 85, dpnt. 104; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatın mimarisini/projesini üçüncü kişinin çizeceği kararlaştırılmışsa ortada üçüncü kişi yararına önsözleşme vardır (Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 363.)

satış vaadi sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak yapıldığı hallerde ikili ayırım yapılmalıdır¹²¹³. Ancak yararına sözleşme yapılan kişinin doğrudan ifayı talep hakkının olduğu hallerde (TBK md. 129/II) bu kişinin satış sözleşmesinin kurulması davası ve ardından tescile zorlama davası açması mümkündür. Satış vaadi sözleşmesi tarafının ifayı üçüncü kişi adına istediği durumda ise mahkemenin kararı yalnız borçlunun irade beyanı yerine geçer. Yararına sözleşme yapılan kişinin bu mahkeme kararıyla birlikte tapu müdürlüğüne gidip taşınmaz satış sözleşmesini kurması gerekir¹²¹⁴. Yararına sözleşme yapılan kişinin asıl sözleşmenin kurulmasını isteme hakkı yoksa, önsözleşmenin tarafı ancak asıl sözleşmenin kurulmasını isteyebilir¹²¹⁵.

2.5.2. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanılarak tescile zorlama davası açılmayacağı görüşü

2.5.2.1. Kimsenin Bir Şey Yapmaya Zorlanamayacağı İlkesinden Hareket Eden Görüş

Bu görüş, hiç kimsenin bir beyanda bulunmaya zorunlu tutulamayacağı fikrini yani “*Nemo praecise cogi potest ad factum*” ilkesini esas alır¹²¹⁶. Bu fikre göre satış vaadi sözleşmesi kendisinden tazminatla rücu edilebilen bir sözleşmedir¹²¹⁷. Aynen ifanın talep edilmesi dolayısıyla tescile zorlama davası açılması mümkün değildir¹²¹⁸. Ancak tazminat talep edilebilir.

Bu görüş, anılan ilkenin Fransız hukukundan etkilenmesi ve Türk-İsviçre hukuklarında aslolanın aynen ifa olması nedeniyle eleştirilir (TBK md. 123 ve 125). Ayrıca hâkimin kararının eda hükmü niteliğinde olduğu, irade beyanının şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğu ve borçlunun irade beyanının yerine geçmediği kabul edilse dahi bu kararın icrası mümkündür. Şöyle ki, alacaklı eda hükmünü İİK md. 30'a göre icraya koyar; icra emrine rağmen tapuda irade beyanında bulunma borcu yerine getirilmezse İİK md. 343

¹²¹³ Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 408; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 182; İsviçre hukukunda, asıl sözleşmenin üçüncü kişi ile kurulacağına ilişkin satış vaadi sözleşmelerine genellikle şirket satışlarında rastlanır. Böylece üçüncü kişiye adeta fiili alım hakkı tanınmış olur. Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 12.

¹²¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 182.

¹²¹⁵ Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 260.

¹²¹⁶ Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 366; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 164; satış vaadi sözleşmesinin önsözleşme niteliğinde olduğu kabul edildiği takdirde kabul edilmesi gereken yöntemin bu olduğu yönünde: Sungurbey, (1963), **a.g.k.**, s. 9.

¹²¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 153, 154.

¹²¹⁸ Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 366.

aktifleşir¹²¹⁹. Bu hükme göre geçerli mazereti olmaksızın icra emrine riayet etmeyen borçlu, bir aya kadar hafif hapis cezasına çarptırılır. Borçlu buna rağmen hala tapuda satış sözleşmesini kurmazsa, artık imkânsızlık nedeniyle tazminat talep edilebilir. Bu açıklamalar şu anlama gelir ki, irade beyanında bulunma yapma borcunun cebri icrasının mümkün olmadığı kabul edilse dahi başvurulacak ilk çözüm doğrudan tazminat değildir. Açıklanan süreçlerden sonra şartları oluştuğunda tazminat istenebilir. Bu sebeplerden ötürü ikinci görüşe de katılmak mümkün değildir. Nitekim Türk hukukunda aynen ifa borçlunun kişilik haklarına zarar vermiyorsa ortada TBK md. 112 anlamında imkânsızlık yoktur. Ayrıca TMK'da taşınmaz satış vadinin şerhinin mümkün olması, bunun aynen ifasının mümkün olduğuna delalettir¹²²⁰. Nitekim şerh sayesinde alacaklı alacak hakkını üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilecektir.

2.5.2.2. Yapma Borcunun İfa Edilmemesi Nedeniyle Hâkimden TBK md. 113'e Göre Kendisi veya 3.Kişi Tarafından Borçlu Yerine İrade Beyanında Bulunulmasının İsteneceğini Savunan Görüş

Bu görüşe göre, hâkim aynen ifa kararı verir. Ancak hâkimin kararı, borçlunun irade beyanı yerine geçmez. Hâkim, üçüncü kişiye borçlu yerine irade beyanında bulunma hakkı verir¹²²¹. Nitekim TBK md. 113'e (OR Art.98/I) dayanılarak hâkimden irade beyanında bulunmaya ilişkin hüküm verilmesi istenebilir¹²²². Çünkü HMK md. 105'te yapma borçlarının icrasının mümkün olduğu düzenlenmiş; ancak mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceği açıkça öngörülmemiştir. Bir görüşe göre icra iflas hukukunda kanunilik ilkesinin esas olması nedeniyle TMK md. 716 ve TBK md. 185 kıyasen uygulanamaz¹²²³. Bu nedenle -kanunda açıkça düzenlenmediğinden- mahkeme kararı borçlunun irade beyanının yerine geçemez.

Bu üçüncü görüş kabul edildiği takdirde ortaya şu durum çıkar: alacaklı taşınmaz satış sözleşmesinin kurulması için gereken irade beyanında bulunulması için dava açar.

¹²¹⁹ Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 164; Yazıcı-Tıktık, Ç. (2014). Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İhlamların İcrası. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 26 (Özel Sayı), s. 2741, 2742.: Feyzioğlu, F. N. (1977). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II (2. Baskı)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 168.

¹²²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 164 vd.

¹²²¹ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 154; yapma borçlarının icrası için bkz. Atalı, M., Ermenek, İ. Ve Erdoğan, E. (2019). *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 450 vd.

¹²²² Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 155.

¹²²³ İcra İflas hukukunda kıyas yapmanın mümkün olmadığı ve bu nedenle -Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi açıkça öngörülmedikçe- hâkimin kararının borçlunun irade beyanı yerine geçemeyeceği yönünde: Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 164 vd.

Mahkemenin, borçlunun bu beyanda bulunması gerektiğine ilişkin hükmünün kesinleşmesiyle İİK md. 30'a göre icra emri gönderilir. Borçlu yine tapu siciline gelip sözleşmeyi kurma borcundan imtina ederse bu sefer üçüncü kişiye -veya bizzat alacaklıya¹²²⁴- borçlu adına irade beyanında bulunma yetkisi verilir.

Ancak dikkat edilmelidir ki TBK md. 113 ancak sözleşme konusu edimin diğer kişiler tarafından da ifa edilmesinin mümkün olduğu hallerde uygulanır. Hâkim görüşe göre, irade beyanında bulunma borcu borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı borç olduğu için TBK md. 113'e tabi değildir¹²²⁵.

*Kocayusufpaşaoğlu*¹²²⁶ bu teoriyi "faydasız" olarak nitelendirir¹²²⁷. Yazara göre irade beyanında bulunma edimi, başkası tarafından ifa edilmesi şüphesiz olan edimlerle (duvarın tamiri gibi), başkasının yapmasının mümkün olmadığı edimlerin (ünlü bir ressamın portre yapma borcu gibi) arasında bir yerdedir. Yazara göre mahkemenin üçüncü kişiye veya bizzat alacaklıya, borçlu adına beyanda bulunma izni vermesi yerine, hâkim kararının bizzat borçlunun iradesinin yerine geçmesi daha makul ve pratiktir¹²²⁸. Nitekim açıklanan yol çok *dolambaçlıdır*.

2.5.2.3. Mahkeme Kararının Borçlunun İradesi Yerine Gececeği, Ayrıca Tapuda

Satış Sözleşmesi Kurulacağı ve Bunun da İfa Edilmemesi Halinde

Mahkemenin Ayrıca Tescile Zorlama Davası Açılabileceği Görüşü

Bu görüşe göre ise hâkim kararı borçlunun irade beyanı yerine geçer; ancak taşınmaz satış sözleşmesi kurulmuş olmaz¹²²⁹. Alacaklı, borçlunun irade beyanında bulunmasına ilişkin mahkeme kararını alıp tapu müdürlüğüne giderek resmî taşınmaz satış sözleşmesini düzenletir¹²³⁰. Kurulan bu satış sözleşmesinin de borçlu tarafından ifa

¹²²⁴ Temsilcinin kendisiyle sözleşme yapmasına ilişkin tartışmalar için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 156 vd.

¹²²⁵ Bu yönde: *Erdoğan*, (2017), **a.g.k.**, s. 172; *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 153; tartışmalar için bkz. s. 156 vd.

¹²²⁶ *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 169.

¹²²⁷ Benzer şekilde, -hâkim kararı bizzat borçlunun irade beyanı yerine geçtiği için- asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükmün icraya konulmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. *Ayrancı*, (2006), **a.g.k.**, s. 177; bu dolambaçlı yolun anlamlı görünmediği yönünde bkz. *Erdoğan*, (2017), **a.g.k.**, s.162; *Eren*, (2019), **a.g.k.**, s. 1053, 1054.

¹²²⁸ Aynı yönde bkz. *Erdoğan*, (2017), **a.g.k.**, s. 162; *Ayrancı*, (2006), **a.g.k.**, s. 177; *Eren*, (2019), **a.g.k.**, s. 1053, 1054.

¹²²⁹ *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 162; *Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop*, (1989), **a.g.k.**, s. 694; Alman hukuku doktrininin genel olarak bu görüşte olduğu yönünde bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, (1959), **a.g.k.**, s. 162.

¹²³⁰ Bu görüşte: *Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir*, (2017), **a.g.k.**, s. 397; *Gürsoy*, (1978), **a.g.k.**, s. 281; *Ertas*, (2018), **a.g.k.**, s. 318, pr. 1401; *Yazıcı Tıktık*, (2014), **a.g.k.**, s. 2741.

edilmemesi halinde ise bu sefer yeni bir davayla TMK md. 716'ya dayanarak mülkiyetin inşaî kararlarla devredilmesi istenebilir¹²³¹.

2.5.2.4. Mahkeme Kararının Borçlunun hem İradesi Yerine Gececeği hem Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Kurulmuş Sayılacağı; Ancak Aynı Davada TMK md. 716'ya göre Karar Verilemeyeceği

Bu görüşe göre mahkeme taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmuş olduğuna karar verir. Ancak aynı davada kurulmuş sayılan asıl sözleşmeye dayanarak TMK md. 716'ya göre mülkiyetin alacaklıya geçmesine hükmedemez¹²³². Mahkemenin kararıyla satış sözleşmesinin kurulmasından sonra satıcı tescil talebinde bulunmazsa, ayrıca bir dava ile TMK md. 716'ya dayanarak dava açabilir. *Eren, Oğuzman/Öz ve Özmen/Yüce* satış vaadi sözleşmesinin önsözleşme niteliğinde olduğu kabul edildiğinde, aslında hukukî olarak doğru olanın bu çözüm olduğu kanısındadır¹²³³.

2.5.3. İsviçre Hukukundaki durum

İsviçre hukukunda da hâkim görüş ayrı bir kurum olarak önsözleşmenin varlığını kabul eder¹²³⁴. Önsözleşme, tarafların asıl sözleşmeyi kurmayı borçlandığı sözleşme olarak kabul edilir (OR Art. 22)¹²³⁵. Önsözleşmeden doğan borç, vadesi geldiğinde asıl sözleşmeyi kurmaktır¹²³⁶.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de önsözleşme niteliğindedir ve bundan doğan asıl sözleşmenin yapılması borcunun aynen ifasının istenmesi mümkündür¹²³⁷. Satış vaadi sözleşmesi salt taahhüt işlemi niteliğindedir¹²³⁸.

HMK'dan farklı olarak, İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Art. 344'te borçlunun irade beyanında bulunma borcunu yerine getirmemesi halinde, hâkim kararının

¹²³¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 397.

¹²³² Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 237.

¹²³³ Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 237, 238; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 380; Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 19.

¹²³⁴ Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 45; örneğin, şarta bağlı ve detaylı satış sözleşmesi yapmak yerine şarta bağlı bir önsözleşme yapıp detaylarını anasözleşmeye bırakmak makuldür (Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 45).

¹²³⁵ Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 242; Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 44; Schwenger, (2016), **a.g.k.**, s. 180; Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 12; Becker, (1945), **a.g.k.**, s. 116; Bu yönde: BGE 95 II 419; 114 II 289.

¹²³⁶ Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 12; bu yönde: BGE 98 II 305; BGE 105 III 11; BGE 122 I 328; İsviçre pratiğinde önsözleşmelere özellikle eser kaydı içeren sözleşmelerde rastlanır. (Schwenger, (2016), **a.g.k.**, s. 181).

¹²³⁷ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 255; Liechti, (2018), **a.g.k.**, s. 249; Doğan, (2004), **a.g.k.**, s. 169-172; Becker, (1945), **a.g.k.**, S. 119; bu yönde: BGE 105 III 11, 115 II 440,

¹²³⁸ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 253; Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 12; Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 165.

borçlunun irade beyanı yerine geçeceği açıkça düzenlenmiştir¹²³⁹. Mahkeme kararı borçlunun irade beyanı yerine geçer ve böylelikle asıl sözleşme kurulmuş olur¹²⁴⁰.

Nihayetinde önsözleşmeyi kuranların asıl amacı asıl sözleşmeyi yapmak değil; asıl sözleşmeden doğan edimlerin ifasıdır¹²⁴¹. Ancak tarafların bu asıl amaca ne şekilde ulaşacağı, başka bir ifadeyle satış vaadine dayanarak doğrudan tescile zorlama davası açılıp açılmayacağı, İsviçre hukukunda da tartışmalıdır¹²⁴². İsviçre hukukunda hem satış hem satış vaadi sözleşmelerinin noterde kurulması, irade beyanında bulunma borcunun ifa edilmemesi halinde mahkeme kararının borçlunun irade beyanının yerine geçeceğinin açıkça düzenlenmesi ve uygulamada satış sözleşmesinde tescil talebinin yer almasının zorunlu olmaması meseleyi Türk hukukundan -az da olsa- farklılaştırır.

İsviçre doktrininde önsözleşmenin aynen ifasının nasıl olacağı hususunda, tek aşama «*Einstufentheorie*» ve iki aşama «*Zweistufentheorie*» teorileri ileri sürülmüştür¹²⁴³. Bu teoriler özellikle taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri bakımından önem taşır¹²⁴⁴.

Meseleye usul ekonomisi açısından bakan ve iki ayrı dava açılmasını gereksiz gören tek aşama teorisine göre önsözleşme asıl sözleşmenin bütün esaslı noktalarını taşıyorsa ve asıl sözleşme de aynı taraflar arasında kurulacaksa, vaat alacaklısı doğrudan asıl sözleşmeden doğan borcun ifasını talep eder¹²⁴⁵. Bu görüşe göre asıl sözleşmenin esaslı noktaları önsözleşmede zaten belirli veya belirlenebilir ise; asıl sözleşmeye ihtiyaç yoktur¹²⁴⁶. Bu nedenle asıl sözleşmenin kurulması talep edildiğinde dava hukukî yarar

¹²³⁹ Hâkimin kararın irade beyanı yerine geçtiğinden, kararın ayrıca icrası gerekmez. Borçlu irade beyanında bulunmuş sayılır. Baker/McKenzie. (2010). *Schweizerische Zivilprozessordnung (Stämpfli Handkommentar, SHK) Verlag Stämpfli, Bern*, s. 1249; İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Art. 344 ve Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO) § 894'te de açıkça bu yöndeki mahkeme kararının kesinleşmesiyle, kararın borçlunun irade beyanı yerine geçeceği düzenlenmiştir. OR Art. 97/II'de yapma borçlarının cebri icrası kantonların iç hukuklarına bırakılmıştır.

¹²⁴⁰ Schwenger, (2016), **a.g.k.**, s. 181.

¹²⁴¹ Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 410, 411.

¹²⁴² Becker, (1945), **a.g.k.**, s. 121; Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 164; Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 45; Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 259; Brückner, C. (2015). *Recht für Lehrkräfte für Wirtschaftsfächer Zweiter Teil: Allgemeiner Teil des Obligationenrechts*, s. 42-43.

¹²⁴³ Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 45; Koller, (1994), **a.g.k.**, s. 53, 54; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 411 vd.; Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 14; İsviçre'de satış vaadi sözleşmesine, tapuya tescil için gerekli şartların henüz oluşmadığı hallerde veya yetkili mercide satış sözleşmesi yapma zahmetinden (vergi gibi) kaçmak için başvurulmaktadır. Nitekim noterde satış vaadi sözleşmesi yapmak görece daha az zahmetlidir. Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 8.

¹²⁴⁴ 2014 tarihli Zürich Obergericht NP130012; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 411.

¹²⁴⁵ Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 166; Faessler, B. (2010). *Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht. (2. Baskı)*. Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, s. 69; Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 14; Ancak bu görüş dahi önsözleşmenin ayrı bir varlığını kabul eder.

¹²⁴⁶ Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 166; çünkü asıl sözleşme artık zaten önceden anlaşmış olanların anlamsız şekilde hukuken tasdik edilmesidir. Gauch, Schluop, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 256.

eksildiği nedeniyle reddedilmelidir¹²⁴⁷. Ayrıca tarafların bu sözleşmeyi “önsözleşme” olarak nitelendirmesi de bağlayıcı değildir (OR Art. 18; TBK md. 19). Tek aşama teorisi kabul edilirse; alacaklı doğrudan satış vaadine dayanarak -satış sözleşmesi kurulmaksızın- mülkiyetin TMK md. 716’ya göre inşaf hükmüyle naklini isteyebilir¹²⁴⁸.

Önsözleşmenin, asıl sözleşmenin bütün esaslı noktalarını içerdiği durumlarda İFM ve kantonal mahkemeler daha çok tek aşama teorisini takip etmektedir¹²⁴⁹. Doktrinde hâkim görüş iki ayrı dava açılmasını gereksiz bir prosedür olarak görür ve tek aşama teorisini savunur¹²⁵⁰.

