

**MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ**

ÖZEL HUKUK SEMPOZYUMU ÖZEL SAYISI

**6098 SAYILI
TÜRK BORÇLAR KANUNU
HÜKÜMLERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ
SEMPOZYUMU
(3 - 4 Haziran 2011)**

SEMPOZYUM NO: III

**Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a
ARMAĞAN**

2. Bası

2012

TBK'NA GÖRE TAŞINMAZ SATIŞINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN İRDELENMESİ*

Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN**

Aydın Hoca'mın hayatımdaki önemi büyüktür. Ankara Hukuk Fakültesinde bir dönem bana ceza asistanlığı yolu açılmışken, özel hukuka geçişimin hayırlı vesilesinde katalizör olmuştur. Bugün bir öğretim üyesi olarak aranızda bulunmamdan ötürü öncelikle Aydın Hoca'mın kendisine ve ayrıca bu sempozyumu düzenleyenlere teşekkürü bir borç bilirim. Bu sempozyum yapıldığı için çok mutluyum çünkü bilime değer veren insanların gün geçtikçe azalmakta olduğunu farkındayım. Bir Pazar gününü bu tür bilimsel bir toplantıya harcayan siz değerli katılımcıları bulmuşken, dert paylaşma babında sizlere de ayrıca teşekkür borçluyum.

Tebliğime öncelikle maddelerin değişmesi ile ilgili olan eleştirilerimi dile getirerek başlamak istiyorum. Paris Belediyesi, semt binalarının tozunun alınması kararı alır. Belediye'nin bu kararına, Parisliler şiddetle karşı çıkarlar, yıllar boyunca oluşmuş tarihi tozlarımızı kaldıramazsınız derler. Bizim tarihi maddelerimizin kaldırılmaması gerekirdi. Zaten belirli ve oturmuş bir sistemdi ve siz de yeni bir kanun yapmadınız. Dünyada hiçbir ülkeye nasip olmamış Ata'mızın armağanı, liderimizin eseri hukuk reformuyla kabul görmüş yasada zorunlu olan sadeleştirmeler, başarılı ve yararlı değişiklikler zaten yapıldı. Kanun değişikliği ile yapılmak amaçlanan değişiklikler madde bazında araya harf kodlaması şeklinde eklemeler yapmak suretiyle de yapılabilirdi. Esasen madde numarası vermek kodlamadan başka bir şey değildir. Örneğin; genel işlem koşulları 19 a olarak Kanun'a aktarılmış olsaydı genel işlem koşullarında ne gibi bir değişiklik olacaktı? 19a olarak anacaktık.

Bir de bu konuda değişikliklerin fazlalığına dayalı olarak harflerin yetmeyeceğine dair de görüşler mevcuttur. Kanımca bu görüşler kabul edilebilir değildir. Örnek vermek gerekirse İsviçreliler Kat Mülkiyeti Kanunu'nu paylı mülkiyet ile ilgili bir maddeye-yanılmıyorsa 712. Madde olacak-a'dan, t'ye kadar madde numarası vermek suretiyle yapmışlar ve hiçbir sorun da çıkmamıştır. Kat mülkiyeti gibi geniş kapsamlı bir değişiklik bile böyle harf kodlaması yöntemi ile yapılabiliyor iken; kültür birikimi olan maddelerimiz konusunda aramızdaki (*consensus*) anlaşmamızı bozmadığımıza göre, yapılması

* Makale hakemsiz olarak yayımlanmıştır.

** Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

öngörülen değişikliklerin neden madde bazında yapılmadığını anlamak mümkün değildir.

