YARGITAY
İÇTİHADI BİRLEŞTİRME
BÜYÜK GENEL KURULU KARARI

ESAS : 1987/2
KARAR : 1988/2
TARİH : 30/09/1988

" Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin olarak geçerli bir sözleşme olmadan tarafların anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi, satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının uzun süre malik gibi kullandığı halde satıcının tapuda devre yanaşmaması halinde cebri tescil davasının kabul edilip edilemiyeceği" konusunda Yargıtay 1., 8., 14 üncü Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu Kararları arasında aykırılık bulunduğundan içtihatların birleştirilmesi (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına dayanılarak) Yargıtay 1. Başkanvekilliğinin 2.4.1987 günlü yazılarıyla istenilmiştir.

Avukat BAL1 ile Avukat BAL2`nin 9.7.1986 ve 18.9.1987 günlü dilekçeleriyle vaki aynı konudaki içtihat aykırılığının giderilmesi istemlerine ilişkin evrak da Yargıtay 1. Başkanlık Kurulu`nun 3.7.1987 gün 53 sayılı ve 22.10.1987 gün 77 sayılı Kararlarıyla 1987/2 Esas sayılı içtihadı birleştirme evraklarıyla birleştirilmiştir.

Konu böylece Yargıtay Kanununun 45. maddesi uyarınca İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu`nda incelenmiş ve kararlar arasında içtihat aykırılığının varlığı, ilk oturumda ve oybirliğiyle kabul edilmiştir.

I - İçtihat aykırılığının giderilmesi isteminde dayanılan kararlarda beliren görüşlerin özeti ve içtihadı birleştirmeye gerek bulunduğunun kabul edilmesi nedenleri:

Kararlara konu uyuşmazlıklarda; Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan (inşaatın yapımı sırasında) geçersiz sözleşmeyle bağımsız bölüm satımı, tarafların anlaşarak (inşaatın yapımının tamamlanması üzerine) satışa konu bağımsız bölümün alıcıya teslim edilmesi ve alıcının da sözleşmeyle yükümlendiği tüm borçlarını eda edip bağımsız bölümü malik gibi

kullanmakta bulunmasına rağmen satıcının (sözleşmenin geçersizliğine dayanarak) tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması nedeniyle açılan cebri tescil davaları söz konusudur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu`nun 6 Haziran 1979 gün 14/190-799 sayılı kararı ile Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Kararlarına göre: "... Bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu husus yasal himayeden yoksun kalır. Bu durumlarda sözleşmenin geçersizliğine dayanılarak akdin icrasından kaçınılamaz... olayın özelliğine göre cebri tescil davası kabul edilmelidir..."

Hukuk Genel Kurulunun 22.3.1985 günlü ve 14/399-232, 14/544-233, 14/596- 234, 14/597-235, 14/598-236, 14/649-237 sayılı altı adet kararında da aynı ilke benimsenmiş ve tescil davalarını kabul eden yerel mahkeme kararları onanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.3.1986 gün ve 14/541-257 sayılı kararı ile Yargıtay 8. ve Ondördüncü Hukuk Dairelerinin kararlarına göre ise: "...Geçersiz bir akdin ifası istenememekle beraber taraflar gönül rızası ve serbest iradeleri ile akdin gereklerini tamamen yerine getirdikten (yani akdi ifa ettikten) sonra, satıcının akdin aslında geçersiz olduğunu ileri sürmesi halinde dikkate alınacak Medeni Kanunun 2 nci maddesinin devreye girmesi keyfiyetinin olayımızla ilgisi yoktur. Zira tapulu taşınmaz için yapılan sözleşmenin ifası tapuda olur. Taşınmazın mücerret teslimi ifa olarak kabul edilemez... MK`nun 2. maddesi hak veya borcun var olduğu hallerde bunların kullanılması ve yerine getirilmesinde uygulanacak kuralı göstermiştir. Öncelikle davacı (tescil) isteminde haklı olmalıdır ki iyi niyet ve kötü niyet tartışma konusu edilebilsin... Tapulu taşınmazların harici alım satımları ve temlik taahhütleri nedeniyle çıkan uyuşmazlıklar 10.7.1940 gün 2/77 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında çözüme bağlanmıştır. 25.5.1954 gün 8/18 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre de tescil davası dinlenemez...".

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.1.1986 gün ve 14/849-57 sayılı; 24.9.1986 günü 8/270-780 sayılı kararlarında da aynı şekilde tescil davalarının reddi gerekeceği kabul edilmiştir. Buna mukabil Yargıtay

Ondördüncü Hukuk Dairesinin, olayın özelliğine göre MK`nun 2 nci maddesi gözetilerek tescil davasının kabul edilmesi gerektiği yolunda kararları da mevcuttur.