İFM 1992 tarihli bir kararında¹²⁵¹ içtihat değişikliğine giderek usul ekonomisinin de etkisiyle -satış vaadi ile satış sözleşmelerinin taraflarının aynı olması ve sözleşme içeriğinin yeteri kadar belirlenebilir olması kaydıyla- doğrudan asıl sözleşmenin ifasına «*Einstufentheorie*» hükmetmiştir. Bu tarihten önce mahkeme *Zweistufentheorie*’yi kabul etmekteydi¹²⁵². *Koller*’e göre bu içtihat değişikliği kabul edilebilir olmakla birlikte tek aşama teorisi kabul edilse dahi satış vaadi sözleşmesi ile satış sözleşmesi farklı kurumlardır¹²⁵³. Bu teoriler yalnız bunların ifa edilmesi ile ilgilidir. Bunun dışında bu iki ayrı kurum kendi kaderlerine tabidir.

İki aşama teorisine «*Zweistufentheorie*» göre¹²⁵⁴ ise vaat alacaklısı asıl sözleşmeden doğan edimlerin ifasını istemeden önce asıl sözleşmenin kurulmasını

¹²⁴⁷ Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 166.

¹²⁴⁸ Faessler, (2010), **a.g.k.**, s. 69; Koller, (1994), **a.g.k.**, s. 54; Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 45; Liechti, (2018), **a.g.k.**, s. 249; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 411.

¹²⁴⁹ Bu yönde: İFM 1979 yılında verdiği bir kararda (BGE 105 III 11), satışın bütün esaslı noktalarının belirlendiği satış vaadi sözleşmelerinin artık satış sözleşmesi olarak dikkate alınabileceğini ifade etmiştir. İFM 1977 yılında verdiği kararında da (BGE 103 III 97), resmî şekilde yapılmış önsözleşmede, asıl sözleşmenin bütün noktaları kararlaştırılmışsa artık bunun bir satış vaadi değil; satış sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir.; BGE 118 II 32; BGE 129 III 264; BGE 110 II 287.

¹²⁵⁰ Doktrinde *Einstufentheorie*’yi savunanlar: Schwenzer, (2016), **a.g.k.**, s. 181; Von Tuhr, Peter, (1984), **a.g.k.**, s. 276; Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 259; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 368. Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 166; Faessler, (2010), **a.g.k.**, s. 69., Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 14; Kummer, M. Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, ZRD 1954, s. 163; Liechti, (2018), **a.g.k.**, s. 249.

¹²⁵¹ BGr. 06.03.1992; BGE 118 II 32. (karara İFM’nin resmî sitesinden ulaşılmıştır: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F118-II-32%3Ade&lang=de&type=show_document) Asıl sözleşmenin tarafları ve sözleşmelerin içeriği önsözleşme ile aynıysa, önsözleşmeyle asıl sözleşme eşit tutulabilir. Eşdeyişle, önsözleşme, asıl sözleşmenin bütün esaslı noktalarını içeriyorsa doğrudan asıl sözleşmenin ifası talep edilebilir. Nitekim uyumsuzluğa konu olan satış vaadinde de sözleşme bedeli ve konusu belirtilmiştir. Ancak arazinin parsellenmesinden sonra hangi park alanının satılacağı kararlaştırılmamıştır.

¹²⁵² BGE 77 II 48. (karar İsviçre Federal Mahkemesi resmî internet sitesinden alınmıştır. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/d_e/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F97-II-53%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document).

¹²⁵³ Koller, (1994), **a.g.k.**, s. 54.

¹²⁵⁴ Bu yönde: BGE 97 II 48; doktrinde bu yönde: Becker, (1945), **a.g.k.**, s. 121.

istemek zorundadır¹²⁵⁵. İki aşama teorisi kabul edildiği takdirde alacaklı öncelikle asıl sözleşmenin kurulmasına ilişkin hüküm verilmesini ister ve mahkeme kararı ZPO Art. 344/I uyarınca borçlunun irade beyanı yerine geçer¹²⁵⁶. Ancak bundan sonra borçlu mahkeme hükmüyle doğan tescili isteme borcunu yerine getirmezse taraflar ZGB Art. 665'e dayanarak inşai karar verilmesini isteyebilir¹²⁵⁷. Bu halde borçlu tescil talebinde bulunmazsa TMK md. 716'ya göre dava açılabilir. Burada ister istemez iki ayrı dava açılması söz konusudur¹²⁵⁸. Nitekim İFM 1971 yılında verdiği bir kararında¹²⁵⁹ ZGB Art. 665'e (TMK md. 716) dayanan davaların hukukî sebebinin ancak satış sözleşmesinin veya buna mukabil mahkeme kararının olabileceğini -satış vaadi sözleşmesi olamayacağını- ifade etmiştir. İFM, satış vaadinden doğan borcun ifa edilmemesi halinde, mahkeme kararının satış sözleşmesi yerine geçeceğini; ancak aynı davada TMK md. 716'ya göre karar verilemeyeceğini ifade etmiştir. Satış sözleşmesinin kurulmasından sonra borçlu tescil talebinde bulunma borcunu yerine getirmezse, ayrıca TMK md. 716'ya göre tescile zorlama davası açılmalıdır.

Ancak iki aşama teorisinin başka bir görünüm biçimine göre iki ayrı dava açılması zorunlu değildir¹²⁶⁰. Satış sözleşmesinin kurulması ile mülkiyetin TMK md. 716'ya göre nakledilmesi tek bir davada birlikte talep edilebilir¹²⁶¹. Bu ihtimalde alacaklı, asıl sözleşmenin kurulması ve mahkeme kararı ile kurulmuş asıl sözleşmenin ifası davası açar¹²⁶². Bu çözüm hem usul ekonomisine hem de teoriye hitap eder¹²⁶³. Burada, borçlunun irade beyanı yerine geçen mahkemenin kararı ZGB Art. 665 (TMK md. 716) anlamında taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebeptir.

¹²⁵⁵ Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 45; Schwenzer, (2016), **a.g.k.**, s. 181; Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 14; Koller, (1994), **a.g.k.**, s. 54; Faessler, (2010), **a.g.k.**, s. 69; Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257; Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 166.

¹²⁵⁶ Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 411; Schwenzer, (2016), **a.g.k.**, s. 181.

¹²⁵⁷ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257; Liechti, (2018), **a.g.k.**, s. 249; Schwenzer, (2016), **a.g.k.**, s. 181; Huguenin, (2019), **a.g.k.**, s. 45.

¹²⁵⁸ Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 259.

¹²⁵⁹ BGE 97 II 48. (karar İsviçre Federal Mahkemesi resmî internet sitesinden alınmıştır. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F97-II-48%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document).

¹²⁶⁰ Koller, (1994), **a.g.k.**, s. 54; Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

¹²⁶¹ Bu yönde: Bucher, (1979), **a.g.k.**, s. 179, dpnt. 30; Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 260; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 411; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 368; Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

¹²⁶² „Klage auf Abschluss des Hauptvertrags mit Klage auf die gemäss Hauptvertrag geschuldete Leistung”. Bkz. Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 260; Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

¹²⁶³ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

İki aşama teorisini kabul edenlere göre, satış vaadine önsözleşme dedikten sonra doğrudan TMK md. 716'ya dayanmak tutarsızlıktır¹²⁶⁴. Çünkü bir sözleşmeye önsözleşme dedikten sonra, asıl sözleşmenin ifasını istemek makul değildir¹²⁶⁵. Önsözleşmeden doğan borç ve tarafların iradesi asıl sözleşmeyi kurmaktır; asıl sözleşmeyi ifa etmek değil (OR 22, TBK 19)¹²⁶⁶. Bu nedenle doğrudan asıl sözleşmeden doğan edimlerin ifasını istemek, adeta kişinin kendisine ait olmayan borçtan sorumlu tutulması anlamına gelir¹²⁶⁷. Bu nedenle önsözleşme ifa edilmediğinde asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik dava açılır; asıl sözleşmenin ifasına yönelik değil¹²⁶⁸. Ayrıca İsviçre hukukunda irade beyanında bulunma borcunun ifa edilmemesi halinde, mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceği özel hukukun temellerindedir¹²⁶⁹.

2.5.4. Görüşlerin değerlendirilmesi ve görüşümüz

Evvla belirtilmelidir ki, taşınmaz satış vaadine dayanarak tescile zorlama davası açılıp açılmayacağı problemi ele alınırken birden fazla faktör göz önünde tutulmalıdır. Bunlardan en önemlileri; taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında hangi sistemin benimsendiği ve önsözleşme kurumuna hangi değer atfedildiğidir. Başka bir ifadeyle, satış vaadine ve taşınmaz mülkiyetinde tescil talebine hangi hukukî niteliğin verildiği belirleyicidir¹²⁷⁰. Örneğin bizzat sözleşme ile taşınmaz mülkiyetinin kazanıldığı sistemde doğal olarak satış vaadine dayanarak mülkiyetin mahkeme kararıyla kazanılması mümkün olur. Bu nedenle Alman ve İsviçre hukukundaki görüşler ele alınırken Türk hukukundan farklı düzenlemeler göz önünde bulundurulmalıdır.

¹²⁶⁴ Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 259; bu yönde: Bucher, (1979), **a.g.k.**, s. 178; Schwenger, (2016), **a.g.k.**, s. 181; Bucher, (1979), **a.g.k.**, s. 170; Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 255.

¹²⁶⁵ Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 260.

¹²⁶⁶ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

¹²⁶⁷ Bucher, (1979), **a.g.k.**, s. 178 vd.; benzer şekilde örneğin üçüncü kişi yararına bir önsözleşmede üçüncü kişinin asıl sözleşmenin kurulmasını isteme hakkı yoksa, önsözleşme tarafının üçüncü kişiden asıl sözleşmenin ifasını istemesi, adeta kişinin tarafı olmadığı (veya asıl sözleşmeyi kurmayacağı) sözleşmeden sorumlu olması demektir. (Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 260.).

¹²⁶⁸ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

¹²⁶⁹ Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 259.

¹²⁷⁰ Örneğin *Kocayusufoşaoğlu*'na göre taşınmaz satış sözleşmesi tescili de içerdiğinden hem taahhüt hem tasarruf işlemi niteliğindedir. Yazara göre satış sözleşmesine atfedilen bu sistemin uygulamaya da uyması bir tercih sebebidir. Yazarın aynı davada hem satış sözleşmesinin kurulmasına hem de TMK md. 716'ya göre mülkiyetin nakline karar verilmesini savunmasında bu durum da etkilidir. Zira artık bir bakıma satış vaadi, satış sözleşmesinin rolünü üstlenmektedir. (Kocayusufoşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 214).; *Von Tuhr* göre doğrudan satış sözleşmesinin ifası istenebilir (s. 276). *Von Tuhr*'un bu çözüm tarzını benimsemesi doğaldır; zira yazara göre taşınmaz satış sözleşmesi hem taahhüt tem tasarruf işlemi niteliğindedir; tescil talebi de usuli bir işlemler ibarettir. (Von Tuhr, Peter, (1984), **a.g.k.**, s. 273 vd.); *Özmen/Bilgin Yüce*'ye göre satış vaadi sözleşmesi önsözleşme niteliğinde olmayıp bizzat asıl sözleşme niteliğinde olduğundan, satış vaadine dayanarak doğrudan tescile zorlama davası açılabilir. (Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 20.).

Başka bir açıdan bakıldığında buradaki mesele aslında bir yapma borcu niteliğinde olan irade beyanında bulunma borcunun nasıl icra edileceği ile ilgilidir. Ayrıca irade beyanında bulunma borçlarının icrası hukuk sistemlerinde farklı farklıdır. Bunda, hukuk sistemlerindeki mülkiyetin kazanılmasında sistem farklılıkları ve ön sözleşme kurumundaki farklılıklar da etkilidir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan, alışveriş hayatında esneklik ve mahremiyet sağlayan ve bundan ötürü sıkça uygulanan bir kurumdur¹²⁷¹. Satış sözleşmesinin yapılmak istenmediği veya yapılamadığı birçok halde satış vaadi sözleşmesi yapılması anlam taşır. Bu nedenle -hâkim görüşe katılarak- satış vaadi sözleşmesinin varlığını ve önsözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmekteyiz.

Sungurbey ve Özmen/Yüce, satış vaadi sözleşmesinin bizzat satış sözleşmesi olduğunu düşündüğü için satış vaadine dayanarak doğrudan TMK md. 716'ya göre dava açılabileceğini görüşündedir¹²⁷². Halbuki satış vaadi sözleşmesinin satış sözleşmesinden bağımsız bir varlığı vardır ve önsözleşme niteliğindedir. Bu nedenle bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Satış vaadinden doğan borç ifa edilmediğinde hâkimin aynen ifa kararının borçlunun irade beyanı yerine geçmeyeceği görüşüne de katılmıyoruz. İfade edildiği üzere bu görüş kabul edilirse, mahkemenin, borçlunun sözleşme kurma beyanında bulunması gerektiğine ilişkin hükmünün kesinleşmesiyle İİK md. 30'a göre icra emri gönderilir ve borçlu yine tapu siciline gelip sözleşmeyi kurma borcundan imtina ederse bu sefer üçüncü kişiye borçlu adına irade beyanında bulunma yetkisi verilir¹²⁷³. Bu görüş kabul edildiğinde ortaya çıkan tablo makul değildir. Hiç bu yola gerek kalmaksızın hâkim kararının bizzat borçlunun iradesinin yerine geçmesi daha makul ve pratiktir¹²⁷⁴. Mahkeme kararının borçlunun irade beyanının yerine geçtiğinin kabulü halinde, ilamın icrasına gerek kalmaz¹²⁷⁵. Bu nedenlerden biz de hâkim görüşe katılarak mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceğini kabul ediyoruz. Nitekim TBK md. 185, TMK md. 716/II ve 1013/II'de hâkim kararının irade beyanının yerine geçebileceği

¹²⁷¹ Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 241; Schwenger, (2016), **a.g.k.**, s. 180-181.

¹²⁷² Yargıtayın taşınmaz satış vaadine dayanarak doğrudan TMK md. 716'ya hüküm vermesi, taşınmaz satış sözleşmesinde tescil talebinin bulunmasındandır (Aynı yönde: Özmen, Bilgin Yüce, (2001), **a.g.k.**, s. 15.).

¹²⁷³ Ayrıca dikkat edilmelidir ki TBK md. 113 ancak sözleşme konusu edimin diğer kişiler tarafından da ifa edilmesinin mümkün olduğu hallerde uygulanır. Hâkim görüşüne göre, irade beyanında bulunma borcu borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı borç olduğu için TBK md. 113'e tabi değildir. Bu yönde: Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 172; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 153; tartışmalar için bkz. s. 156 vd.

¹²⁷⁴ Aynı yönde bkz. Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 162; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 177; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1054.

¹²⁷⁵ Baker/McKenzie. (2010), **a.g.k.**, s. 1249.

düzenlenmiştir. Bu hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla, hâkim kararının borçlunun iradesinin yerine geçtiği kabul edilebilir¹²⁷⁶.

Türk hukukundan farklı olarak İsviçre¹²⁷⁷ ve Alman hukukunda¹²⁷⁸, irade beyanında bulunulmasına ilişkin mahkeme kararının borçlunun iradesinin yerine geçeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu vesileyle belirtilmelidir ki, olması gereken hukuk bakımından -İsviçre ve Alman hukukunda olduğu gibi- HMK'ya bu yönde hüküm getirilmesi isabetli olur¹²⁷⁹.

Hâkim kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceği; ancak taşınmaz satış sözleşmesi kurulmuş olmayacağı görüşüne göre alacaklı, borçlunun irade beyanında bulunmasına ilişkin mahkeme kararını alıp tapu müdürlüğüne giderek resmî taşınmaz satış sözleşmesini düzenletir. Kurulan bu satış sözleşmesinin de borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde ise bu sefer yeni bir davayla TMK md. 716'ya dayanarak mülkiyetin inşaî kararlar devredilmesi istenebilir. Bu görüşe de katılmıyoruz. Katıldığımız hâkim görüşe göre hâkim kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceğini kabul ettikten sonra, satış sözleşmesinin de kurulmuş olduğunu kabul etmek gerekir¹²⁸⁰. Nitekim hâkimin kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceğinin açıkça öngörüldüğü İsviçre hukukunda mahkeme kararı borçlunun irade beyanı yerine geçmesiyle asıl sözleşme kurulmuş sayılır¹²⁸¹. İkinci olarak, mahkeme kararının, satış sözleşmesinin resmî şeklini sağlamadığı da düşünülemez. Taşınmaz satış sözleşmeleri tapu müdürlüğünde resmî olarak düzenlenir. Mahkeme önünde kurulan sözleşme bu resmîyeti haydi haydi sağlar¹²⁸². Hal böyle olunca mahkeme kararıyla birlikte, hem kararın borçlunun irade

¹²⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 169; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 348; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 367.

¹²⁷⁷ İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Art. 344.

¹²⁷⁸ Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO) § 894.

¹²⁷⁹ Bu yönde: Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 379; Erdoğan, (2017), **a.g.k.**, s. 164.

¹²⁸⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 695; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 170, dpnt. 73; 171.

¹²⁸¹ Schwenzler, (2016), **a.g.k.**, s. 181.

¹²⁸² Bu yönde: Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 170, dpnt. 73; 171: zira mahkeme kararı, tapu sicil müdürlüğündeki resmîyeti zaten yerine getirir. Alacaklının dava dilekçesindeki beyanının taşınmaz satışına ilişkin resmî şekli sağlayıp sağlamadığı hususunda şüpheye düşülebilir. Ancak; nasıl mahkemenin kararı borçlunun iradesinin yerine geçiyor ve resmî şekli sağlıyorsa dava dilekçesinde yer alan irade beyanı da resmî şekli sağlar. Tapu sicil görevlilerinin huzurunda kurulan satış sözleşmesinin mahkeme huzurunda da haydi haydi kurulması gerekir. Doktrindeki diğer görüşe göre ise kanunun özel bir şekli aradığı hallerde -taşınmaz satış sözleşmesinde olduğu gibi- ayrıca tapu sicili görevlileri önünde irade beyanında bulunulması gerekir. Yani mahkeme kararıyla satış sözleşmesi kurulmuş olmaz; alacaklının tapu sicil görevlilerine mahkeme hükmünü ibraz edip satış sözleşmesini kurdurması gerekir. Kocayusufpaşaoğlu bu fikri “*amaçsız formalite*” olarak değerlendirir.

beyanı yerine geçeceğine hem de satış sözleşmesinin kurulmuş sayılacağından şüphe edilmemesi gerekir¹²⁸³.

Mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceği ve böylece satış sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı fakat mahkemenin aynı davada kurulmuş sayılan asıl sözleşmeye dayanarak TMK md. 716'ya göre mülkiyetin alacaklıya geçmesine hükmedemeyeceği görüşüne¹²⁸⁴ de katılmıyoruz. Zira mahkemenin kararının satış sözleşmesini kurduğunu kabul ettikten sonra, mahkemenin aynı davada TMK md. 716'ya göre mülkiyetin nakline karar veremeyeceğini söylemek, amaçsız bir formalitedir¹²⁸⁵. Çünkü satış vaadinden doğan borcunu yerine getirmeyen borçlunun satış sözleşmesinden doğan borcu olan tescil talebinde bulunma borcunu da yerine getirmeyeceğinin varsayılması makuldür¹²⁸⁶. Gerçekten de satış vaadini ifa etmeyen borçludan bu sefer satış sözleşmesinin ifasını istemek ve bu istek reddedildiğinde yeni bir dava açmak, usul ekonomisi ilkesine aykırıdır¹²⁸⁷. Mahkeme açısından da iş yükünün gereksiz artması anlamına gelir. Taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin dava ve bu asıl sözleşmeden doğan mülkiyeti geçirme borcunun (tescil talebinde bulunma) ifasına ilişkin davanın bağlantılı olduğu göz önünde tutulmalıdır¹²⁸⁸. Türk ve İsviçre doktrininde de iki ayrı dava açılmasının gereksiz olduğu kabul görülür¹²⁸⁹. İsviçre hukukundaki tek aşama teorisinin «*Einstufentheorie*» ana argümanı budur. Mahkemenin satış sözleşmesinin kurulduğuna hükmettiği aynı davada bu sözleşmeden doğan talebi de incelemesi makul olmalıdır¹²⁹⁰.

İsviçre hukukunda kabul gören tek aşama teorisinin «*Einstufentheorie*» Türk hukukunda uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Birincisi satış vaadinden doğan borç, asıl sözleşmeyi yapmaktır; satış sözleşmesini ifa etmek değil. Türk ve İsviçre hukuklarında satış vaadinin önsözleşme niteliğinde olduğu geniş kabul görmektedir. Durum böyle olunca, satış vaadinin satış sözleşmesinin esaslı noktalarını içerdiği hallerde -satış sözleşmesi kurulmadan- doğrudan TMK md. 716'ya dayanarak mülkiyetin

¹²⁸³ Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 177; Akipek, (1973), **a.g.k.**, s. 115.

¹²⁸⁴ Kimi kararlarda da mahkemenin aynı davada satış sözleşmesinin kurulmasına hükmettiği ve -inşai hüküm vermek yerine- taşınmaz satış sözleşmesinden doğan borcun aynen ifası kararı verdiği görülür. Bkz. Yarg. 1. HD. 26.04.1954, E. 7256, K. 3709.

¹²⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 171.

¹²⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 695.

¹²⁸⁷ Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 180.

¹²⁸⁸ Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 176.

¹²⁸⁹ Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 14; Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 166; Faessler, (2010), **a.g.k.**, s. 69.

¹²⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 173.

devredilmesini istemek, önsözleşme ile asıl sözleşme arasındaki farkı kaldırır¹²⁹¹. İkincisi, İsviçre hukukunda kural olarak hem satış vaadi hem satış sözleşmesi noterde düzenlendiğinden doğrudan satış vaadine dayanılarak hâkimin inşai kararlarla mülkiyeti devretmesini talep etmek, Türk hukukuna göre daha makuldür. Çünkü Türk hukukunda taşınmaz satış sözleşmesi ancak tapu sicil müdürlüğünde düzenlenebilir. Satış vaadi sözleşmesi ise noterde düzenlenir¹²⁹². Bu yüzden, doğrudan noterde kurulmuş satış vaadine dayanarak TMK md. 716 uyarınca dava açmak, tapuda düzenlenmesi gereken satış sözleşmesinin şekil şartını yerine getirmez. Nitekim İsviçre hukukunda *Einstufentheorie* 'yi savunanlara göre dahi, asıl sözleşmenin şeklinin yerine getirilmediği hallerde istisna getirilmelidir¹²⁹³. Nihayetinde, tek aşama teorisi iki tarafa borç yükleyen ve asıl sözleşmenin taraflarının aynı olduğu önsözleşmeyi esas alır¹²⁹⁴. Üçüncü kişi yararına kurulan satış vaadi sözleşmelerinde tek aşama teorisi uygulanamaz¹²⁹⁵. Ayrıca önsözleşmenin tescil için yeterli belirlilik derecesini taşımadığı durumlarda da tek aşama teorisi uygulanamaz¹²⁹⁶.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, satış vaadinin ifa edilmemesi halinde aynı davada satış sözleşmesinin kurulmasını ve satış sözleşmesinden doğan borcun ifasını talep etmek mümkündür¹²⁹⁷. Bu görüşe göre taşınmaz satış vaadine dayanarak dava açıldığında, tek bir davada mülkiyetin alıcıya geçtiğine hükmedilebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, görünüşte (prima facie) mahkeme doğrudan satış vaadine dayanarak TMK md. 716'ya karar veriyor gibi görünse de durum aslında böyle değildir. Bu ihtimalde alacaklı, asıl sözleşmenin kurulması ve mahkeme kararı ile kurulmuş asıl sözleşmenin ifası davası açar¹²⁹⁸. Mahkeme, önce satış sözleşmesinin kurulmasına ve satış sözleşmesi yerine geçen karara dayanarak mülkiyetin TMK md. 716'ya göre alacaklıya

¹²⁹¹ *Koller'e* göre de tek aşama teorisini savunmak zordur; çünkü önsözleşmenin nasıl asıl sözleşme gibi etkili olacağını gerekçelendirmek kolay değildir. Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 411, dpnt. 15.

¹²⁹² Doktrinde satış vaadi sözleşmesinin tapu müdürlüğünde de düzenlenebileceği kabul edilir. Ancak uygulamada buna neredeyse hiç rastlanmaz.

¹²⁹³ Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, (2016), **a.g.k.**, s. 166.

¹²⁹⁴ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 256.

¹²⁹⁵ Von Tuhr, Peter, (1984), **a.g.k.**, s. 275.

¹²⁹⁶ Brückner, (2001), **a.g.k.**, s. 13.

¹²⁹⁷ Bu yönde: Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257; Çenberci, (1986), **a.g.k.**, s. 218; Bucher, (1979), **a.g.k.**, s. 179, dpnt. 30; Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 215; Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 260; Koller, (2017c), **a.g.k.**, s. 411; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 158; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 367; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 180; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 695.

¹²⁹⁸ „*Klage auf Abschluss des Hauptvertrags mit Klage auf die gemäss Hauptvertrag geschuldete Leistung*“. Bkz. Kramer, (1991), **a.g.k.**, s. 260; Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257.

devredilmesine hükmetmektedir¹²⁹⁹. Böylece iki aşama teorisini «Zweistufentheorie» benimsemiş oluyoruz. Burada, borçlunun irade beyanı yerine geçen mahkemenin kararı TMK md. 716 (ZGB Art. 665) anlamında taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî sebeptir.

Bu çözüm hem usul ekonomisine ve uygulamaya hem de teoriye hitap eder¹³⁰⁰. Çünkü ilk olarak, iki ayrı dava açılmasına gerek kalmayacaktır¹³⁰¹. İkinci olarak, satış vaadi sözleşmesine satış sözleşmesi gibi muamele edilmemiş olur. Ve nihayet üçüncü olarak, mahkeme kararıyla satış sözleşmesi kurulduğundan şekil şartı yerine getirilmiş olur.

Bir görüşe göre aynı davada hem satış sözleşmesinin kurulmuş olmasına hem de buna dayanarak TMK md. 716 uyarınca mülkiyetin nakline hükmedilebilmesi, (gerçek olmayan) objektif dava birleşmesi ile mümkündür¹³⁰².

Bizce burada ne terditli dava ne de klasik anlamda davaların yığılması mevcuttur. Terditli dava, davacının biri asli biri ikincil iki talepte bulunduğu davadır¹³⁰³ (HMK md. 111). Bu dava türünde asıl talebin reddedilmesi halinde ikincil talebin ileri sürülmesi söz konusudur¹³⁰⁴. Taşınmaz satış vaadinde ise hem sözleşmenin kurulmuş sayılması hem de mülkiyetin hükmen geçirilmesi istendiğinden terditli davadan bahsedilemez. Davaların yığılması ise (objektif dava birleşmesi) davacının, davalıya karşı sahip olduğu birden fazla talebini açtığı tek davada istemesidir (HMK.md.110)¹³⁰⁵. Burada, terditli davadan farklı olarak birden fazla asıl talep aynı dava dilekçesinde ileri sürülür¹³⁰⁶ ve hâkim her

¹²⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 62 ve 215; satış vaadinin aynen ifası davasında, satış vaadi, satış sözleşmesinin taşınması gereken belirli veya belirlenebilir olma derecesini taşıyorsa, borçlunun iradesi yerine geçerek satış sözleşmesini kuran karar -hâkimin sözleşmeyi tamamlamasıyla- inşaî nitelikte olur (Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 178; yazara göre ayrıca sözleşmenin tamamlanması söz konusudur.).

¹³⁰⁰ Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 257; Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 180-181; Eren, hâkimin aynı davada hem taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmuş sayılacağına hem de mülkiyetin TMK md. 716'ya göre nakledilmesine karar verilebileceği görüşünü, "iki ayrı dava açılmasını önlediği ve pratik olduğu için" savunur (Eren, (2016), **a.g.k.**, s. 331.).

¹³⁰¹ Davaların yığılması usul ekonomisi ilkesine hizmet eder. Detaylar için bkz. Rüzgaresen, C. (2013). *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 40 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, (2015), **a.g.k.**, s. 223.

¹³⁰² Ayrancı, (2006), **a.g.k.**, s. 180-181.

¹³⁰³ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 629; Kuru, B. (2017). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 154-156; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, (2015), **a.g.k.**, s. 219.

¹³⁰⁴ Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 630.

¹³⁰⁵ Muşul, T. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 103; Kuru, (2017), **a.g.k.**, s. 156-157; Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 628; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, (2015), **a.g.k.**, s. 222.

¹³⁰⁶ HMK md 110'a göre dava edilen taleplerin aynı yargı çeşidinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili mahkeme bulunması gerekir. Talepler arasında hukukî veya ekonomik bağ olması dahi aranmaz. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, (2015), **a.g.k.**, s. 223.

talep için ayrı ayrı karar verir¹³⁰⁷. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin de borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde alacaklının satış sözleşmesinin kurulmasını ve mülkiyetin hükmen kendisine geçirilmesini istemesi bağımsız asli talepler değildir. Zira iki talebin ayrı ayrı dava edilmesi mümkün değildir; önce sözleşmenin kurulmuş sayılması ardından bu sözleşmeye dayanarak mülkiyetin hükmen geçirilmesi istenebilir. Burada terditli talep yığılması söz konusudur¹³⁰⁸.

Ancak doktrinde “gerçek olmayan terditli dava” kurumundan söz edilir¹³⁰⁹. Gerçek olmayan terditli dava; iki talebin bulunduğu fakat ikinci talebin (yardımcı talep) incelenmesinin ilk (aslî) talebin kabulüne bağlı olduğu davadır¹³¹⁰. Gerçek terditli davadan farklı olarak burada, asli talebin mahkemece reddedilmesi halinde, -konusuz kalacağından- ikinci talep düşer¹³¹¹. Örneğin boşanmaya ve nafakaya-tazminata hükmedilmesi¹³¹², genel kuruldan azil kararının geçersizliğinin ve maddi tazminatın¹³¹³, satış sözleşmesinin kurulması ve bedelin ödenmesinin talep edilmesi hallerinde durum böyledir¹³¹⁴. Gerekli şartların olgunlaşması halinde, her iki talebin de aynı davada karara bağlanması mümkündür¹³¹⁵. Ayrıca yargılama giderlerine davaların yığılmasında olduğu gibi hükmedilir¹³¹⁶. İki ayrı talebe birlikte karar verilebilmesi açısından gerçek olmayan terditli davalar, davaların yığılmasının özel bir görünüm biçimidir¹³¹⁷. Ancak HMK md. 111’de, terditli davalar açıkça asıl talebin reddi şartına bağlandığından, gerçek olmayan terditli dava hukukumuzda mevcut değildir¹³¹⁸. İsviçre ve Alman hukuklarında anılan ihtimallerde, gerçek olmayan terditli davadan değil de objektif dava yığılmasından söz edilmesi gerektiği kabul edilir¹³¹⁹. Asıl sözleşmenin kurulması ve mülkiyetin TMK md. 716’ya göre devri davasında mahkemenin iki talep bakımından ayrı ayrı karar vermesi

¹³⁰⁷ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, (2015), **a.g.k.**, s. 222.

¹³⁰⁸ Muşul, (2009), **a.g.k.**, s. 107; Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 147 vd.

¹³⁰⁹ U. Bulut, (2017). *Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 134; davaların yığılması ile karşılaştırılması için bkz. Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 129 vd.; Muşul, (2009), **a.g.k.**, s. 23 vd.

¹³¹⁰ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 134, 135.

¹³¹¹ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 135.

¹³¹² Uygulamadaki bu durum, gerçek olmayan terditli davanın tipik görünüm biçimidir. (Muşul, (2009), **a.g.k.**, s. 123, 124; Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 153). Boşanma talebi kabul edilirse nafaka veya tazminata da karar verilebilir. Nafaka talebi kabul görmez ise nafaka veya tazminat talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir.

¹³¹³ Muşul, (2009), **a.g.k.**, s. 124.

¹³¹⁴ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 136, 137.

¹³¹⁵ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 135-137.

¹³¹⁶ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 146.

¹³¹⁷ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 146, 147.

¹³¹⁸ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 149.

¹³¹⁹ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 149.

söz konusu olduğundan ortada dava yığılması vardır¹³²⁰. Bu halde “*görünüşte tek bir dava; gerçekte talep sayısınınca dava*” söz konusudur¹³²¹. Her bir talep için dava dilekçesinde vakıaların ayrı ayrı belirtilmesi ve bunların ispatı gerekir¹³²². Mahkeme satış sözleşmesinin kurulması ve TMK md. 716’ya göre mülkiyetin davacıya devri talepleri için ayrı ayrı inceleme yapar karar verir¹³²³. Satış sözleşmesinin ifasına karar verilmesi, ilk talep olan satış sözleşmesinin kurulmasına bağlı olduğundan, bunun için “*terditli objektif dava yığılması*” ifadesi kullanılır¹³²⁴. Bu nedenle satış vaadinin ifa edilmemesi halinde “*satış sözleşmesinin kurulması ve mülkiyetin TMK md. 716’ya göre devri*” davası davalarım yığılması şeklinde açılmalıdır¹³²⁵.

3. Taşınmaz Mülkiyetini Devir Borcu Doğuran Sözleşmeden Dönülmesi Halinde İfa Edilmiş Edimlerin İadesinde Tescile Zorlama Davası

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkide aynen iadenin söz konusu olduğu hallerde tescile zorlama davası kabul edilen görüşe bağlı olarak sözleşme, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre açılabilir¹³²⁶.

Sözleşmeden dönme, iade yükümlülüğünün doğacağı en tipik haldir¹³²⁷. TBK’da muhtelif yerlerde sözleşmeden dönme hakkına yer verilmiştir. TBK’nın genel hükümler kısmındaki TBK md. 98 ve 125; özel hükümler kısmındaki md. 218 ve 473 bunlara örnektir. Burada önem taşıyan husus, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran bir sözleşmeden tasarruf işlemi yapıldıktan (tescil) sonra -gerekli şartların oluşmasıyla- dönülmesi halinde tescile zorlama davasının açılıp açılmayacağıdır. Bu sorunun cevabı sözleşmeden dönmenin doğurduğu sonuçlara bağlıdır. TBK md. 125/III’e göre “*Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.*”. Görüldüğü üzere kanun sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin ve yerine getirilen tasarruf işlemlerinin

¹³²⁰ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 150.

¹³²¹ Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2018), **a.g.k.**, s. 222; Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 630.

¹³²² Pekcanitez, Atalay ve Özekes, (2015), **a.g.k.**, s. 222; Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 629.

¹³²³ Pekcanitez, Atalay, Özekes, (2018), **a.g.k.**, s. 77; Tanrıver, (2017), **a.g.k.**, s. 629.

¹³²⁴ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 147.

¹³²⁵ Bulut, (2017), **a.g.k.**, s. 153.

¹³²⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 354, 355.

¹³²⁷ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 357.

geçerliliğinin ne olacağını düzenlememiştir¹³²⁸. Bu hususlarda temelde dört teori ileri sürülmüştür¹³²⁹. Bunlar; klasik dönme teorisi, kanuni borç ilişkisi teorisi, aynı etkili dönme teorisi ve dönüşüm teorisidir. Bu görüşlerden hangisinin kabul edileceği, taşınmazın iadesinin tescile zorlama davasıyla mı yoksa başka bir davayla mı yapılacağını belirler.

Örneğin aynı nedenle sözleşmeden dönülmesi halinde de tescile zorlama davası gündeme gelebilir.

3.1. Klasik dönme teorisine göre

Klasik dönme teorisine göre sözleşmeden dönüldüğünde, sözleşme -hiç yapılmamış gibi- geçmişe etkili olarak sona erer ve ifa edilmemiş edimleri ifa yükümlülüğü sona erer¹³³⁰. Ancak yerine getirilmiş tasarruf işlemleri geçersiz olmaz¹³³¹. Dönülen sözleşmenin ifası olarak yapılan kazandırmalar ise sebepsiz kaldığından, bu kazandırmaların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir (TBK md. 77 vd.)¹³³². Burada hukukî sebebin sonradan ortadan kalkması nedeniyle meydana gelen sebepsiz zenginleşme söz konusudur (TBK md. 77/II)¹³³³. İade talebi sebepsiz zenginleşme zaman aşımına (2 yıl) tabidir (TBK md. 82).