Jhering'in çok güzel bir sözü vardır: "Ben bir ülkede kanunların iyi olup olmadığına bakmam, iyi uygulanıp uygulanmadığına bakarım" diyor. Taşınmaz hukuku bu sözler açısından uygulama felaketi örneği oluşturmuştur. Size bununla ilgili iki karar okumak istiyorum. Birincisi; Didim'deki bir mahkemede kat malikleri kurulu kararı aleyhine iptal davası açılmış. Davaya bakan ve uzun yıllar hakimlik tecrübesi olan bir hakimin verdiği ara kararı okuyacağım. "Didim Kaymakamlığı Dernekler Masasına müzekkere yazılarak kat malikleri kurulunun yapılmış olan toplantısına ilişkin bütün tutanak, belge, duyuru ve tebliğat örneklerinin gönderilmesinin istenmesine" şeklinde ara karar oluşturulmuştur. Şimdi Dernekler Masası'nın ne cevap verdiğinin merakı içindeyim. Şahsen ben bu tür durumlarda hemen Hakimler Savcılar Kurulu'na şikayette bulunuyorum. Ancak bana cevap bile verilmiyor. Sonrasında telefon açıp soruyorum ve verilen cevap da şöyle: "Hakimin takdir hakkı vardır, kararı Yargıtay'da temyize gönderip kararı bozdurabilirsiniz." Böyle bir karar takdir hakkı gerekçesine sığdırılabilir mi? Kat malikleri kurulu kararını dernekler masasından isteyecek olan bir kararı ben niçin kabullenmek zorundayım? Peki, eğer bu karar temyize gitseydi ne olurdu? (karar temyize gitmemiştir) Bunun ışığında temyize gideceği dairenin de bir içtihadını buldum, karar şöyle: "İpotek aynı bir haktır. Taşınmazın tamamı üzerinde kurulduğunda bölünmesi mümkün değildir. Borçtan sorumlu olan "kişiler" olmayıp taşınmazın kendisidir." Buyurun; karşınızda borçlu bir taşınmaz var, el sıkışabilirsiniz. Her toplantıda örnek verdiğim, ancak hala aksi yönde bir karara rastlamadığım ve Melek Yüce ile eleştirilerimizi içeren makaleye konu olan bir içtihadı paylaşmak istiyorum. Şu an Türkiye Cumhuriyetinde bilimsel olarak tartıştığımız yasaların varlığına rağmen güvenli bir taşınmaz alabilmek için (arkadaşlar sizi uyarıyorum) Türkiye'deki yaklaşık 3800 noterin hepsini teker teker gezmeniz gerekir. Zamanaşımına uğraması ve kesilmesi hallerini de hesaba katarak, 3800 noterin kurulduğu günden bu yana bütün yevmiye numaralarına bakacaksınız. Çünkü size satış ile tescili yapan malik; daha öncesinde; başka birine şerh edilmemiş olan bir taşınmaz satış vaadi yapmışsa ve bu satış vaadi alacaklısına zamanaşımı def'ini de ileri süremiyorsanız size tapu iptal davası açabiliyor ve bu tapu iptal davasını Yargıtay olumlu karara bağlayarak sonuçlandırıyor. Çünkü Yargıtay, akıl almayacak bir gerekçeyle noter satış vaadindeki tarihin resmi olduğu ve bu yüzden kesinlik taşımakla size karşı üstünlük sağlayabileceğini öngörmektedir. Bu sözün bittiği yerdir. Klasik eşya hukuku öğretisine dayalı yılların bilgi birikimi ile siz istediğiniz kadar borç ilişkisinin nisbiliğinden bahsedin ve yolsuz tescile dayalı mülkiyeti kazanmamış bir kişinin yaptığı bir taşınmaz satışında iyi niyetli üçüncü kişiye mülkiyeti kazandırın, Yargıtay'ımız Medeni Hukuk öğretisine resmi tarih diye bir kavramı kazandırıvermiştir. Hukuk fakültesinde nisbi alacak hakkının tanımını verdiğimiz, borçlar hukuku dersini ilk kez almış

öğrenci böylesi bir sonuca varsa fahiş hata addederiz. Bu konuda daire kararlarının yanı sıra, Genel Kurul Kararına konu olmuş içtihat hala bu yönde kara bir leke gibi durmaktadır. İlk fırsatta Yargıtay bu sonucun aksini vurgulayan bir kararla uygulamaya yön vermelidir. Geçenlerde yine kanımı donduran bir karar okudum. Arsa karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış ve Yüklenici'ye taşınmazın devri yapılmış, yüklenici de satışı takiben alıcılar adına tescili yapmıştır. Yargıtay'ın çıkan bir uyuşmazlık ile ilgili kararı ise; "Arsa sahibi sözleşmeyi feshettiğinde bu durumu alıcıların öngörmesi gerektiği için tapu iptal davası kabul ediliyor." Arkadaşlar işte özetle gelmek istediğim nokta budur: Yasaları değiştirsek veya değiştirmesek ne fark edecektir? İşte içtihatlar budur. Burada vardığımız bu tür bilimsel kararları hiçbir temele oturtamazsınız. İşte medeni hukuk öğretisinin temelini sarsan içtihatlar bu yöndedir.

Tapu memurlarının taşınmaza ilişkin uygulamaları da ayrı bir konudur. Taşınmaz satışıyla ilgili Borçlar Kanunu'nun tasarısının konuya ilişkin hükmünün ilk halinde(m.242) "Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için sözleşmenin tapu idaresince resmi bir şekilde düzenlenmesi şarttır." hükmü eklenmişti. Daha sonra Borçlar Kanunu'nun kabul edilen yeni tasarısında bu hükümden vazgeçildi. Yeni Borçlar Kanunu 237. Maddede "Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır." denildi. Oysa ilk değişiklik çok daha başarılıydı çünkü 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi zamanında yapılan hata tasarındaki ilk hükümle düzeltilecekti. Şöyle ki; bildiğimiz üzere federatif yapıya sahip ve kantonlarında farklı düzenlerin mevcut olduğu İsviçre Medeni Kanun'u uygulamasında resmi şekle kimin vücut vereceği kantonal düzenlemeye bırakılmakla (kimisi tapu kimisi noterlik sistemine dayanmakla) bu yönde tercüme yapılmıştı. Hal böyle olmakla Tapu Kanunu diye ayrı bir Kanun ile; kantonal düzenlemeye bırakılan hususlar genel kanunumuza konu olmuştu. İşte bu noktada doğan hata Medeni Kanun değişikliğiyle çözülmeliydi. Ayrıca Tapu Kanunu tamamen ilga edilerek buradaki düzenlemelerin hepsi 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun'a alınmalıydı. Bu konuda, şimdi taşınmaz satışı ile ilgili olan bu şekil bahsinde, bence Yeni Borçlar Kanunundaki 237. madde bile gereksizdir. 706. madde vardı ve zaten 706 maddeyi de Tapu Kanunu'na gerek bırakmayacak şekilde geçirip, satışların tapu memuru tarafından yapılacağını Medeni Kanun hükmünde geçirmek gerekiyordu. Tapu kanunun artık dili başta olmak üzere çok eskimiş hükümleri ile günümüz Türkçesi ile yapılmış değişikliklerin bir arada bulunmasından doğan tezatlık yeni Medeni Kanun'umuzda giderilmiş olacaktı. Şimdi resmi şekle kimin vücut vereceği sorunu yine Tapu Kanunu 26. Maddesi ile düzenlemesine konu olagelmektedir. Buna göre taşınmaz satış vaadinin bile tapu müdürlüğünden yapılmasını isteyebilirsiniz. Yasalarımıza göre tapuda mülkiyeti devir veya bir ayni hak kurulmasına yönelik hukuki işlemlerin resmi şekilde yapılmasında borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) ile tasarruf işlemi ayrımı gözetilmesi gerekirken vatandaşa dayatılan hukuka aykırı fiili uygulamalarla; taahhüt iş-