Hâkim görüş kabul edildiğinde taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğrudan sözleşmeden dönüldüğünde tescil yolsuz hale gelmeyeceğinden, dönülen sözleşmenin alıcısı adına tescil yapılmışsa hala maliktir¹³³⁴. Fakat tescil sözleşmeden dönülmesiyle sebepsiz hale geldiğinden, alıcının mülkiyet hakkını edinmesi sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Eski malik sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkını tescile zorlama

¹³²⁸ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 117.

¹³²⁹ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 117 vd.; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1145.

¹³³⁰ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 118; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 357; Becker, (1945), **a.g.k.**, Art. 109, s. 567; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 537; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 343.

¹³³¹ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 343, 344; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 119; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 357; Becker, (1945), **a.g.k.**, Art. 109, s. 567; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 537; taşınmazlardaki sebebe bağlılık ilkesi ile dönme ile taahhüt işleminin geçersizliğini; ancak tasarruf işleminin geçersiz olmayacağını kabul eden klasik dönme teorisini bağdaştırmanın mümkün olmadığı yönünde: Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 118.

¹³³² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 967; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 357; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 119; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1145; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 271 ve 283; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 343.

¹³³³ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 119.

¹³³⁴ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 358; dikkat edilmelidir ki alıcının temerrüdünde satılanın zilyetliğinin alıcıya geçirilmesinden sonra satış sözleşmesinden dönmek TBK md. 235/III uyarınca ancak dönme hakkı sözleşmede saklı tutulmuşsa mümkündür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa payı yüklenici lehine tapuya tescil edildikten sonra iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi içinse dönme hakkının saklı tutulması şart değildir. (aynı eser s. 358, dpnt. 197).

davası (TMK md. 716) ile kullanır¹³³⁵. Mahkemenin TMK md. 716 uyarınca verdiği kararın kesinleşmesiyle eski malik mülkiyeti tescilden önce kazanır (TMK md. 716/II)¹³³⁶.

3.2. Kanuni borç ilişkisi teorisine göre

Kanuni borç ilişkisi teorisi, sözleşmeden dönülmesiyle sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğini kabul etmekle beraber, tasarruf işleminin geçerliliğini koruyacağını ve iade ilişkisinin sözleşme zamanaşımına tabi olacağını savunur¹³³⁷. Bu görüşün amacı, iade talebini görece kısa olan sebepsiz zenginleşme zamanaşımından kurtarıp 10 yıllık sözleşme zamanaşımına tabi kılmaktır¹³³⁸.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden dönüldüğünde, sözleşme sona erer ve taraflar arasına kanundan doğan borç ilişkisi kurulur¹³³⁹. Edimlerin iade borcuna 10 yıllık zamanaşımı ve iade borcunun kapsamına sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır¹³⁴⁰. Bu görüş kabul edilirse taşınmaz mülkiyetinin iadesi, sebepsiz zenginleşene tescile zorlama davası ile sağlanacaktır (TMK md. 716)¹³⁴¹. Ancak taşınmaz mülkiyetinin iadesine ilişkin alacak hakkı klasik dönme teorisinden farklı olarak 10 yıllık sözleşme zamanaşımına tabidir.

Tapu sicilinde malik görünen kişiden taşınmazı edinen kişi, kötü niyetli olsa bile taşınmazı iade ile yükümlü değildir¹³⁴². Ancak üçüncü kişinin taşınmazı edinmesi davranışı TBK md. 49/II anlamında haksız fiil teşkil ederse üçüncü kişiden doğrudan

¹³³⁵ Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 78, dpnt. 41; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 344; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 358; alıcının taşınmaz satış vaadinden doğan sözleşmesinden doğan bedel ödeme borcunu ifa etmemesi halinde, eski malik şartları oluştuğunda sözleşmeden dönebilir. Bu halde, iade için tescile zorlama davası açılacağı yönünde: Yarg. 14. HD., T. 07.05.2007, E. 4481, K. 5249. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 396, dpnt. 475.

¹³³⁶ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 358.

¹³³⁷ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1145; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 120; kanuni borç ilişkisi teorisini benimseyen: Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 968; Gümüş, M. A. (2014a). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II. (3. Baskı)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 25, 83, 84; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 194; Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 501, dpnt. 8; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 344.

¹³³⁸ Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 501, dpnt. 8; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 120.

¹³³⁹ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 967, 968.

¹³⁴⁰ Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 501; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121; Becker, (1945), **a.g.k.**, s. 567-569; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1145; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 968.

¹³⁴¹ Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 78, dpnt. 41; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 344, 345; Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 502 ve 505; ön ödemeli konut satış sözleşmesinden dönme hali için bu yönde: Çabri, (2015), **a.g.k.**, ss. 230

¹³⁴² Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 502.

talepte bulunulabilir¹³⁴³. Ancak belirtilmelidir ki bu görüş doktrin ve içtihatlarda taraftar bulmaz¹³⁴⁴.

3.3. Yeni dönme teorisine göre

Yeni dönme teorisine göre «*Umwandlungstheorie*» dönme hakkı kullanıldığında sözleşme sona ermez; içerik değiştirir¹³⁴⁵. Yerine getirilmiş taahhüt işlemleri geçerliliklerini korur¹³⁴⁶. Sözleşme, içerik değiştirmesiyle tasfiye sürecine dönüşür¹³⁴⁷. Henüz ifa edilmemiş edimleri ifa etme yükümlülüğü sona erer¹³⁴⁸. Sözleşme sona ermediği için yerine getirilmiş edimlerin iadesi sözleşme hükümlerine göre olur¹³⁴⁹.

Böylece elde edilen kazanımlar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil; aynı sözleşmeden doğan taleplerle iade edilir¹³⁵⁰. Bu kabulün sonucu, iade isteminin 10 yıllık sözleşmeden doğan borçlara ilişkin zamanaşımına tabi olmasıdır (TBK md. 146)¹³⁵¹.

Bu teori kabul edildiği takdirde taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden dönüldüğünde, alıcı adına tescil edilmiş taşınmazın iadesi tescile zorlama davasıyla olur (TMK md. 716)¹³⁵². Ancak bu davada -sözleşme hükümlerine tabi olduğundan- 10 yıllık zamanaşımı geçerlidir.

Bir görüşe göre taşınmaz satış sözleşmesi için yeni dönme teorisinin kabul edilmesi sakıncalıdır¹³⁵³. Çünkü nasıl taşınmaz satış sözleşmesinin resmî şekilde düzenlenmesi gerekiyorsa (TMK md. 706, ZGB Art. 657); mülkiyet hakkının iadesi için de yeni bir resmî sözleşme düzenlenmesi gerekir¹³⁵⁴. Zira dönülen sözleşmenin içerik değiştirip tasfiye ilişkisinin doğmasıyla, sözleşmenin esaslı unsurları değişmiştir¹³⁵⁵. Bu nedenle

¹³⁴³ Bkz. yuk. 3.1.2.2. s. 133 vd.

¹³⁴⁴ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121.

¹³⁴⁵ Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 87; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1144; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 357; Bu teoriyi savunanlar: Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1146; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 272; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 968; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 427 vd; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 272; Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 588; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 344; Vardar Hamamcıoğlu, G. *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*. (2014). İstanbul, s. 156 vd.; Serozan, (2007a), **a.g.k.**, s. 74, 75.

¹³⁴⁶ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 123.

¹³⁴⁷ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1144; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 123; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 272.

¹³⁴⁸ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 123.

¹³⁴⁹ Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 283; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 344; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1993), **a.g.k.**, s. 967; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1145; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 123; Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 87.

¹³⁵⁰ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 358; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 344.

¹³⁵¹ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 358.

¹³⁵² Özçelik, (2016), **a.g.k.**, s. 78, dpnt. 41; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 428; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 344.

¹³⁵³ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 138.

¹³⁵⁴ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 138; karşı görüş için bkz. aynı eser, s. 138, dpnt. 70.

¹³⁵⁵ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 139.

dönülen sözleşmenin resmî şekilde yapılmış olması yeterli değildir. Dolayısıyla resmî şekilde yapılmadığından, dönülen sözleşmeye dayanılarak TMK md. 716'ya göre dava açılmaz¹³⁵⁶.

Bu teori kabul edildiğinde sözleşmeden dönülmesine rağmen iade borçlusu hala malik kaldığından; üçüncü kişilerin -iyi niyetli olmasa dahi- hak iktisap etmeleri mümkündür¹³⁵⁷. Üçüncü kişinin bu davranışının TBK md. 49/II anlamında haksız fiil teşkil etmesi mümkündür.

3.4. Aynı etkili dönme (istihkak) teorisine göre

Aynı etkili dönme teorisi, klasik dönme teorisini taşınmazlarda geçerli olan sebebe bağlılık ilkesini esas alarak düzenler¹³⁵⁸. Buna göre¹³⁵⁹ taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden dönüldüğünde artık hem taahhüt işlemi hem de yerine getirilmiş tasarruf işlemi geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelir¹³⁶⁰.

Bu görüş kabul edilirse iade borçlusu adına yapılmış tescil yolsuz hale geleceğinden alıcı artık malik değildir¹³⁶¹. Taşınmazın iadesi davası satıcının mülkiyet hakkına dayandığından istihkak davası niteliğindeki sicilin düzeltilmesi davası ile sağlanacaktır (TMK md. 1025)¹³⁶². İstihkak davası niteliğinde olan bu dava aynı hakka dayandığı için zamanaşımına tabi değildir. Bu görüş Türk-İsviçre hukuklarında taşınmaz mülkiyetinin devrinde geçerli olan sebebe bağlılık ilkesiyle uyum içindedir¹³⁶³.

Her halükârda taşınmaz mülkiyetinin iyi niyetle iktisabı korunduğundan, aynı etkili dönme görüşünün kabulü taşınmaz alışveriş hayatını sekteye uğratmaz¹³⁶⁴. Örneğin,

¹³⁵⁶ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 139, dpnt. 74.

¹³⁵⁷ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 142.

¹³⁵⁸ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 191.

¹³⁵⁹ Bu görüşü takip eden: Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 359; Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 40, 231vd.; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 134.

¹³⁶⁰ Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 500; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 358, 359; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1145; Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 588; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 345.

¹³⁶¹ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 139; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1145.

¹³⁶² Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 191; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 358, 359; istisnai olarak iyi niyetli üçüncü kişiler taşınmazın mülkiyetini kazanırsa iade artık ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir. Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 904 ve 1145; Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 501; Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 588; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 345.

¹³⁶³ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121; bu nedenle soyutluk ilkesinin geniş olarak benimsendiği Alman hukukunda bu teori taraftar bulmaz. Aynı eser. s. 122; taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden dönülmeden önce üçüncü kişiye alacak hakkı devredilmişse iadenin nasıl olacağı alacağın devredilmesinin sebebe bağlı mı sebepten soyut mu olduğuna göre şekillenir. Alacağın devri sebepten soyut kabul edilirse temlik işlemi kendiliğinden geçersiz hale gelmez; devredene iade geri temlik ile gerçekleşir. Alacağın devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse sözleşmeden dönme ile alacağın temlik de kendiliğinden geçersiz olur ve alacak kendiliğinden devredene döner. (Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 140.)

¹³⁶⁴ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 140.

temerrüde düşen borçlu taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden dönülmeden önce malik olmuşsa ve üçüncü kişi iyi niyetle mülkiyeti kazanmışsa, bu kazanım geçerlidir (TMK md. 1023). İade borçlusundan aynı hak kazanan üçüncü kişi iyi niyetli değilse edinimi korunmaz. İade alacaklısı mülkiyet hakkına dayanarak üçüncü kişilere istihkak davası (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) açabilir¹³⁶⁵.

Aynı etkili dönme görüşünün taşınmazlar için sakıncalı olduğunu ileri süren bir görüşe göre¹³⁶⁶ bu teori tapu sicilinin temel ilkelerine aykırıdır. Örneğin aynı etkili dönme teorisi kabul edilirse; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönüldüğünde yüklenici adına tescil edilen taşınmazların (arsa paylarının) iade istihkak davasına göre olacaktır¹³⁶⁷. Sözleşmeden dönülmesinden önce yüklenicinin üçüncü kişilere aynı hak kazandırması durumunda bu kişiler istihkak davasına muhatap olurlar¹³⁶⁸. Çünkü Yargıtay yerleşik içtihatlarında bu kişileri kötü niyetli sayar¹³⁶⁹.

3.5. Yargıtay'ın görüşü

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden dönüldüğünde iadenin nasıl olacağı tartışmalarına Yargıtay kararlarında pek rastlanmaz. Ancak Yargıtay kararlarındaki genel eğilim, sözleşmeden dönülmesiyle sözleşmenin geçmişe etkili olarak geçersiz olacağı yönündedir¹³⁷⁰. Yargıtay'ın görece eski bazı kararları, sözleşmeden

¹³⁶⁵ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 142.

¹³⁶⁶ Görüşün sahibi: Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 192; Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 495.

¹³⁶⁷ Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 192.

¹³⁶⁸ S. Özmen (2018). 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Sayı. 135. s. 495: uygulamada üçüncü kişiler çok sık bu davalarla muhatap olmaktadır.; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 192.

¹³⁶⁹ Yargıtay'ın bu kişileri kötü niyetli saymasının nedeni şudur: Bu kişilerin taşınmazı yükleniciden satın almışlardır. Bu nedenle arsa maliki ile yüklenici arasında yapılan önceki sözleşmeden dönülmesi halinde, bu kişilerin iade yükümlülüklerinin doğacağını bilmesi gerekir. Bu yönde Yarg. 15 HD. 03.10.2012, E. 6160. K. 5968; Yarg. 15 HD. 16.04.2012, E. 2647. K. 4512; bu yöndeki Yargıtay'ın iyi niyet kurumunu yanlış yorumladığı hakkında bizim de katıldığımız görüşler için bkz. Kırca, Ç. (2007). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler - Tartışmalar)*, Ankara, s. 87 vd.; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 193, dpnt. 31; Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 510 vd.

¹³⁷⁰ Yarg. HGK. 02.02.1955, E. 15/K. 14; aynı yönde Yarg. HGK, T. 17.10.1962, E. 14 , K. 35. (Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121); bu nedenle soyutluk ilkesinin geniş olarak benimsendiği Alman hukukunda bu teori taraftar bulmaz. Aynı eser. s. 129; 1955 yılında verdiği bir kararında Yargıtay, dönmele birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğini; fakat iade talebinin sebepsiz zenginleşme zamanaşımına değil; 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmiştir. (Yarg. HGK. 02.02.1955, E. 15/K. 14; aynı yönde Yarg. HGK, T. 17.10.1962, E. 14 , K. 35; Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 121; bu nedenle soyutluk ilkesinin geniş olarak benimsendiği Alman hukukunda bu teori taraftar bulmaz. Aynı eser. s. 130 vd.

dönülmesinden sonra iade yükümlülüklerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olacağı yönündedir¹³⁷¹.

Yargıtay'ın yerleşik ve güncel içtihadı ise taşınmaz mülkiyetini devir borcu taşıyan sözleşmelerden dönülmesinde, -teorik olarak tam olarak olmamakla beraber- aynı etkili dönme teorisini kabul etmektedir¹³⁷².

3.6. Sözleşmenin iptali halindeki durum

Sözleşmenin iptal edilmesi halinde de iade yükümlülüğü ortaya çıkar¹³⁷³. Niteliği itibarıyla iptal ve dönme kurumları birbirinden farklıdır¹³⁷⁴. En temel farklardan biri de iptalde sözleşmenin geçersizliğine yol açan sebebin henüz sözleşmenin kuruluşunda var olmasıdır¹³⁷⁵. Farklı bir ifadeyle, dönme hakkından farklı olarak iptalde, geçersizlik nedeni sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmaz¹³⁷⁶. Sözleşmenin iptal edilmesi halinde geçersizliğin geçmişe (sözleşmenin kurulduğu ana) kadar etkili olup olmadığı tartışmalıdır¹³⁷⁷. Hâkim görüş sözleşmenin başından itibaren geçersiz olacağı yönündedir¹³⁷⁸. Konumuz bakımından asıl iade borcu önem taşır.

İptal ile sözleşmeden dönmenin farklarından biri de iade yükümlülüğü bakımındandır¹³⁷⁹. Sözleşme iptal edildiğinde¹³⁸⁰ yerine getirilmiş tasarruf işlemlerinin de geçersiz olacağı¹³⁸¹ ve ifa edilmiş edimlerin iadesinin aynı hakka dayanan istihkak davasıyla olacağı kabul edilir (TMK md. 683)¹³⁸². Bu durumun konumuzu ilgilendiren etkisi şudur ki, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmenin iptal edilmesi

¹³⁷¹ Bu yönde Yarg. 15. HD. 11.12.1978, E. 1667. K. 2350; aynı yönde 15. HD. 14.06.1979, E. 989. K. 1469; (Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 132'den naklen.)

¹³⁷² Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 345; Özmen, (2018), **a.g.k.**, s. 500; Bu yönde Yarg. 15 HD. 21.04.1993, E. 3812. K. 1871.

¹³⁷³ Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 122.

¹³⁷⁴ Farklılıklar ve tartışmalar için bkz. Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 86 vd.

¹³⁷⁵ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 88.

¹³⁷⁶ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 360.

¹³⁷⁷ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 86.

¹³⁷⁸ Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 353; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 122; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 360; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 106.

¹³⁷⁹ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 88.

¹³⁸⁰ İptal yaptırımına TBK'nın genel hükümlerinde iki yerde yer verilmiştir. Bunlar edimler arası aşırı orantısızlık (TBK md. 28) ve irade sakatlıklarıdır (TBK md. 39). TBK'nın özel hükümler kısmında da iptal yaptırımına yer verilmiştir. Belli koşullarda açık artırmanın iptali hakkı veren TBK md. 281 buna örnektir.

¹³⁸¹ Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 360.

¹³⁸² Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 202, 203; Hatemi, Gökyayla, (2015), **a.g.k.**, s. 106; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 457; Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 88; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 361; Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 353; iyi niyetli üçüncü kişinin hak iktisap etmesi halinde iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılır. Antalya, (2015a), **a.g.k.**, s. 353.

halinde, iade alacaklısı hala malik olduğundan tescile zorlama davası değil; istihkak davası niteliğindeki tapu sicilinin düzeltilmesi davası açar¹³⁸³.

Nitekim klasik dönme teorisini savunanlara göre -dönme hakkından farklı olarak- sözleşme iptal edildiğinde hem taahhüt işlemi hem de yerine getirilmiş tasarruf işlemi geçersiz olur¹³⁸⁴. Buna göre taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme iptal edildiğinde, alacaklı adına tescil edilmiş taşınmazın iadesi, aynı hakka dayanan istihkak davası niteliğindeki tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla sağlanır¹³⁸⁵. Bu kabul, taşınmazlarda geçerli olan sebebe bağlılık ilkesi ile bağdaşmaktadır¹³⁸⁶.