lemleri, (borçlandırıcı işlem) ve tasarruf işlemleri aynı akit tablosunda bir arada (resmi senette) gerçekleştirilmekte ve vatandaşların vadeye ve koşula bağlı resmi sözleşme yapmaları olanağı asla kabul edilmemektedir. Roma hukukun karz, ariyet, vedia üçlemesiyle real akitlerine gönderme yapılarak real akit örneği bulunmadığı ve illilik prensibine dayalı borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı klasik eşya borçlar öğretisi olarak öğrencilerimize aktarılmaktadır. Ancak yukarıda andığımız uygulama ile taşınmaza ilişkin tüm resmi akitler, aynı akit tablosunda zorunlu olarak tescil talebiyle gerçekleştirilen tüm sözleşmeler real akit halini almıştır. Bu yönde uygulama kanuna uygun olarak yapılsa ön-sözleşme (akit yapma vaadi uygulaması) hiç olmayacakken noter akit yapma vaadi uygulamasının salt taşınmazlara özgü olarak gerçekleşmesi bu yüzdendir. Sonuç olarak bu durum sırf tapu uygulamasına bağlı çift harç ve damga vergisi yükü doğurmaktadır. Yeni Borçlar Kanunu'muzun 243. Maddesinde öngörülen *"Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz."* hükmünce koşula ve vadeye bağlı taşınmaz mülkiyeti devir sözleşmelerinin yapılabileceği kuşkusuzdur. Buna göre bu yönde irade beyan edilmesi halinde tapuda yalnızca vade veya koşula bağlı satış, trampa veya isimsiz sözleşme resmi şekilde yapılmalı ve sonradan muacceliyete dayalı tescil yapılabilmelidir. Böylece, muacceliyetin gerçekleşmesini takiben MK 716 hükmünce mülkiyeti devir alacağına dayalı davaların müeyyidesi altında tescil yerine getirilmiş olacaktır. Bu söylediklerimiz karşısında Tapu Kanunu 26 hükmüne uygun olarak tapu memurluklarında noter satış vaatlerinin yapılabileceğinin bir hayal olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Ayrıca belirtmek isterim ki, tapu memurlarına daha önce yapmadıkları bir işlemi asla yaptıramazsınız.

Geçenlerde karşıma Bodrumda çok ilginç bir şey geldi. Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku dersi veren meslektaşlarım için bileşik sözleşme ile ilgili çok ilginç bir örnek olacağını düşünüyorum. Komşu iki parselden birinin sahibi, arka parseldeki bir yoldan geçit hakkı istiyordu. Arka parsel sahibi bunun karşılığında geçit hakkından ivaz istemeyeceğini (imar yasasına göre istemeye hakkı vardır) ancak komşusunun kendi lehine manzara kapatmama irtifakının karşılığında geçit hakkı vereceğini belirtmiştir. Şimdi karşımızda bağımsız varlıklarını koruyan birbiri ile sinallagmatik ilişki içinde iki irtifak sözleşmesi mevcuttur. Aksine bir düzenlemeye Yasada rastlanılmamasına rağmen bunu tapu sicili müdürüne bileşik akit olarak yaptırmanız mümkün değildir. Bir diğer örnek olarak taşınmaz satımında resmi senetle bedel yerine taşınır ile trampasını yaptırtamazsınız. Tapudaki taşınmaz resmi senedinde tapu memurlarının öngörüsünden öteye gidemezsiniz. Peki, bunun üzerine tapu memuruyla mücadele etmeye kalkarsak, nereye varacağız? Sonuçta idare mahkemesine dava açacaksınız ifa konusunda altmış gün susacak, talebiniz susmayla reddolacaktır. Açacağınız davanın da üç yıldan önce sonuçlanma ihtimali olmadığını düşününce olursak bu yolda işlem yapılmasını her kötü uygulamaya dayalı yasaya

yapılmasını öngören hüküm getirerek mi çözeceksiniz? Hiçbir çağdaş hukuk devletinde kanunlar bu gerekçe ile yapılamaz.

İrdelenmesi gereken bir diğer konu da satış vaatleri konusunda noterlerin re'sen düzenleme yetkisiyle akit yapmalarıdır. Tarafların avukatla temsili halinde noterlerin salt imza tasdiki yapmaları kabul edilmelidir. Çünkü uygulamada hepimizin bildiği üzere re'sen düzenlenen akitler, ön ve arka sayfaların matbu bilgilerle doldurulup araya yaptığınız sözleşmenin eklenmesi ile yapılagelmektedir. Açıkçası Kanun'a bu konuda hüküm getirilmesini isterdim. Noterlerin re'sen düzenleme yetkisiyle zorunlu olarak akit yapmalarını doğru bulmuyorum zira buna bir hüküm getirilmeliydi ve bu konuda noterlerin öyle re'sen düzenleme yetkisinin yerini; taraflardan birinin talebi halinde re'sen düzenleme şeklinde yapmaları geçerli kılınmalıydı.

Hem bu tür uygulama hataları hem de hatalı Yargıtay kararlarının düzeltilmesi için kanuna açık hüküm getirilmesi yolunda bazı görüşler de dile getirildi ancak etkili olamadı. Efendim kanuna açık hüküm getirilsin dediğinizde hatırlıyorsunuz ki; Kral Frederick'in hukukçulara olan antipatisi nedeniyle Prusya Ceza Kanunu'nu 17000 maddelik yapmıştır. Her uygulama hatasını ve hatalı Yargıtay kararını kanun değişikliği ile düzeltmeye kalkarsak Prusya Ceza Kanunu'nun maddelerini bile geçmek gerekecektir.

Borçlar Kanunumuz, Medeni Kanunumuzun düzenlediği paylı mülkiyete dayalı önalım hakkını tek bir madde ile düzenlediği sözleşmeden doğan önalım hakkına da kıyasen uygulamışken bu defa Yeni Borçlar Yasası ile ; ayrıntılı hükümlere yer vermiştir.. Bence bu konuda bir takım şeyler atlandı. Şöyle ki; yasal önalım hakkının kullanılmasına ve bundan doğan hükümlerin sözleşme-yasal önalım hakkına da uygulanacağı hükmü Medeni Kanunumuzda MK 735 hükmünde yer almaktadır. Şimdi ise, Borçlar Kanunu bu rolü üstlendiği için ve sözleşmeden doğan önalım hakkı ayrıntılı düzenlendiği için tereddüt doğacaktır. Bu tereddüt ise, yasal önalım hakkında Borçlar Kanunumuzun bazı değişiklikler getirdiğinden, sözleşmeden doğan önalım hakkı bu sefer tersine yollamayla yasal önalım hakkına da uygulanacak mıdır uygulanmayacak mıdır sorusunun gündeme gelmesidir. Çünkü Medeni Kanun madde 735 şöyle diyor: "Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanır." Borçlar Kanunumuzda sözleşmeden doğan önalım hakkı bir maddeydi ve anılan Medeni Kanun atfıyla ayrıntılı düzenlemeye konu edilmişti. Şimdi ise Borçlar Kanunu ile sözleşmeden doğan önalım hakkı ayrıntılı bir düzenlemeye konu edilmiştir. Bu durumda örneğin BK 239 hükmü kanunun öngörmediği kıyasla yasal hakkına da uygulanıp uygulanmayacağı sorunu çıkacaktır. Ayrıca sözleşmeden doğan alım, önalım ve geri alım haklarının devredilemeyeceği hükümlerine gelecek olursak bu değişikliği hiçbir şekilde benimseyemediğimi belirtmek isterim. Şöyle ki alacağın devrinin zaten borçlunun kişisel durumunu ağırlaştırmayacağı sonucu

doğuran YBK 188 (EBK 167) 'de her türlü itiraz ve def'i ileri sürebilecek iken ve aksi kararlaştırılarak devir yasağı getirilebilecek iken bu kanun hükmüne dayalı devir yasağını anlamak mümkün değildir.