Doktrindeki hukukî sebebin iptal edilmesiyle mülkiyet hakkının satıcıya dönmeyeceğini savunan diğer görüşe göre ise sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesi halinde, taşınmazın tekrar satıcıya devri tescile zorlama davası ile sağlanır¹³⁸⁷.

İcra İflas Kanunu'na göre taşınmazın ihale edilmesiyle alacaklı taşınmazın mülkiyetini kazanır ve ihalenin kesinleşmesiyle alacaklı adına tescil yapılır (İİK md. 134)¹³⁸⁸. Ancak kanunda öngörülen sebeplerin varlığı halinde ihalenin feshedilmesi (iptali)¹³⁸⁹ halinde alacaklı adına yapılan tescil yolsuz olur; bu nedenle alacaklı mülkiyeti kazanamaz¹³⁹⁰. Bu ihtimalde taşınmazın iadesi, tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile sağlanır¹³⁹¹.

Yanılma, aldatma, korkutma gibi sakatlık hallerinin -onama halinde olduğu gibi iyileşmesi halinde, hukukî işleme baştan beri geçerliymiş gibi muamele edilir¹³⁹².

¹³⁸³ Benzer şekilde doktrindeki hâkim görüşe göre, bozucu şarta bağlı bir taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmede, bozucu şartın gerçekleşmesiyle taşınmazın mülkiyeti kendiliğinden iade alacaklısına döner. Bu yönde: Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 588; Eren, (2019), **a.g.k.**, s. 1202; Gauch, Schlupe, Heinz, Schmid, Emmenegger, (2014a), **a.g.k.**, s. 381, 382; aksi yönde: Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 186; Arnet, Roth, (2015), **a.g.k.**, ss. 29. Yazara göre örneğin bozucu şarta bağlı olarak kurulan irtifak sözleşmesinde bozucu şartın gerçekleşmesi halinde TMK md. 716'nın (ZGB Art. 665) kıyasen uygulanmasıyla mahkeme aynı hakkın terkinine karar verebilir.

¹³⁸⁴ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 120; bu farkın sonuçlarına ilişkin tartışmalar için bkz. Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 120; iptal ile dönme arasında iade borcu bakımından fark yaratılmaması gerektiği yönünde: Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 88.

¹³⁸⁵ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 120; Oğuzman, Öz, (2017), **a.g.k.**, s. 122.

¹³⁸⁶ Buz, (1998), **a.g.k.**, s. 120.

¹³⁸⁷ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 316, pr. 1397; *Antalya*, irade sakatlıklarında düzeltilebilir geçersizlik görüşünü benimsediğinden, iadede aynı talebin söz konusu olmayacağı görüşündedir. Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 588; *Serozan* da iptalin aynı bir etkisinin olamayacağını kabul eder. Serozan, (2014), **a.g.k.**, s. 87.

¹³⁸⁸ Atalı, Ermenek, Erdoğan, (2019), **a.g.k.**, s. 326.

¹³⁸⁹ Doktrinde ihalenin feshi yerine iptali de denmektedir. Bkz. Atalı, Ermenek, Erdoğan, (2019), **a.g.k.**, s. 326.

¹³⁹⁰ Atalı, Ermenek, Erdoğan, (2019), **a.g.k.**, s. 326, 327.

¹³⁹¹ Antalya, (2015b), **a.g.k.**, s. 588.

¹³⁹² Honsell, Vogt, Geiser, (2015), **a.g.k.**, s. 1126, Abs. 5.

4. TMK md. 716'nın Terkin Etme Borcu İçin Uygulanması

Çalışma boyunca hep taşınmaz mülkiyeti (ayni hakkı) devir borcu doğuran hukukî ilişkinin borçlusunun, alacaklı adına tescili talep etmekten haksız olarak kaçınması halinde TMK md. 716 dayanarak tescile zorlama davası açılacağını açıklanmıştır. Ancak diğer açıdan bakıldığında, ayni hak sahibinin -hukukî işlemde doğan yükümlülüğüne aykırı olarak- terkinden kaçınması da olasıdır.

Terkine zorlama davası var mıdır sorusuna, olumlu cevap vermek gerekir. Nasıl ayni hakkın kazanılması mahkeme kararıyla mümkünse (TMK md. 716); ayni hakkın sona ermesi de mahkeme kararıyla meydana gelebilir¹³⁹³. Bu şu anlama gelir ki; nasıl tescile zorlama davası varsa, terkine zorlama davası da vardır. Terkine zorlama davasının teknik anlamda dava sebebi, borçlunun hukukî işlemde doğan¹³⁹⁴ ayni hakkı terkin etme borcunu yerine getirmemesidir. İnceleyebildiğimiz kadarıyla hiçbir eserde “*terkine zorlama davası*” ifadesi kullanılmamıştır. Aslında bu noktada isimlendirmeden ziyade; hangi hukuk normlarına başvurulduğu önemlidir.

Borçlunun ayni hakkını terkin talebinden haksız olarak kaçınması halinde TMK md. 716'nın kıyasen uygulanabileceği görüşüne katılıyoruz¹³⁹⁵. Nitekim TST md. 69/II'ye göre tescil talebine ilişkin hükümler, terkin talebine de uygulanır. Ayrıca ayni hakkın terkininde TMK md. 716'nın kıyasen uygulanabileceği, aşağıda incelemek olan rehin hakkı bakımından kabul edilmektedir.

TMK md. 1014'e göre ayni hakkı sona erdiren terkinler ancak ayni hak sahibinin yazılı talebiyle mümkündür¹³⁹⁶.

Doktrinde TMK md. 716'nın, tapu kütüğünde taşınmaz sayfasına yapılacak kayıt olarak terkine kıyasen uygulanacağı kabul edilir¹³⁹⁷. Nitekim terkin talebinde bulunma borcu, irtifakın sona erdirilmesine ilişkin bir sözleşmeden doğabilir¹³⁹⁸. Buna “*irtifakın sona erdirilmesi sözleşmesi*” denir¹³⁹⁹.

¹³⁹³ Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 316; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 836.

¹³⁹⁴ Genellikle sözleşmedir.

¹³⁹⁵ Bu yönde Gürsoy, Eren, Cansel, (1984), **a.g.k.**, s. 316.

¹³⁹⁶ Yararlanan taşınmazın rehnedilmiş olması gibi terkin edilecek haktan yararlananların birden fazla olduğu hallerde, terkin edilecek hak üzerinde hak sahibi olanların da terkinin yapılması için rızası gerekir. (Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 210, dpnt. 647; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 662; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 169, pr. 789, 790.)

¹³⁹⁷ Liver, (1980), **a.g.k.**, s. 249; Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 542, pr. 2464; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 576; Köprülü, Kaneti, (1982-1983), **a.g.k.**, s. 240.

¹³⁹⁸ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 539, 558 ve 559; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 802. Ayrıca detaylı bilgiler için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 802 vd.

¹³⁹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 802.

İntifa hakkı sahibi, malikle yaptığı sözleşmeden dolayı hakkının terkinini isteme yükümlülüğüne rağmen, terkin beyanından bulunmaktan kaçınırsa, malikin açacağı davada mahkemenin bu yönde karar vermesiyle intifa hakkı sicil dışında (terkinden önce) sona erer¹⁴⁰⁰. Bu davada TMK md. 716 (ZGB md. 665) kıyasen uygulanır¹⁴⁰¹. Burada intifa hakkının da mahkemenin inşâ nitelikteki kararıyla sona ermesi söz konusudur¹⁴⁰². Burada mahkeme kararı, aynı hak sahibinin terkin beyanı yerine geçer. Eşdeyişle, aynı hak sahibi terkin beyanında bulunmuş sayılır. Aynı TMK md. 716'da düzenlenen tescile zorlama davasında olduğu gibi burada da varsayım «*Fiktion*» mevcuttur. Oturma hakkının sona ermesinde intifa hakkının kaybedilmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (TMK md. 823/III)¹⁴⁰³.

Eşyaya bağlı irtifakların terkinle sona ermesi (TMK md. 783) için irtifak sahibinin yazılı talebi gerekir (TMK md. 1014). Terkinin yapılabilmesi için ayrıca hukukî sebebin olması şart değildir¹⁴⁰⁴; ancak terkin etme borcunun bir hukukî sebepten kaynaklanması mümkündür¹⁴⁰⁵. Terkin etme borcunun hukukî işlemde doğduğu hallerde, terkin borçlusu terkin talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırsa, açılan dava sonucunda mahkemenin vereceği inşâ kararları intifa hakkı terkinden önce sona ermiş olur¹⁴⁰⁶. Ayrıca eşyaya bağlı irtifakı kurmaya yönelik sözleşmeye aykırılık nedeniyle yüklü taşınmazın malikinin sözleşmeyi feshetmesi halinde irtifak hakkı sahibinin terkin talebinde bulunma borcu doğar; bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde mahkemedan bu yönde hüküm alınabilir¹⁴⁰⁷.

TMK md. 785, taşınmaz lehine kurulan irtifak hakkının taşınmaz için hiç yararı kalmamışsa veya yüküne oranla çok az yarar sağlıyorsa, taşınmaz malikine irtifakın terkinini isteme talep hakkı vermiştir. Bu hüküm malikle irtifak sahibi arasında

¹⁴⁰⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 836, dpnt. 317a.; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 558, 559; Liver, P. Zürcher Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Band: Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730-744 ZGB), 2. Aufl., Zürich 1980, s. 249.

¹⁴⁰¹ Liver, (1980), **a.g.k.**, s. 249.

¹⁴⁰² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 836.

¹⁴⁰³ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 530, pr. 2394; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 699; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 568, 569.

¹⁴⁰⁴ Bu anlamda hak sahibinin tek taraflı işlemiyle feragat etmesi de mümkündür. (Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 662.).

¹⁴⁰⁵ Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 341; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 539; bu sebep bir sözleşme olabileceği gibi vasiyetname de olabilir. TBK md. 13 gereği sona erdirme sözleşmesinin de resmî şekilde yapılması gerekir. Ayrıca irtifakın terkinini halinde zarar görecektir sınırlı aynı hak sahiplerinin de terkin talebinde imzalarının bulunması gerekir (TMK md. 1014).

¹⁴⁰⁶ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 541.

¹⁴⁰⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 802, dpnt. 151; bu yönde: Yarg. HGK., T. 07.04.2004. E. 13-208/K. 211; (Karar Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 802, dpnt. 151'den naklen).

sözleşmesel bir ilişki olmadığında uygulama alanı bulur ve sözleşmelerin uyarlanmasının özel bir görünüm şeklidir¹⁴⁰⁸. MK md. 785'te kendine özgü bir durum vardır. Bu maddeye göre terkin, hak sahibinin talebine bağlı değildir. Malik doğrudan mahkemeden terkin talep eder¹⁴⁰⁹. Gerekli şartlar gerçekleşip malikin terkinini (uyarlamayı) talep etmesi halinde mahkemenin kararıyla üst hakkı tescil dışında sona erer¹⁴¹⁰. TMK md. 785'in uygulandığı terkin davalarında TMK md. 716 kıyasen uygulanır¹⁴¹¹.

Üst hakkı sahibi, feragat sözleşmesi ile terkin borcu altında olmasına rağmen, terkin talebinde bulunmaktan kaçınırsa, yüklü taşınmazın maliki TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla tescile zorlama davası açabilir¹⁴¹². Mahkemenin bu yönde vereceği kararın kesinleşmesiyle, üst hakkı terkin edilmeden önce sona erer.

Benzer şekilde üst hakkı sözleşmesinin -örneğin üst hakkı bedelinin ödenmesinde temerrüt nedeniyle- feshedilmesi halinde¹⁴¹³ sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Böylece bir yandan üst hakkı sahibinin hakkını terkin ettirme borcu doğar; diğer yandan taşınmaz malikin de bedeli talep etme hakkı ileriye etkili olarak sona erer¹⁴¹⁴. Üst hakkı sahibi üst hakkının terkinini talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınırsa malik TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla tescile zorlama davası açabilir¹⁴¹⁵.

Üst hakkının, kaynak hakkının ve diğer irtifakların¹⁴¹⁶ sona ermesine, eşyaya bağlı irtifakların sona ermesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (TMK md. 780, 838/III)¹⁴¹⁷.

Taşınmaz yükü, hakkın terkin edilmesiyle veya taşınmazın yok olmasıyla sona erer (TMK md. 843/I). Feragat sözleşmesi, yükten kurtarma ve diğer sona erme sebeplerinin varlığı halinde taşınmaz yükü kendiliğinden sona ermez¹⁴¹⁸. Taşınmaz yükü borçlusu taşınmaz yükünün terkin edilmesini isteme hakkına sahip olur¹⁴¹⁹. Taşınmaz yükü

¹⁴⁰⁸ Tartışmalar için bkz. Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 75.

¹⁴⁰⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 809 vd.

¹⁴¹⁰ Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 87.

¹⁴¹¹ Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 87.

¹⁴¹² Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 542, pr. 2464.

¹⁴¹³ Üst hakkı sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğundan sözleşmeden dönme değil; fesih söz konusu olur (TBK md. 126). Detaylı bilgi için bkz. Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 138.

¹⁴¹⁴ Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 141.

¹⁴¹⁵ Demirsatan, (2017), **a.g.k.**, s. 142.

¹⁴¹⁶ Göksu, (2016), **a.g.k.**, Art. 781, s. 526 vd.

¹⁴¹⁷ Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 571, 576, 577, 578; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 871 ve 881.

¹⁴¹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 891.

¹⁴¹⁹ Tuor, P./Schnyder, B./Schmid J./Jungo A., ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2015, s. 1246; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 728; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 891.

alacaklısı, feragat sözleşmesine aykırı olarak terkin talebinde bulunmaktan kaçınırsa TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla dava açılabilir¹⁴²⁰.

Bunun dışında taşınmaz yükünün, taşınmazın yükten kurtulması yoluyla sona ermesi de mümkündür (TMK md. 844, 845). Taşınmazın yükten kurtarılmasından kasıt, kanunda öngörülen hallerde bedelinin ödenmesi koşuluyla taşınmazın, taşınmaz yükünden kurtulmasıdır¹⁴²¹. Bizzat TMK md. 844/I taşınmaz yükü alacaklısına, kanunda sayılan üç halde, terkin isteme alacak hakkı vermiştir. Bu haller; malikin üst üste üç yıl edimleri ifa etmemesi, güvence göstermeksizin taşınmazın değerini düşürmesi ve taşınmazın alacaklının haklarını zedeleyecek dereceye bölünmüş olmasıdır (TMK md. 844/I). TMK md. 845 de taşınmaz yükü borçlusuna kimi hallerde yükün terkinini talep etme yetkisi vermiştir¹⁴²². Açıklanan bu iki maddede terkin isteme alacak hakkı, kanundan doğar. Hak sahibinin bu yöndeki talebine rağmen, muhatap taşınmaz yükünü terkenden kaçınırsa, açılan davada mahkemenin bu yönde karar vermesiyle hak terkenden önce inşâî olarak sona erer. Burada da TMK md. 716'nın kıyasen uygulanması söz konusudur.

Taşınmaz rehni, hak sahibinin yazılı talebi üzerine terkin edilebilir (TMK 1014). Rehin hakkı sahibinin hukukî işleminden doğan terkin etme borcunu yerine getirmediğinde, terkin alacaklısının açacağı davanın hukukî niteliği tartışmalıdır¹⁴²³. Bir görüşe göre açılan bu davada mahkeme TMK md. 716'nın kıyasen uygulanır ve mahkemenin kararıyla rehin hakkı sicil dışı sona erer¹⁴²⁴. Aksi yöndeki görüşe göre ise mahkeme ancak eda hükmü verebilir.

Başka bir tartışma, ipoteğin güvence altına aldığı alacağın doğduğu temeldeki hukukî ilişkinin, borcu sona erdiren bir sebeple sona ermesi halinde durumun ne olacağı hususunda vardır¹⁴²⁵. Özellikle üst sınır ipoteklerinde bazı problemler doğmaktadır¹⁴²⁶:

¹⁴²⁰ Ertaş, (2018), **a.g.k.**, s. 552, pr. 2513; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 582; Köprülü, Kaneti, (1982-1983), **a.g.k.**, s. 240.

¹⁴²¹ Tuor, Schnyder, Schmid, Jungo, (2015), **a.g.k.**, s. 1246; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 583; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 892.

¹⁴²² TMK md. 845: Yükümlü, sözleşmeyle yetkili kılınmış olduğu takdirde veya aşağıdaki durumlarda, taşınmazın yükten kurtarılmasını isteyebilir:

1. Alacaklı taşınmaz yükünü kuran sözleşmeye uymuyorsa;

2. Satın alınmamak kaydıyla veya otuz yıldan fazla bir süre için kurulmuş olsa bile yüküm kurulmasının üzerinden otuz yıl geçmiş ise.

¹⁴²³ Nomer, Ergüne, (2016), **a.g.k.**, s. 34.

¹⁴²⁴ Hâkimin kararının kurucu nitelikte olmadığı görüşünde: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, n. 3253; aksi görüşte: Köprülü/Kaneti, 347; Helvacı, (2008), **a.g.k.**, s. 407.

¹⁴²⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 966; Özçelik, Ş. B. (2017). İpoteğin Alacağa Bağlılığı. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. Cilt XXXIII, Sayı 4, s. 178.

¹⁴²⁶ Özçelik, (2017), **a.g.k.**, s. 179.