Yeri gelmiş iken yeni Borçlar Kanunu'nun 240. Maddesi ile düzenlenmiş önalım hakkının ileri sürülmesi hükmünü de irdelemek isterim. Madde 240: "*Önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabilir.*" diyor. Taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması meselesine biraz değinelim. Ratio legis açısından trampa mı kastedilmiş? Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer hukuki bir işlem tabiri içi doldurulması zor bir kavram olarak tartışma yaratacaktır.... Yasal önalım hakkının sadece satışa bağlı kullanılmasında düşünce şudur: Paylı mülkiyet birliğine yabancı biri girmesin diyerek, aynı bedeli ödemek suretiyle payı satın alma düşüncesi vardır. Somut satışta feragat düzenlenmesi başarılı bir durumdur. Bunun dışında; trampa veya isimsiz sözleşmelerde kullanılamaması yolunda önceki düzenleme çok mantıklıydı. Örneğin; sizin bir taşınmazın paylı mülkiyetiyle veya sözleşmeden doğan önalım hakkıyla mülkiyetini asla devretmeyi düşünmediğiniz bir antika koleksiyonunuz var. Birisi gelip size şu antika koleksiyonunu sat dediğinde, hayır ben bunu satmıyorum, sen bana şuradaki paylı mülkiyetteki payını verersen bunun karşılığı trampa ederim dediğinizde; şimdi burada bir önalım hakkı kullanılmasının mantığını anlamak asla mümkün değildir. Çünkü burada parasıyla değil mi, satacaksan bize sat fikri birden bire anlamını yitirir. Gerekcede örnek verilen; sözleşmeden doğan önalım hakkında da satmayı düşünmeyen birinin gayrimenkul yatırım ortaklığı hisselerini devretmesi halinde borsada bedeli var diyerek önalım hakkı kullanılması doğru olmayacaktır. Çünkü yeni kurulmuş bir gayrimenkul yatırım ortaklığının hisselerinin devrini gelecekte çok iyi prim yapacağı düşüncesi ile kabul ediyorsam; hangi bedel bu düşüncemi tatmin edebilir?

Kanun değişikliklerinin Yargıtay içtihatlarına dayalı olarak yapılması uygulamasına da değinmek istiyorum. Eğer bir boşluğa işaret edilmekte veya söz konusu boşluk ile ilgili içtihat farklılığı söz konusu ise bence bu boşluğun içtihadı birleştirme kararları ile doldurulması daha isabetlidir. Ancak somut durumda olduğu gibi doğruluğu tartışma konusu edilen Yargıtay kararları kanun değişikliği halini alacak olursa, bu konuda yarardan değil, hatalı yasa değişikliğinden söz etmek gerekecektir.

Bu konuda birkaç örnek vererek gerekirse MK 700 hükmünün yeni bir hüküm olarak mehzazında olmamasına rağmen yasalaşması tam bir hukuki garabet örneği oluşturmaktadır. Şöyle ki; paylı mülkiyette bir paydaş payı üzerinde -çoğunlukla muvazaalı olurdu- intifa hakkı kuruyordu. Güttüğü amaç neydi? Bu izale-i şüyu davası olursa kozları elimde bulundurmamak, taşınmazın ekonomik bakımdan değer düşürmesi karşısında elindeki kozları kullanmak. Neden? Çünkü Yargıtay kendilerine içtihat zırhı ile bu imkanı sağlamıştır:

Paylı mülkiyette payın üzerinde bir intifa hakkı kurulması durumunda, paydaşlardan biri tarafından açılan eski adıyla izale-i şüyu yani paylı halin giderilmesi davalarında, bu konuda cebri satışın intifa hakkı ile yüklü olarak yapılmasına hükmedildi. Yargıtay neyi atladı? Medeni Kanun 731. Maddeyi. Paydaşlar payları üzerinde intifa hakkı kurabilir. Kurulan intifa hakkının sahibi, açılmış izale-i şüyuu davasında cebri arttırmaya katlanmak zorunda olup, intifa paydaşa düşen cebri artırma bedeli üzerinde hukuki semere devam eder. Çünkü MK 731:

“Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.” hükmünü amirdir.