Örneğin ipotekle güvence altına alınan borcun doğduğu kredi sözleşmesinin ifa, takas gibi bir nedenle sona ermesi halinde, ipoteğin maddi anlamda sona ereceği açık olmakla birlikte; tescilin hukukî değerinin kalıp kalmadığı tartışmalıdır. Zira rehin hakkının terkininde, tescilin hukukî değerinin kalmadığı hallerde yüklü bizzat taşınmazın malikinin terkinini isteyebileceğine (TMK md. 1026) dair bir hüküm öngörülmemiştir. TMK md. 883'e göre ipotek hakkı, güvence altına aldığı borç sona erdiğinde, alacaklının yazılı talebi üzerine terkin edilir. Bu sebeple güvence altına alınan alacak sona erdiğinde, ipoteğin terkinin kurucu nitelikte olup olmadığı tartışmalıdır¹⁴²⁷. Terkinin kurucu nitelikte olduğunu savunan bir görüşe göre¹⁴²⁸ temeldeki borç sona erse de ipotek sona ermez (TMK md. 883)¹⁴²⁹. İpoteğin sona ermesi alacaklının terkin etmesine bağlıdır¹⁴³⁰. Alacaklı -borcun sona ermesine rağmen- tescili terkin etmekten kaçınırsa borçlu TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla şahsi hakka dayanan tescile zorlama davası açar¹⁴³¹. Mahkemenin kararı terkin isteminin yerine geçer¹⁴³². Borçlu mahkeme kararını tapu müdürlüğünde ibraz ederek terkinini yaptırır¹⁴³³. İpoteğin alacağa bağlılığı ilkesinden hareket eden diğer görüşe göre ise güvence altına aldığı borcun sona ermesiyle ipotek de sicil dışı sona erer¹⁴³⁴. Sicildeki yolsuzluk TMK md. 1025'in kıyasen uygulanmasıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile giderilir¹⁴³⁵.

Görüldüğü üzere terkine zorlama davası sınırlı aynı haklarda söz konusu olmaktadır. Taşınmaz mülkiyetin kaybında terkine zorlama problemiyle karşılaşılmaz. Çünkü taşınmaz mülkiyetinin bütün devren kazanma hallerinde, bir taraf mülkiyet hakkının kazanırken diğer taraf kaybetmektedir¹⁴³⁶. Buna taşınmaz mülkiyetinin nisbi kaybı denir¹⁴³⁷. Kazanan taraf hakkının tescilini -şartlar oluştuğunda- tescile zorlama davası ile sağlar (TMK md. 716).

¹⁴²⁷ Özçelik, (2017), **a.g.k.**, s. 179.

¹⁴²⁸ Bu yönde: Schmid, Hürlimann-Kaup, (2017), **a.g.k.**, s. 466; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 967; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 607.

¹⁴²⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 966.

¹⁴³⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 966.

¹⁴³¹ Schmid, Hürlimann-Kaup, (2017), **a.g.k.**, s. 466; Özçelik, (2017), **a.g.k.**, s. 179.

¹⁴³² Özçelik, (2017), **a.g.k.**, s. 179.

¹⁴³³ Özçelik, (2017), **a.g.k.**, s. 179.

¹⁴³⁴ Özçelik, (2017), **a.g.k.**, s. 179; bu yönde Bu yönde bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 967; Sirmen, (2019), **a.g.k.**, s. 607; Helvacı, (2008), **a.g.k.**, s. 403; Bu görüşteki Özçelik'e göre teminat altına aldığı alacağın sona ermesi halinde -TMK md. 1026'dan farklı olarak- borçlunun bizzat ipoteğin terkinini sağlayamaması terkinin kurucu nitelikte olduğunu göstermez. Nitekim aksi bir kabul ipoteğin alacağa bağlılığı ilkesine aykırı olur. Tartışmalar için bkz. Özçelik, (2017), **a.g.k.**, s. 180 vd.

¹⁴³⁵ Özçelik, (2017), **a.g.k.**, s. 179; Helvacı, (2008), **a.g.k.**, s. 403, 404.

¹⁴³⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 460.

¹⁴³⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 460.

5. TMK md. 716'nın Şerh Verme Borcu İçin Uygulanması

Şerh verilmesine zorlama davası var mıdır sorusuna da olumlu cevap vermek gerekir.

Bir hakkın şerh verilebilmesi için kural olarak hukukî sebebin gösterilmesi ve malikin yazılı rıza beyanında bulunması gerekir (TST md. 16)¹⁴³⁸. Doktrinde şerhin verilmesinin gerektiği ve bunun malikin talebine bağlı olduğu hallerde¹⁴³⁹, şerhlerin kurulmasında tescile zorlama davasının (TMK md. 716) kıyasen uygulanacağı kabul edilir¹⁴⁴⁰. Şerhin verilmesine ilişkin sözleşmeye rağmen, şerh vermeyi taahhüt eden borçlunun haksız olarak tapu sicil müdürlüğünde bu yönde irade beyanında bulunmaması halinde alacaklı TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla dava açabilir¹⁴⁴¹. Mahkemenin vereceği karar malikin şerh verilmesine rıza beyanı yerine geçer¹⁴⁴². Örneğin önalım veya gerim alım hakkının şerh verilmesine ilişkin sözleşmeye rağmen (TBK md. 238, TMK md. 756) şerh borçlusunun tapu siciline şerhi verilmekten kaçınması halinde alacaklı TMK md. 716'ya dayanarak dava açar¹⁴⁴³. Mahkemenin verdiği kararın kesinleşmesiyle şerh verilmiş olur¹⁴⁴⁴. Ancak şerhin etki doğurabilmesi için sicile kaydı gerekir¹⁴⁴⁵. Bu anlamda üçüncü kişilerin hak kazanmaları tehlikesine karşı, bildirci kaydın yapılması yararlıdır¹⁴⁴⁶.

Son olarak, hukukî işlemle eklentiye beyanlar sütununa kaydetme borcuna giren borçlu, borcunu haksız olarak ifa etmezse TMK md. 716 (ZGB Art. 665) kıyasen uygulanır¹⁴⁴⁷.

¹⁴³⁸ Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 681-682, s. 406; Akipek, Akıntürk, Ateş, (2018), **a.g.k.**, 316.

¹⁴³⁹ Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tarafları, diğer tarafın rızası gerekmeksizin tek başına tapuya şerh verdirebildiğinden (TK md. 26/VII), anılan uyumsuzluk ortaya çıkmaz.

¹⁴⁴⁰ Bu yönde: Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 160; Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 187; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 149; Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 361; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 324; Acemoğlu, (1962), **a.g.k.**, 808; Kocayusufoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 193; 1930 tarihli Tapu Sicili Nizamnamesi md. 76'da da nizamnamedeki tescile ilişkin hükümlerin şerhlere de uygulanacağı öngörülmüştür.

¹⁴⁴¹ Bu yönde: Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 361; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, (1989), **a.g.k.**, s. 324; Koller, (2017a), **a.g.k.**, s. 149; Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 160; Kocayusufoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 193.

¹⁴⁴² Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 681-682, s. 406, 422; Acemoğlu, (1962), **a.g.k.**, s. 808; Kocayusufoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 193.

¹⁴⁴³ Buna doktrinde şerh sözleşmesi denmektedir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, (2017), **a.g.k.**, s. 215; şerh verilmesi borcu bir ölüme bağlı tasarruftan da doğabilir. (Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, (1977), **a.g.k.**, Art. 681-682, s. 406).

¹⁴⁴⁴ Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 160.

¹⁴⁴⁵ Kocayusufoğlu, (1959), **a.g.k.**, s. 162, dpnt. 29; Acemoğlu, (1962), **a.g.k.**, 808.

¹⁴⁴⁶ Bu yönde: Rüegg, (2014), **a.g.k.**, s. 160, 161.

¹⁴⁴⁷ Deschenaux, (1988), **a.g.k.**, s. 421.

SONUÇ

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması yollarından biri olan mahkeme kararıyla kazanmanın konusu, asıl olarak taşınmazlardır. TMK md. 704 ve 998 anlamında taşınmaz olan arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar ile bağımsız bölümler tescile zorlama davasına konu olur.

Nitelik farklılıkları nedeniyle taşınır mülkiyeti ile taşınmaz mülkiyeti farklı esaslara tabidir. Taşınırlarda -taşınmazlardan farklı olarak- mülkiyetin mahkemenin inşâî kararıyla kazanılması mümkün değildir. Bu nedenle borçlunun mülkiyeti devretme borcunu haksız olarak yerine getirmemesi halinde, taşınır bir eşyanın mülkiyeti ancak cebri icra yolu sonunda zilyetliğin elde edilmesiyle kazanılır.

Türk hukuk uygulamasında mülkiyet ve sınırlı ayni hakların kazanılmasına ilişkin sözleşmelerde tapu müdürlüklerinde matbu formlar kullanılmakta ve bu matbu formların içinde hak sahibinin tescil talebinde bulunduğu ibaresi yer almaktadır¹⁴⁴⁸. Bu yüzden örneğin taşınmaz satış sözleşmesi yapılırken tescil talebinin sonraya bırakılması mümkün olmamaktadır. Bu, İsviçre pratiğinde karşılaşılmayan bir durumdur. Nitekim Türk-İsviçre hukuklarında taahhüt ve tasarruf işlemlerinin katı ayrılığı ilkesi geçerlidir. Türk hukukundaki bu uygulama belirtilen niteliği ile bir anlamda Türk Medeni Kanunu'na aykırı kabul edilebilir¹⁴⁴⁹.

Tescile zorlama davası, bir aynen ifa davasıdır. Davacı, TMK md. 716'ya dayanarak mahkemeden inşâî karar vermesini istemek yerine eda hükmü vermesini de isteyebilir. Bu halde mülkiyet mahkemenin inşâî karar kararıyla değil; cebri icra sonucu tescilin yapılmasıyla gerçekleşir. Yani mülkiyet tescille kazanılır.

Bir norm olarak TMK md. 716, karakteristik nitelikler taşır. Kanun koyucu TMK md. 716'da bir varsayım normu ihdas etmiştir. Zira bir yandan mahkeme kararının davalının irade beyanı yerine geçtiği yani borçlunun tescil talebinde bulunduğu varsayılır; diğer yandan inşâî hükümlerle mülkiyeti davalıya kazandırır. Bu imkân hukukun ekonomik analizi açısından da anlamlıdır. Çünkü alacaklı hakkına cebri icra sürecine gerek olmaksızın ulaşır. Böylece cebri icra maliyetlerinden kurtulur.

¹⁴⁴⁸ Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 7/I-i.

¹⁴⁴⁹ Dolayısıyla yönetmeliğin ilgili hükmü de TMK'ya aykırıdır.

Bu davanın isimlendirilmesinde birlik (*Konsensus*) söz konusu değildir. Bu dava için doktrin, uygulama ve yargı kararlarında; *tescile zorlama davası*, *tescile icbar davası*, *cebri tescil davası*, *tescil davası*, *tescili talep davası*, *ifa davası*, *yenilik doğuran şahsi dava* gibi ifadeler kullanılmaktadır. Bu ifadelerin hiçbiri teorik olarak yanlış değildir. Bu nedenle kullanılmalarında bir sakınca yoktur. Ancak *tapu iptal ve tescil davası* isimlendirmesinden derhal vazgeçilmelidir¹⁴⁵⁰. Çünkü kanunlarda böyle bir dava yoktur. Ayrıca iptal yaptırımını niteliği gereği ancak kanunda öngörülebilir. Eşya hukuku mevzuatında böyle bir hüküm olmadığından “*tapu iptali*” hukuken mümkün değildir. Bu sebeplerden tescile zorlama davasını, tapu iptali ve tescil davası olarak adlandırmak yanlıştır¹⁴⁵¹.

Bu davada davacı lehine karar verilip ona mülkiyetin kazandırılabilmesi için genel olarak üç şart gerekir. Bunlar, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran geçerli bir hukukî sebebin olması, davalının tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması ve davalının dava sırasında malik olmasıdır. Dikkat edilmelidir ki bunlar teknik anlamda dava şartı değildir. Nitekim bunlar davanın esastan görülebilmesi için değil; davanın esastan kabul edilebilmesi için gereken maddi hukuka ilişkin şartlardır. Doktrinde bu şartlara teknik anlamda “*koşul vakalar*” denilir.

İsviçre Kanun koyucusunun TMK md. 716 (ZGB Art. 665) ihdas etme geçmişine bakıldığında, temel amacının nihayetinde bir yapma borcu olan tescil talebinde bulunma borcunun ifasını kolaylaştırmak olduğu görülür. Nitekim o zamanlar kantonların icra hukuklarında irade beyanında bulunma borcunun icra edilmesine ilişkin tatmin edici bir yol öngörülmemiştir. Bu da mülkiyet/ayni hak alacaklısının hakkını tehlikeye atmaktaydı. Bu nedenle tescile zorlama davasındaki problemlerli noktaların çözümünde, bu tarihsel gerçeğin dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir.

Tescile zorlama davasında davacı, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğrudan hukukî ilişkideki alacaklı ve onun külli halefleridir. Tescile zorlama davasında davalı ise hukukî işlemle mülkiyeti devri borçlanan malik veya onun külli halefleridir.

Üçüncü kişi herhangi bir şekilde taşınmazın mülkiyetini kazanmışsa, alacaklı kural olara üçüncü kişiye dava açamaz. Ancak üçüncü kişinin davranışının TBK md. 49/II anlamında haksız fiil teşkil etmesi halinde veya üçüncü kişinin borcu ifa etmeyi kabul ettiği halde üçüncü kişiye tescile zorlama davası açılabilir.

¹⁴⁵⁰ Aynı yönde: Özmen, Aydın, (2014), **a.g.k.**, s. 185.

¹⁴⁵¹ Tapu iptali ve tescil davası olarak adlandırılan: 14. HD 25.03.2014, 2013/14167, 2014/4032.

Doktrinde oldukça tartışmalı olmakla beraber, bu davada davalının haklı olarak ödemelik defini ileri sürdüğü hallerde mahkemenin şarta bağlı olarak inşaî hüküm veremeyeceği düşünülmektedir. Yani mahkeme davacının kendi edimini ifa etmesi koşuluyla mülkiyeti kazanmasına hükmedemez. Zira bu halde davacı bedeli tamamını ödediği anda mülkiyeti kazanır. Bu zamanın tespiti zordur. Bu nedenle hukukî belirsizliğe neden olur. Ayrıca taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazandığı haller istinaî niteliktedir. Ancak kanunda öngörülebilir. Mülkiyetin tescille veya mahkemenin kararıyla kazanılmasından ayrı olarak bedeli ödediği anda kazandığını kabul etmek, yeni bir tescilden önce kazanım yolu ihdas etmek anlamına gelir¹⁴⁵².

Katıldığımız görüşe göre, aynı anda ifanın yapılmasının kararlaştırıldığı sözleşmeye dayanarak açılan tescile zorlama davasında hâkim önce davacıya kendi edimini ifa etmesi için makul bir süre verir. Davacının verilen sürede kendi ediminin ifasını yerine getirmesi halinde mahkeme TMK md. 716'ya göre karar verir; aksi halde dava reddedilir.

Bu dava kişisel bir hakka dayandığından kural olarak zamanaşımına tabidir. Ancak zamanaşımı, davaya esas olan hukuki sebebe göre belirlenir. Genel olarak ifade edilirse tescile zorlama davası haksız fiilden doğan bir alacak hakkına dayandığında haksız fiil zamanaşımına, sebepsiz zenginleşmeden doğan bir alacak hakkına dayandığında sebepsiz zenginleşme zamanaşımı hükümlerine, sözleşmeden doğan bir alacak hakkına dayandığında sözleşme zamanaşımı hükümlerine tabidir.

Tescile zorlama davası ne tipik bir eda davası ne tipik bir inşaî davadır. Tipik bir eda davası değildir çünkü alacak hakkının aynen ifasının istendiği dava olmasına rağmen, sonunda inşaî karar verilir. Tipik bir inşaî dava da değildir; çünkü inşaî hakka dayanmaz. Bu dava yenilik doğuran dava hakkına dayanır. Nitekim doktrinde de TMK md. 716 anlamında davaya esas olan hukukî sebeplerden yenilik doğuran dava hakkının elde edildiği kabul edilir. Ayrıca tartışmalı olmakla birlikte, katıldığımız görüşe göre yenilik doğuran dava haklarına dayanarak açılan davalar da inşaî dava niteliğindedir. sonuç olarak bu çalışmada, davanın temelinde yenilik doğuran dava hakkının olduğu ve davanın nitelik olarak inşaî dava olduğu görüşü benimsenmiştir.

Tescile zorlama davasının esastan kabulü halinde verilen hüküm inşaî hükümdür. İnşaî hükümler kesinleşmekle kendiliğinden (*ipso iure*) hüküm ve sonuç doğurur. Tescile

¹⁴⁵² Sogo, (2007), a.g.k., s. 43, 44.

zorlama davası sonunda mahkemenin davanın esastan kabulüne ilişkin verdiği hükmün kesinleşmesiyle davacı mülkiyet hakkını kazanır. Mahkemenin bu yöndeki kararı kesinleşmeden yapılan tescil, yolsuz nitelikte olur. İnşai nitelikte hüküm olması sebebiyle bu kararın icrası gerekmez (TST md. 20/I-e). Bu davada tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin verilmesi istenebilir.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile tescile zorlama davası uygulamada sıkça karıştırılmaktadır. Halbuki bu iki dava birbirinden tamamen farklıdır. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası, sicilin yolsuz olduğu hallerde gerçekte hak sahibi olan kişinin, bu hakkının tespit edilerek tapu sicilinin düzeltilmesini sağlar. Yani bu dava bir ayni hakkın kazanılmasına yönelik değildir. Tescile zorlama davası ise taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce mahkemenin inşai kararıyla kazanılmasını sağlayan aynen ifa davasıdır.

Tescile zorlama davasının uygulama alanı çok geniştir. Çünkü hangi hukuk alanından kaynaklandığı önemli olmaksızın, taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerindeki ayni hakkının devri borcunun doğduğu her ilişkide, mülkiyeti devir borçlusu temerrüde düştüğünde TMK md. 716 uygulanır. Davaya esas olan hukukî ilişkiye göre tescile zorlama davası; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme veya doğrudan kanun hükümlerine göre açılabilir.

Rehin hakkı için tartışmalı olmakla beraber, sınırlı ayni hakların kurulmasına ilişkin sözleşmeden doğan ayni hakkı devretme borcu haksız olarak yerine getirilmediğinde de TMK md. 716 kıyasen uygulanır. Mahkeme kararının kesinleşmesiyle sınırlı ayni hak kazanılmış olur. TMK md. 716 hükmü terkin etme ve şerh verme borçlarına da kıyasen uygulanır. Bu anlamda hukukî işlemle ayni hakkın terkinini borçlanan kişi haksız olarak terkin etme borcunu ifa etmezse açılan davada -TMK md. 716'nın kıyasen uygulanmasıyla- mahkemenin inşai kararının kesinleşmesiyle hak sicil dışı sona erer.