MK 731 hükmünce intifa hakkı taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan özel hukuk kısıtlaması olup intifa hakkı sahibi tescile gerek kalmaksızın kıdeme itibar ilkesi gereğince intifa hakkından önce malik paydaş kadar tapu sicilindeki (paya bağlı intifayı edinme ve bu konuda bilgi sahibi olmakla) ikame değer bedelin (surrogat) semeresine (faizine) dayalı hak sahibi olur. Bu sonuç payın üzerindeki intifa hakkının kamulaştırılmasında ve sigorta tazminatında açıkça ifade edilmiştir. Hal böyle iken MK 700 hükmünün değişikliği öncesi verilmiş fahiş hatalı içtihatlarla paylı halin giderilmesi davasında cebri artırmanın intifa ile yüklü olarak yapılmasına karar verilmiştir. Doğal olarak uyanık paydaşların bu sonucu görünce paylı halin giderilmesi davalarında ken-dilerinin düşük bedelli edinme amaçlı veya bu amacı olmasa da satışından haksız kazanç elde etme amacıyla intifa hakkı kurduğu görülmüştür. Maalesef bu yöndeki içtihatlar adalet arkasında alaycı bir gülüş bırakmamalıdır sözünün aksine bu tür davranışların zırhı haline gelmiştir.

Bu arada intifa hakkından söz etmişken ilgili bir içtihada değinmeden geçemeyeceğim. Yargıtay'da kesinleşmiş bir kararda intifa hakkının haczinin geçerli olduğuna ilişkin karar verilmiştir. Hacizli intifa hakkı cebri arttırmada satılmış ve yeni hak sahipleri tarafından edinilmiştir. Artık bu tür içtihatlara söyleyecek söz bulamıyorum. Zorunlu olarak kişiye bağlı bir hak olan intifa hakkının haczinde doksan yaşında birisine manevi duygu ile ivazsız olarak intifa hakkı tanıdığınızı ve hak sahibinin borcu dolayısıyla intifa hakkının haczedilip cebri icra marifetiyle satıldığını ve sonucunda yirmibeş yaşında bir alıcının cebri arttırma ile intifa hakkını edindiğini düşünün. Intifa hakkının haczini geçerli sayan bu yöndeki içtihatların hukuki garabetini anlatmakta kelimeler bulamamaktayım.

Hatalı içtihada dayalı değişiklik uygulaması örneğine önalım hakkının kullanılmasında da rastlanılmıştır. Alım ve gerialım hakları mülkiyetin isteğe bağlı kısıtlaması olarak hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile kullanılmakla mülkiyetin kendisine devri talebi hakkı vermektedir. Kullanılması yenilik doğurucu haklara bağlı olarak tartışmasız iken yine hatalı Yargıtay içtihatlarına konu olmuş ve nedense uygulamada sıklıkla dava açılarak kullanılagelmiş ol-

masına bağlı olarak dava açılarak kullanılması zorunluluğu içtihadında bulunulmuştur. Böyle bir içtihadı hukuki temeli olmaksızın ve üstelik alım ve geri alım haklarından kurgusu itibariyle hiçbir farklılığı olmadığı halde anılan sonucu ile kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca uygulamadan örnekler göstermiştir önalım hakkının dava açmadan da kullanılabileceği açıktır. Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi kurgusuna konu somut bir olay ile ilgili olarak önalım hakkının dava açmaksızın kullanılabilmesi yolunda verdiğimiz mütalaada görüş bildirmiş ve içtihat ta bu yönde oluşmuştur. Şöyle ki; taşınmaz satış vaa-dinin mülkiyeti devir talebini içeren önalım hakkının kullanılması sonucu doğan mülkiyeti devir talebi MK 716'ya dayalı olarak taşınmaz malikini hem borçlu hem alacaklı kılmış ve dolayısıyla önalım hakkının sonlandığı kabul edilmelidir.