Henüz mülkiyet hakkı sahibi olunmaması gibi nedenlerden ötürü -taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğruan sözleşme kurulmuş olmasına rağmen- devir borçlusunun tescil talebinde bulunması mümkün olmayabilir. Tescil talebinin ileriye bırakılmaması bazı önemli sonuçları beraberinde getirmiştir. Kişiler, alışveriş hayatının doğal bir gereği olarak bu şekli ve katı kuralın yanında daha esnek yol aramışlardır.

Bu yol Tapu Müdürlüğü'nde taşınmaz satış sözleşmesi yerine, noterde satış vaadi sözleşmesi yapmaktır. Son durumda adeta, taşınmaz satış sözleşmesi (alman hukukunda ve türk taşınır mülkiyeti geçişinde olduğu gibi) aynı tasarruf sözleşmesi; taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ise taahhüt işlemi haline gelmiştir. Hal böyle olunca uygulama ve yargı kararlarında doğrudan satış vaadi sözleşmesine dayanarak tescile zorlama davası açılabileceği kabul edilmektedir.

Türk-İsviçre hukuklarında asıl sözleşmeden ayrı bir “önsözleşme” kurumu da vardır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir önsözleşmedir. Bundan doğan borç satış sözleşmesini yapma borcudur. Bu nedenle doğrudan satış vaadine dayanarak tescilin yapılması istenemez dolayısıyla tescile zorlama davası açılmaz. Ancak katıldığımız iki basamak teorisinin (*Zweistufentheorie*) bir görünüm şekline göre taşınmaz satış vaadi alacaklısının tek bir davada birden fazla talebini ileri sürmesi mümkündür. Böylece satış vaadi alacaklısı, açtığı davada sözleşmesinin kurulmasını ve kurulan sözleşmeye dayanarak mülkiyetin inşaî hükümlerle geçirilmesini talep edebilir. Bu iki talebin tek bir davada ileri sürülmesi, -boşanma ve tazminat taleplerinin aynı davada istenmesinde olduğu gibi- medeni usul hukuku bakımından da mümkündür. Açıklanan bu durumda hukuken gerçek olmayan bir terditli dava ilişkisi söz konusudur.

Tescile zorlama davası taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkinin tasfiyesinde de söz konusu olur. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukukî ilişkide taşınmaz mülkiyeti karşı tarafa geçirildikten sonra sözleşmeden dönülürse mülkiyetin iade borcu, çoğu zaman -kabul edilen teoriye bağlı olarak- tescile zorlama davası marifetiyle sağlanır. Nitekim yeni dönme, kanuni borç ilişkisi ve klasik dönme teorilerine göre, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeden dönüldüğünde taşınmaz mülkiyetinin devredene iadesi tescile zorlama davası ile mümkündür.

Ekonomik ve sosyal önemlerinden ötürü İsviçre ve Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetinin doğrudan mahkeme kararıyla tescilden önce kazanılması yolu öngörülmüştür. Bu yolun öngörülmesinin amacı taşınmaz mülkiyetini devir alacaklısının hakkını güvence altına almaktır. Diğer bir açıdan bakıldığında, böyle bir hüküm öngörülmekle tescil talebinde bulunma, yani irade beyanında bulunma borcuna ilişkin bir icra yolu öngörülmüştür. Türk hukukunda, Alman ve İsviçre kanunlarında olduğu gibi, irade beyanında bulunulmasına ilişkin mahkeme kararının irade beyanı yerine geçtiğinin kanunda açıkça düzenlenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir. Bu yalnız tescile

zorlama davası bakımından değil; irade beyanında bulunma borcunun ihlal edildiği hallerde açılan eda davası için de önemlidir.

Taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla tescilden önce kazanılması imkânı, eşya hukukunu şekillendirmiştir. Nitekim TMK md. 716 hükmünün sınırlı ayni hakların hukuki işlemle kazanılmasına, terkin etme borcuna ve şerhlere dahi kıyasen uygulanması, bu normun eşya hukukunda en sık uygulama alanı bulan temel normlardan biri olması sonucunu doğurmuştur. Medeni hukukun temel tartışmalarını ve dinamiklerini bünyesinde barındıran tescile zorlama davası, eşya hukukunun merkezinde bir rol oynamaktadır. Bu şu anlama gelir ki, bireylerin yaşamdaki hukukî ilişkileri zaman içinde ne kadar gelişse ve değişse de TMK md. 716 canlılığını sürekli koruyacaktır.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, K. (1962). Tescilsiz İktisaplar Yolu ile Mahdud Ayni Haklar ve Şerh Edilebilen Şahsi Hakların Edinilmesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C. 28 (3-4), ss. 799-809.
- Akıntürk, T. (2009). *Eşya Hukuku*. (1. Baskı). İstanbul: Beta Baskı.
- Akıntürk, T. Ateş, D. (2016). *Aile Hukuku*. (19. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Akil, C. (2012). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 16(4), Y. 2012, ss. 1.18.
- Akipek-Öcal, Ş. (2018). Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.6 (1), ss. 83-91.
- Akipek-Öcal, Ş., Öcal, L. (2019). Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. C.6 (1), ss. 277-298.
- Akipek, J. Akıntürk, T., Ateş, D. (2018). *Eşya Hukuku*. (2. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Akipek, J. G. (1973). *Türk Eşya Hukuku-Mülkiyet*. (İkinci Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası
- Akipek, Ş. (1995). Tamamlayıcı Olgunun Hukukî İşleme Etkisi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.44 (1), ss. 269-291.
- Akipek, Ş. (2008). "Kat İrtifakının Hukukî Niteliği ve Kat İrtifakına İlişkin Güncel Sorunlar", *Yaklaşım Dergisi*, Y.16, S. 189, ss. 238-249.
- Akipek, Ş. (2010). *Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Bölünmesi-Birleştirilmesi ve Arazi Toplulaştırmasının Genel Esasları*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Albayrak, H. (2017). Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Y.5 S.10, ss. 43-95.
- Altaş, H. (1998). *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Antalya, G. (2014). Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Y.23. S.3, ss.419-440.
- Antalya, O. G. (2015a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Antalya, O. G. (2015b). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Antalya, O. G., Topuz, M. (2018). *Eşya Hukuku Cilt III Tapu Sicili*. (Ek 1. Tıpkı Baskı). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Arıkan, M., Erdoğan, J. (2015). Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. C.34, ss. 145-172.
- Armutcuoğlu, C. Y. (2011). Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukukî Niteliği, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.17 S.1-2, ss. 413-436.
- Arnet, R., Roth, N. (2015). Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736 Abs. 1 ZGB. Tatsachen Verfahren Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, (Herausgegeben von Peter Breitschmid Ingrid Jent-Sørensen Hans Schmid Miguel Sogo) ss. 23-41.
- Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2019). *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Atamer, Y. M. (2016). *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Atmaca-Ülkü, H. (2017). Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü. *Yayımlanmamış Doktora Tezi*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Web: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 19.04.2020).
- Ayan, M. (2015). *Eşya Hukuku -III- Sınırlı Ayni Haklar*. (7.Baskı). Konya: Mimoza Yayınları.
- Ayan, M. (2016). *Eşya Hukuku -II- Mülkiyet*. (9.Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Ayan, S. (2019). Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 23(3), ss.53-96.
- Aybay, A. ve Hatemi, H. (2012). *Eşya Hukuku*. (3. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Aydın, G. S. (2019). Artmirasçı Atamada Önmirasçının Taşınmazlara İlişkin Yaptığı Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği Sorunu. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 25(1), ss. 299-328.
- Ayrancı, S. (2006). *Ön Sözleşme*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Baker/McKenzie. (2010). *Schweizerische Zivilprozessordnung (Stämpflis Handkommentar, SHK)* Verlag Stämpfli, Bern.
- Başoğlu, B. (2012). *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Baycık, G. (2011). *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Becker, H. (1945). *Berner Kommentar, Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Band VI/1*, Verlag Stämpfli, Bern.
- Bommer, F. (2010). Art. 344. Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Staempflis Handommentar: Baker/McKenzie. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG.
- Boran Güneysu, N. (2014). *Medeni Usul Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Breitschmid, B., Rumo-Jungo, A. (Hrsg.): *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, 3. Aufl., Zürich 2016.
- Brückner, C. (2001). Der Grundstückkauf: Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts» in: Koller, Grundstückkauf, 2. A. Bern 2001, Nr. 11, ss. 503-551 Staempfli Verlag, Bern.
- Brückner, C. (2015). *Recht für Lehrkräfte für Wirtschaftsfächer Zweiter Teil: Allgemeiner Teil des Obligationenrechts*.
- Bucher, E. (1979). Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages. Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Hrsg. von Eugen Bucher und Peter Saladin, Bern/Stuttgart (Haupt) 1979, ss. 169-195.

- Bulut, U. (2017). *Davaların Yiğilmesi (Objektif Dava Birleşmesi)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Burcuoğlu, H. (2008). Türk Hukukunda Önalım Hakkına İlişkin Gelişmeler ve İsviçre Hukukunun Bu Gelişmelerdeki Etkileri Üzerine. *100 Jahre Schweizerisches ZGB 80 Jahre Türkisches ZGB (Peter Breitschmid, Tuğrul Ansay Hrsg.)*
- Buz, V. (1998). *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Buz, V. (2005). *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Buz, V. (2013). Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi. *BATİDER*. C. 28 (4), ss. 83-111.
- Bühler, W. Spühler, K. (Erl.) (1980). *Berner Kommentar, Kommentar zum, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht. 1. Abteilung: Das Eherecht. 1. Teilband 2. Hälfte: Die Ehescheidung, 137-158 ZGB, Bern.*
- Cansel, E. (1964). *Tapu Siciline İtimat Prensibi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Çabri, S. (2007). Aile Konutu Şerhi, *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, ss. 401-415.
- Çabri, S. (2015). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri. 4. Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım İstanbul 2015. *4. Tüketici Hukuku Kongresi*, ss. 205-240.
- Çenberci, M. (1986). *Gayrimenkul Satış Vaadi*. (3.Baskı). Ankara: Olgaç Matbaası.
- Deillon-Schegg, B. (2000). Die gerichtliche Zuspreehung eines dinglichen Wohnrechts an der "Wohnung der Familie" nach dem revidierten Scheidungsrecht. *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*. ss. 15-28.
- Deillon-Schegg, B. (2016). Art. 641-977 ZGB, *CHK-Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht: BEREITSCHMID, P./JUNGO, A. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.*
- Demircioğlu, H. R. (2008). *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Demirsatan, B. (2017). *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Deschenaux, H. (1988). *Schweizerisches Privatrecht-Sachenrecht (Fünfter Band-dritter Halbband-Das Grundbuch zweite Abteilung)* (herausgegeben von Meier-Hayoz, A.) Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart.
- Deschenaux, H. (1988). *Schweizerisches Privatrecht-Sachenrecht (Fünfter Band-dritter Halbband-Das Grundbuch erste Abteilung)* (herausgegeben von Meier-Hayoz, A.) Helbing /Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart.
- Doğan, G. (2006). *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları.
- Doğan, M. (2004). *Tapu Sicilinde Tapu Yetkisi Kısıtlanması Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dural, M., Ögüz, T., Gümüş, M. A. (2015). *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. (10.Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dural, M., Öz, T. (2017). *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*. (11.Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Erdem, H. E. (2013). *Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri*. *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 8, Özel Sayı.
- Erdoğan, E. (2017). *Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar*. *Ankara Barosu Dergisi*. S.2, ss.147-175
- Erdoğan, B. (2012). *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul: DER Yayınları.
- Eren, F. (2015). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2016). *Mülkiyet Hukuku*. (4. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (24. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ergüne, S. (2017). *Taşınır Mülkiyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Erişir, E. (2013). *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Erkan, V. U. (2014). *Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin*

- Kendisine Verilmesi Talebi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Y.63. Sayı: 3, ss. 449-478.
- Ertaş, S. (2018). *Eşya Hukuku*. (14. Baskı). İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi.
- Esener, T. Gündoğdu, F. (2017). *Borçlar Hukuku I*. (7. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Esener, T. Güven, K. (2018). *Eşya Hukuku*. (8. Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Faessler, B. (2010). *Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht*. (2. Baskı). Dike Verlag, Zürich/St.
- Fasel, U. (2016). Art. 641-977 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht: BEREITSCHMID, P./JUNGO, A. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Fellman, W., Kottman, A. (2012). Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG. Verlag Stämpfli, Bern.
- Feyzioğlu, F. N. (1976). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. (2. Baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Feyzioğlu, F. N. (1977). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. (2. Baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Gauch, P. (pg), Prof. P. Tercier (pt); Prof. Alfred Koller (ak); Prof. Jörg Schmid (gs); Prof. Bernhard Schnyder (bs); Prof. PauJ-Henri Steinauer (phs); Prof. Vogel (ov). (1994). *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*. C.2, ss. 47-60.
- Gauch, P. (pg); Prof. Alfred Koller (ak); Prof. Hans Merz (hm); Prof. Bernhard Schnyder (bs); Dr. Rainer Schnmacher (rs); Prof. l'aul-Henri Steinauer (phs); Prof. Pierre Tercier (pt). (1989). *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*. 1, ss. 15-23.
- Gauch, P., Schluop, W. R., Heinz, R., Schmid, J., Emmenegger, S. (2014a). Schweizerisches Obligationenrecht Band I: Allgemeiner Teil. (10. Auflage), Schulthess Juristische Medien AG.
- Gauch, P., Schluop, W. R., Heinz, R., Schmid, J., Emmenegger, S. (2014b). Schweizerisches Obligationenrecht Band II: Allgemeiner Teil. (10. Auflage), Schulthess Juristische Medien AG.

- Girgin, Ö. A. (2019). *Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk*. (2. Baskı). İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Göksu, T. (2016). Art. 641-977 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht: Bereitschmid, P., Jungo, A. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Grieder, A. (2016). Die Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 Abs. 1 ZGB)- Materiellrechtliche und prozessuale Besonderheiten. Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festtschrift für Professor Thomas Sutter-Somm. ss. 997-1013.
- Gümüş, M. A. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*. (3. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gümüş, M. A. (2014a). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*. (3. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gümüş, M. A. (2014b). *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Madde 1-46. C.1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Güral Akipek, J. (1972). Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti. *Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan*, ss. 25-70.
- Gürsoy, K. T. (1978). *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Gürsoy, K. T., Eren, F., Cansel, E. (1984). *Türk Eşya Hukuku*. (2. Baskı) Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Gürzumar, O. B., Sanlı, K. C. (2009). Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 5054 sayılı Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi İhtimalinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında. *Haluk Konuralp'in Anısına Armağan*, C.3, ss. 549-577.
- Güvenç, Ö. (2014). *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Haab, R., Simonius, A., Scherrer, W., Zobl, D. (1977). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar Bd. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, Zürich. Schulthess Polygraphischer Verlag AG.
- Hatemi, H. (2014). *Miras Hukuku*. (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Hatemi, H. Gökyayla, E. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. (3. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Hatemi, H. Kalkan Oğuztürk, B. (2014). *Aile Hukuku*. (4. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Hatemi, H. Serozan, R., Arpacı, A. (1991). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Helvacı, İ. (1997). Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhununu Temellük) Yasağı. İstanbul: Alfa Yayınları.
- Helvacı, İ. (2008). *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Herzog, N. R. (1999). *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Zürich.
- Hitz, F. (2016). Art. 656, 665 ZGB, Breitschmid, B., Rumo-Jungo, A. (Hrsg.): CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Aufl., Zürich.
- Homberger, A. (1938). *Berner Kommentar, Kommentar zum, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.Band, Das Sachenrecht, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch*, Art. 919-977, Zürich.
- Honsell, Heinrich, Vogt, Nedim P., Geiser, T. (2015). Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.
- Hrubesch-Millauer, S. (2016). Breitschmid, B., Rumo-Jungo, A. (Hrsg.): CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, ss. 457-640 ZGB, 3. Aufl., Zürich.
- Hrubesch-Millauer, S. Graham-Siegenthaler, B., Roberto, V. (2017). *Sachenrecht*, 5. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern.
- Huber, H. C. (1978) Anmeldung und Tagebuch im schweizerischen Grundbuchrecht, in: ZBGR 59/ 1978, ss. 156-172. Jürg Schmid, Michel Mooser, Romand Sandmayr, Peter Voser (Hrsg.).
- Huber, P. M. (1997). Praxishandbuch Zivilprozessrecht. Schefer Verlag AG.

- Huguenin, C. (2019). *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*. (Schulthess Juristische Medien AG.
- İnan, A. N. Ertaş, Ş., Albaş, H. (2015). *Miras Hukuku*. (9. Baskı). Ankara: Bilge Yayınevi.
- İyilikli, A. C. (2015). Taşınmazın Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hallerinden Mahkeme Hükmüne Göre İktisap Eden Kişinin İhalenin Feshi Davası Açmaya Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. Y.7. S. 27, ss. 515-547.
- İyilikli, A. C. (2017). Taşınmazın Aynına İlişkin İlamın Mevzuunu Oluşturan Taşınmaz Mülkiyet Hakkına Vaziyet Eden Takyidatlara Etkisi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Y.5. S.10, ss. 293-407.
- Kähr, M. (2016). Art. 731 ZGB, Orell Füssli ZGB Kommentar: Kostkiewicz, J. K., Nobel, P., Wolf, S., Amstutz, M., Frankhauser, R. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG.
- Kamacı, M. (2010). Tapu Kütüğüne “Aile Konutu Şerhi”nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu. *Yargıtay Dergisi*, C. 36 (3), ss. 23-60.
- Karahasan, M. R. (2007). *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayıncılık.
- Karlı, Ö. (2007). Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması (Mücerret Borç İkrarı) BK. mad. 17. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Keller M., Schöbi, C., Sonja, G. (1988). *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts Bd. 1 - Schweizerische Schuldrecht* (3. Auflage). Zürich: Helbing & Lichenhahn.
- Kernen, A. (2016). Art. 656, 657, 665 ZGB, Orell Füssli ZGB Kommentar: Kostkiewicz, J. K., Nobel, P., Wolf, S., Amstutz, M., Frankhauser, R. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Orell Füssli Verlag AG.
- Kılıçoğlu Yılmaz, K. (2014). Eşlerin Paylı Mülkiyetleri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S.114, ss. 79–104.
- Kılıçoğlu, A. M. (2015a). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. M. (2015b). *Miras Hukuku*. (6. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.