Biraz önce genç meslektaşımın değindiği 245. Madde, hasar ve yararın geçişi konusunda da şunları belirtmek isterim: Madde 245 *"Satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer. Bu hüküm, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanır."* diyor. Tescil ile mülkiyetin alıcı adına geçmesine rağmen hasar ve yarar konusunda istisna bir hüküm getiriyor. Bu konuda önerimiz şöyledir: Mülkiyetin alıcıya geçmesine rağmen özellikle hasar konusunda satıcının hala hasar ve yarara katlanıyor olması teslimin satıcıya yarar sağlaması nedeniyle sonraki zamanda yapılması halinde mantıklı olacaktı. Şöyle ki; alıcının kendisinden kaynaklanan sorunla teslim için lehine hükmü koydurması halinde satıcının hasara katlanması kabul edilebilir değildir.

Peki, bu konuda siz değerli hukukçuları hazır bulmuşken bir hususa daha değinmek istiyorum. Uygulamada dava dilekçeleri hiçbir mesleki sorumluluk taşımayan avukatlar tarafından saldırm çayıra hakimler kayıra misali münazaanın veya muarazanın menî adı altında yani uyuşmazlığın giderilmesi yolu dilekçelerle açılmaktadır. Doğal olarak bir davanın uyuşmazlık olmadan açılmayacağı düşünülecek olursa bu tür dava dilekçeleri hakimlerimiz tarafından derhal reddedilmelidir. Hakimlerin hukuki sebebi resen araştırma ilkesi bu tezimize karşı argüman olarak konulamaz çünkü davaların telahuku (yanlışlıkla yarışması olarak sadeleştirilen oysa birbirine eklenmesi olması gereken sonucuyla) davanın alacak sebepsiz zenginleşme haksız fiil istihkak ve benzeri isimlerle açılması gerekir. Aksi takdirde davaların birbirine eklenmesi teorik bilgisine dayalı olarak davalının savunma yapması mümkün olmaz. Öyle ya; sözleşmeye dayalı dava 10 yıllık dava zamanaşımına tabiyken istihkak davası zamanaşımına olmayacaktır.

Diğer yönden uygulamada tapu iptali ve hükmen tescil davaları diye adlandırılan hukuki temeli olmayan bir kavrama da değinmek gerekecektir. Öğrenciyi mezun ederiz ve MK madde 716 ile 1025'i ayrı ayrı anlatırız. Ve hiçbir şekilde tapu iptal davası diye bir davayı kulaklarına fısıldamayız. Ama ne ga-

riptir ki mezun olur olmaz daha stajda bu 1025 ile 716'nın farkını unuturlar ve birden bire bu davaları tapu iptal ve hükmen tescil diye uydurulmuş bir terimle anmaya başlar. Oysa aynı neticeli bir davada taşınmaza ilişkin karşı taraftan istenen talep ya alacak hakkına dayalı olarak maliki olmadığı taşınmazın mülkiyetin devri talebiyle açılır ki bu durumda tescili isteme veya zorlama adıyla açmak gerekir (MK 716) Ya da malik veya aynı hak sahibi mülkiyet hakkına dayalı olarak aleyhine yapılan yolsuz tescilden/terkinden dolayı şekli olarak aynı hak karinesini kaybetmesinin ve 3. Kişilerin bu yolla aleyhine iyiniyetle hak kazanmasının önlenmesini ister ki bu durumda da yolsuz tescilin düzeltilmesi davası(MK 1025) tabirini kullanmak gerekir. Ancak uygulamada somut bir olayda gördüğüm bir kurguda taraf aslen tapu iptal ve hükmen tescil adı altında aslında alacak hakkına dayalı tescili isteme hakkına sahipken mülkiyet hakkına dayanan dava açmış ve bu dava haklı olarak reddi üzerine bu defa haklı bir sebeple ve fakat tapu iptal davası adı altında alacak hakkını istemişken ikinci davasında kesin olarak tüm haklarını (somut olayda arsa karşılığı inşaat sözleşmesinde yirmi dört bağımsız bölüm)kaybetmiştir. Sonuç olarak vurgulamak istediğimiz yönü ile kanunları mükemmel değişikliklerle yasalaştırmak uygulamanın bu ciddi sancıları karşısında hiçbir yara sağlamamaktadır ve sağlamayacaktır. Sabrınıza ve ilginize teşekkürler, sevgilerimle...