- Kırca, Ç. (2007). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler - Tartışmalar)*, Ankara, ss. 77-98.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2014). *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı - Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt)*. (6.Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Kocayusufpaşaoğlu, Y. (1959). *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Kocourek, A. (1922). The Formula Procedure of Roman Law. *Virginia Law Review*. Vol. 8, No. 6, ss. 434-444.
- Koller, A. (2010a). *Sachen Recht*. Staempfli Verlag Bern.
- Koller, A. (1994). Grundstückkaufvertrag. Die Rechtsprechung La Jurisprudence BR/DC 2 (herausgegeben von Gauch, P., Tercier, P., Koller, A., Schmid, J., Schnyder, B., Steinauer, P. H., Vogel, O), ss. 53-54.
- Koller, A. (2010b). Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht unter besonderer Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung. *Schweizerische Juristen-Zeitung* 106, C. 9, ss. 209-215.
- Koller, A. (2011). Sachenrechtlich begründete Unmöglichkeit. Private law: national - global - comparative. Böhler, Andrea & Müller-Chen, Markus (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Private Law (Band I), Staempfli Verlag, Bern, ss. 955-962.
- Koller, A. (2017a). *Der Grundstückkauf*. 3. Auflage. Bern. Staempfli Verlag.
- Koller, A. (2017b). Erfüllung des Grundstückkaufvertrags und deren Sicherung, insbesondere in sachenrechtlicher Hinsicht. 3. Auflage, Staempfli Verlag, Bern.
- Koller, A. (2017c). *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. Staempfli Verlag Bern.
- Konuralp, C. S. (2013). 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyâti Tedbirler. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C.71(2), ss. 225 – 274.
- Koschaker, P., Ayiter, K. (1977). *Roma Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Sevinç Matbaası.

- Kostkiewicz, J. K., Nobel, P., Schwander, I., Wolf, S. (2011). ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Orell Füssli Kommentar) 2. Aufl., Zürich 2011.
- Kostkiewicz, J. K., Wolf, S., Amstutz, M., Fankhauser, R. (2016). OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht. (3. Auflage). Orell Füssli Verlag AG.
- Köprülü, B., Kaneti, S. (1982-1983). *Sınırlı Ayni Haklar*. (2. Baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Köylüoğlu, E. (2011). Ön Alım Davası. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. Web: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 05.04.2018).
- Kramer, E. (1991). Berner Kommentar, Kommentar *zum, Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Inhalt des Vertrages, ss. 19-22 OR, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern.
- Kurşat, Z. (2008). *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım.
- Kurt, E. (2004). *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*. İstanbul: Kazancı Yayınevi.
- Kurt, E. (2013). Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler. *Journal of Yaşar University*. Cilt 8 (Özel Sayı). ss. 1857-1930.
- Kurt, E. (2017). Sivil Hava Aracı Mülkiyetinin Kazanılması, Devri ve Sona Ermesi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 21 (S. 2). ss. 47-102.
- Kurt, L. M. (2012). *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Kuru, B. (2019). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. (3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Liechti, A. F. (2017). *Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten*, Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Band/Nr. 20. Stämpfli Verlag AG.
- Liechti, A. F. (2018). Formulierung der Rechtsbegehren bei Erbteilungsklagen und grundbuchliche Auswirkungen. *Berbe Notar (BN 2/18)*, ss. 236-261.

- Liechti, A. F. (2020). Realkollation von Grundstücken: Erb-, grundbuch- und prozessrechtliche Bemerkungen. *Beurkundungs- und Grundbuchrecht* – 101. Jahrgang, ss. 5-24.
- Liver, P. (1969). Die Anmerkung. *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 50, ss. 10-34.
- Liver, P. (1979). *Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzips im Grundstücksverkehr*, ZBGR 60, S. 1. 1979, ss. 1-23 (ZBGR 1979).
- Liver, P. (1980a). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. N/2a/l, Die Grunddienstbarkeiten, ZGB 730-744, 2. Aufl., Zürich 1980.
- Liver, P. (1980b). Zürcher Kommentar, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Band: Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730-744 ZGB), 2. Aufl., Zürich 1980.
- Liver, P., Hinderling, H., Piotet, P. (1977) (herausgegeben von Meier-Hayoz, A.) *Schweizerisches Privatrecht – Sachenrecht (Fünfter Band-erster Halbband)* Helbing/Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart.
- Markus, A. (2012). ZPO, Band I, Berner Kommentar: Hausheer, H., Walter, H. P. (Hrsg.): Zürich: Stämpfli Verlag AG.
- Meier-Hayoz, A. (1974). *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 2.Teilband, Das Grundeigentum I, Artikel 655-679 ZGB, Bern.*
- Meier-Hayoz, A. (1975a). Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/3, Das Grundeigentum, Art. 680-701 ZGB, Bern 1975.
- Meier-Hayoz, A. (1975b). *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3.Teilband, Das Grundeigentum II, Artikel 680-701 ZGB, Bern.*
- Meier-Hayoz, A. (1981). *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV.Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1.Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654, 5. Auflage, Bern.*

- Muşul, T. (2009). *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Nomer, H. N. (1992). *Vefa Hakkı*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Nomer, H. N., Ergüne, M. S. (2016). *Eşya Hukuku Cilt II Rehin Hukuku*. (15. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Oğuzman, K., Barlas, N. (2014). *Medenî Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Kavramlar*. (20. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K., Öz, T. (2017a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. (15. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K., Öz, T. (2017b). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*. (13. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö., Oktay-Özdemir, S. (2017). *Eşya Hukuku*. (20. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, M. K. (1965). Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C. 31(1-4), ss. 209-219.
- Oktay-Özdemir, S. (2015). Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. Y.35. S.1, ss. 29-46.
- Ozanoğlu, H. S. (2017). Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*.
- Önen, E. (1981). *İnşâî Dava*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Öz, T. (1989). *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.
- Özbek, M. S. (2017). Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 3(1), ss. 65 – 91.
- Özbilen, A. B. (2016). *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Özbilen, A. B. (2019). İrtifak Haklarının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi. *İstanbul Hukuk Mecmuası*. Cilt 77 (2), ss. 475 – 502.

- Özçelik, Ş. B. (2014). Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.63(3), ss. 569 – 621.
- Özçelik, Ş. B. (2015). 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 19 (1), ss. 65 – 91.
- Özçelik, Ş. B. (2016). *Tapu Siciline Güvenin Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özçelik, Ş. B. (2017). İpotegın Alacağa Bağlılığı. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. C. 23(4), ss. 157 – 188.
- Özdamar, M. (2015). 6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*. C. 1(1), ss. 143-156.
- Özmen, E. S., Aydın G. S. (2014). Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası / Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası). *İstanbul Barosu Dergisi*. C. 88(6). ss.179-215.
- Özmen, S. (2018). 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi. *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*. S.135, ss. 491-516.
- Özmen, S., Bilgin-Yüce, M. (2001). Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler. *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*. C. 2, ss. 951-999.
- Özmen, S., Ürem, M. (2016). Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Şerhinin Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi (İzale-İ Şuyu) Davasına İlişkin Sonuçları ve Paya Bağlı İntifa Hakkına Dayalı Olumsuzluklardan Ders Alınmayışı Üzerine Düşünceler. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 11(145-146), ss. 265-292
- Özmen, S., Vardar-Hamamcıoğlu, G. (2016). *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Özmumcu, S. (2005). *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Öztan, B. (2014). *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*. (6. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztek, S. (1985). Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları: Törenden Şekle; Husui Adaletten Devlet Adaletine. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* ss. 335 – 372.
- Parlak-Börü, Ş. (2017). Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. C.128, ss. 231-272.
- Paulus, C. G. (Berlin), (1996). *Adiudicatio*, in: *Der Neue Pauly*, Herausgegeben von: Hubert Cancik, Helmuth Schneider (Antike), Manfred Landfester (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte).
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Sungurtekin-Özkan, M., Özekes, M. (2016). *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. (3. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2018). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. (6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pfäffli R. (2017a). *§ 12 Der Grundstückkauf: Kommentierter Mustervertrag / I- IV.*, In: Koller Alfred (Hrsg.), *Der Grundstückkauf*, (3. Auflage). Bern.
- Pfäffli, R. (2017b). *§ 12 Der Grundstückkauf: Kommentierter Mustervertrag / Erläuterungen, Der Grundstückkauf*: Koller, A. (Hrsg.): 3. Aufl., Zürich: Stämpfli Verlag Ag.
- Pfäffli, R., Wermelinger, A. (2017). Grundstückkauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufsrecht Und Rückkaufsrecht. *Schweizerische Juristen-Zeitung 113*, ss. 513-521.
- Pfäffli, Roland, (1999). *Der Ausweis Für Die Eigentumseintragung Im Grundbuch*, Diss. St. Gallen 1999, Langenthal Dike Verlag Ag.
- Pfäffli, Roland, (2009). Erbrechtliche Auswirkungen Auf Das Immobiliarsachenrecht, In: *Successio, Zeitschrift Für Erbrecht Herausgeber Margareta Baddeley, Peter Breitschmid, Paul Eitel, Harold Grüninger, Hans Rainer Künzle, Alexandra Jungo, Paul-Henri Steinauer, Benno Studer, Thomas Sutter-Somm*, ss. 32-50.
- Pfammatter, A. (2016). Art. 963, 975 Zgb, Orell Füssli Zgb Kommentar: Kostkiewicz, J. K./Nobel, P./Wolf, S./Amstutz, M./Frankhauser, R. (Hrsg.): (3. Auflage), Zürich: Orell Füssli Verlag Ag.

- Reber, M., Hurni, C. (2007). *Die Erläuterungen Von Eugen Huber, Text Des Vorentwurfs Von 1900 Schweizerisches Gesetzbuch, Materialien Zum Zivilgesetzbuch*, Hausheer, H./ Walter, H. P. (Hrsg.): BK-Berner Kommentar Band/Vierter Teil. Das Sachenrecht / Erste Abteilung. Das Eigentum. / Neunzehnter Titel. Das Grundeigentum.
- Reisoğlu, S. (1980). *Türk Eşya Hukuku Cilt 1, Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu-Tapulama Kanunu*. (6.Baskı). Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- Reisoğlu, S. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (25. Baskı), İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Rey, H. (2007). *Die Grundlagen Des Sachenrechts Und Das Eigentum, Dritte Ergänzte Und Überarbeitete Auflage, Grundriss De Schweizerischen Sachenrechts, Band I*, Verlag Stämpfli, Bern.
- Riemer, H. M. (2003). Die Verträge Des ZGB, Insbesondere Jene Des Sachenrechts, Aus Der Sicht Des Or. Aktuelle Aspekte Des Schuld- Und Sachenrechts – *Festschrift Für Heinz Rey*. ss. 83-91.
- Rüegg, J. (2014). *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte An Grundstücken*. Genf. Schulthess Polygraphischer Verlag Ag.
- Rüzgaresen, C. (2013). *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Sanlı, K. C. (2015). *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Saymen, F. H. ve Elbir, H. K. (1963). *Türk Eşya Hukuku Dersleri*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Schenker, U. (2010). *Schweizerische Zivilprozessordnung (Zpo). Staempflis Handommentar: Baker&Mckenzie*. (Hrsg.): (3. Auflage), Zürich: Orell Füssli Verlag Ag.
- Schmid, J., Hürlimann-Kaup, B. (2017). *Sachenrecht*. (5. Auflage). Zürich, Basel Genf.

- Schmid, J., Rüegg, J. (2011). Legitimation Des Kaeufers Zur Grundbuchberichtigungsklage Gegen Den Eingetragenen Vorkaufsberechtigten? *Baurecht*, ss. 196-197.
- Schwenzer, I. (2016). Schweizerisches *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. (7. Auflage). Stämpfli Verlag AG.
- Serozan, R. (2000). Taşınır Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu. *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*. Y.7. S. 27, ss. 397-412.
- Serozan, R. (2007a). *Sözleşmeden Dönme*. (2.Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Serozan, R. (2007b). *Taşınır Eşya Hukuku*. (2.Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Serozan, R. (2014). *Eşya Hukuku – I*. (3.Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Serozan, R. (2016a). *Medeni Hukuk - Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. (7.Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Serozan, R. (2016b). *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı - Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt)*. (7.Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Serozan, R., Engin B. İ. (2015). *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sirmen, L. (2019). *Eşya Hukuku*. (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Simonius, P., Sutter, T. (1990). *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band II: Die Beschraenkten Dinglichen Rechte*, Verlag Helbing & Lichtenhahn Verlag Ag, Basel Und Frankfurt Am Main.
- Simonius, P., Sutter, T. (1995). *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band I: Grundlagen, Grundbuch Und Grundeigentum*, Verlag Helbing & Lichtenhahn Verlag Ag, Basel Und Frankfurt Am Main.
- Sirmen, L. (1991). Taşınmaz Satışında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Hukukî Sonuçları, *Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan*, ss. 305-324.
- Sirmen, L. (1992). *Türk Özel Hukukunda Şart*. Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

- Sogo, M. (2007). *Gestaltungsklagen Und Gestaltungsurteile Des Materiellen Rechts Und Ihre Auswirkungen Auf Das Verfahren. (Zürcher Studien Zum Verfahrensrecht Band/Nr. 152)*. Zürich: Verlag Schulthess Juristische Medien Ag.
- Sohm, R. (1892). *The Institutes of Roman Law*. (Translated by: James Crawford Ledlie). London: Oxford At The Clarendon Press.
- Sungurbey, İ. (1956). *İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman*. İstanbul: Akgün Matbaası.
- Sungurbey, İ. (1957). *Borç İkrarı ve Borç Vaadi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Sungurbey, İ. (1963). *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: Sermet Matbaası.
- Sungurtekin Özkan, M. (2004). İnşâî Karar ve Özellikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, ss. 553-577.
- Surlu, M. H. (2014). *Taşınmaz Satış Vaadi*. (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sutter-Somm, T. (2017). *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. (3. Auflage). Schulthess Juristische Medien Ag.
- Şahin, T. (2018). Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı. *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.8 (Özel Sayı), ss.906-930.
- Şeker, M. (2008). Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini. *Legal Hukuk Dergisi*. S.61, ss. 49-63.
- Şen Doğramacı, H. (2010). Çerçeve Sözleşmeler. Yayımlanmamış *Doktora Tezi*. Yayın Yeri: *Eskişehir Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*.
- Şen Doğramacı, H. (2016). 6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.13 (2), ss. 69-94.
- Tandoğan, H. (2008a). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*. (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Tandoğan, H. (2008b). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/2*. (6. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tandoğan, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*. (5. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tanrıver, S. (2000). Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.49 (1-4), ss. 67 – 83.
- Tanrıver, S. (2017). *Medeni Usul Hukuku Cilt I*. (2. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tekinay, S. S. (1970-1971). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tekinay, S. S. (1971). *Türk Aile Hukuku*. (2. Baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Tekinay, S. S. (1988). *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1989). *Eşya Hukuku*. (5. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tercier, P., Pichonnaz, P., Develioğlu, H. M. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Tiftik, M. (1988). *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tok, O. (2014). Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 21 (1), ss. 239-260.
- Tokat, H. (2016). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 24 (1), ss. 181-245.
- Tuor, P., Schnyder, B., Schmid, J. (1995). *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 11. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag.

- Tuor, P., Schnyder, B., Schmid, J., Jungo A., (2015). *ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Aufl., Zürich - Basel – Genf, Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Türkoğlu Özdemir, G. (2005). Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 7(1), ss. 167 – 212.
- Uyumaz, A. (2017). Medeni Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 21 (4).
- Ünal, M., Başpınar, V. (2017). *Şekli Eşya Hukuku*. (9.Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.
- Üstündağ, S. (1959). *Tapu Kütüğünün Tashihi Davası*. İstanbul: Baha Matbaası.
- Vardar Hamamcıoğlu, G. (2014). *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Velidedeoğlu, H. V., Esmer, G. (1956). *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı*. (2.Baskı). İstanbul: T.A.O. Matbaacılık.
- Vogel, O. (1988). *Grundriss des Zivilprozessrechts*. (2. Auflage). Stämpfli Verlag AG.
- Von Tuhr, A. (1948). “İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli”. Çev. Ayiter, Kudret, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3 (2-4), ss. 633-646.
- Von Tuhr, A. (1983). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. (1-2). Çev. Edege, C. Ankara: Yargıtay Yayınları.
- Von Tuhr, A., Escher, A. (1984). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II*. Zürich: Schulthess. Polygraphischer Verlag AG.
- Von Tuhr, A., Peter, H. (1984). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I*. Zürich: Schulthess. Polygraphischer Verlag AG.
- Wiegand, W. (1985). Doppelverkauf und Eigentumserwerb – Wer zuerst kommt, mahlt zuerst? *Festgabe für Hans Marti*, Bern 1985, s. 11 ff.
- Wiegand, W. (1998). Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in: *Mobiliarsicherheiten. Berner Bankrechtstag Bd. 5*, ss. 75-135.
- Wolf, S., Zingg, S. (2005). Zivil- und notariatsrechtliche Aspekte des Doppelverkaufs von Grundstücken. *Norm und Wirkung Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65.Geburtstag*.

- Wolfer, M. (2010). Zur Übertragung von Personaldienstleistungen: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen. *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA)* 2010/I, ss. 37-44.
- Yavuz, C. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. (10. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Yavuz, N. (2001). Doğrudan Doğruya Temsil / Nam-ı Müstear / Dolayısı ile Temsil / İnançlı İşlem / Tarafta Muvazaa / Nam-ı Müstear ile Muvazaa İlişkisi / İspat rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile Kavramları ile Bunlara İlişkin Yargıtay Uygulaması. *Yargıtay Dergisi*, 2001(1-2), ss. 63-100.
- Yazıcı-Tıktık, Ç. (2014). Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 26 (Özel Sayı), ss. 2735-2776.
- Yıldırım, A. (2016). *Türk Hukukunda Tapuya Güven Yoluyla Aynı Hak Kazanımı (TMK md. 1023)*. (1. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yıldırım, A. (2018). *Türk Aile Hukuku*. (2. Baskı). Ankara: Monopol Yayınları.
- Yıldırım, M. F. (1995). Açılmamış Bir Terekedeki Miras Hakkının Devri Sözleşmesi I. *Yargıtay Dergisi*, C. 21(1-2), ss. 109-144.
- Yıldırım, M. F. (1995). Açılmamış Bir Terekedeki Miras Hakkının Devri Sözleşmesi II. *Yargıtay Dergisi*, C. 21(3), ss. 278-293.
- Yıldırım, M. F. (2004). Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.53 (1), ss. 117 vd.