Özetlenen Yargıtay Kararlarından da anlaşılacağı üzere, Yasanın geçerlik şartı olarak öngördüğü şekle uyulmadığı için, içtihadı birleştirmeye konu olaylardaki haricen taşınmaz satımına ilişkin sözleşmelerin geçersiz bulunduğu tartışmasızdır. Kararlar arasındaki aykırılık, içtihadı birleştirmeye konu uyuşmazlıklarda Medeni Kanunun 2 nci maddesi gözetilerek cebri tescil davasının kabul edilip edilemiyeceğinde toplanmaktadır.

Görüşmeler sırasında, 3.11.1980 gün ve 3/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına dayanarak yapılarak, uygulamaya ilişkin çelişkinin içtihadı birleştirme yoluyla giderilmesine gerek bulunmadığı ileri sürülmüş ise de çoğunluk şu gerekçelerle bu görüşe katılmamıştır:

Gerçi, kiracı ile kiralayan arasında yapılan birden fazla sözleşmenin her birinde tahliye taahhüdü alınması ve önceki sözleşmelerdeki taahhüt sebebiyle tahliye davası açılmadığı ve icra takibi yapılmadığı halde son sözleşmedeki taahhüde dayanarak tahliye isteminde "hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı" konusunda doğan içtihat aykırılığı üzerine Yargıtay, 3.11.1980 gün ve 3/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "-Objektif iyi niyet kuralının uygulanmasında kesin sınırlar koymaya imkan olmadığından ve her olayın özelliği nazara alınıp durumun değerlendirilmesi gerektiğinden uygulamaya ilişkin bu çelişkinin içtihadı Birleştirme yolu ile giderilmesine yer olmadığı...-" sonucuna varmıştır. Ancak, bu içtihadı Birleştirmeden hareketle, incelemekte olduğumuz içtihadı birleştirme istemi hakkında da içtihadı birleştirmeye gerek olmadığını benimsemek mümkün değildir. Çünkü, şimdiki içtihadı birleştirmenin konusu, bu uyuşmazlıklarda, hakkın kötüye kuullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi değil, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının (MK`nun 2. maddesinin) cebri tescil davası açılmasına cevaz verip vermiyeceğinin tespiti olacaktır. Nitelikleri bakımından açık farklılık nedeniyle 3.11.1980 günlü içtihadı birleştirme kararı, konumuza ilişkin içtihat aykırılığının giderilip içtihatların birleştirilmesine engel olarak kabul edilemez.

Açıklanan nedenler gözetilerek, esasen açık ve belirgin bir şekilde mevcut olan içtihat aykırılığının giderilmesine gerek bulunduğuna (ilk oturumda ve üçte ikiyi aşan bir çoğunlukla) karar verilmiştir.

II - TAPUDA KAYITLI TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİ DEVİR BORCU DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE ŞEKİL

Şekil Kuralı:

Medeni Kanunun 634 ncü maddesinin birinci fıkrası, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde "-Mülkiyeti nakleden akidler resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar-" biçiminde genel bir hüküm getirmiştir. Borçlar Kanunu madde 213`de de, "-Taşınmaz satımı ile taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin geçerli (muteber) olması için resmi senede rabdedilmesi şarttır-" hükmüne yer verilmiştir.

Şeklin gerçekleşmesi:

2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi sözleşmesi yapmaya yetkili makam, tapu sicil muhafızı veya memurudur. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini ise, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60/3 ve 89 ncu maddeleri uyarınca, düzenleme biçiminde (re`sen) Noterler yapabilmektedirler.

Şeklin Amacı:

Genel olarak şeklin amacı, bazen taraflardan birinin veya her ikisinin, bazen de üçüncü kişilerin veyahut kamunun yararını korumak, hukuki güvenliği sağlamaktır. 26.11.1980 gün ve 5/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, taşınmaz mülkiyetinin geçirimi borcunu yükleyen sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasının tarafları koruyucu amacı şöyle ifade edilmektedir: "- Tarafları dikkate davet etmek, acele ile yanlış kararlara varmamak ve altından kalkılmayacak yüklere girmemek-". Resmi şekildeki sözleşme belirli bir kamu görevlisi tarafından düzenleneceği için, sözleşmede tarafların irade beyanları açık ve kesin olarak belirlenir. Özellikle taşınmazlarda şekil kuralı sayesinde tapuu siciline yapılacak olan tescil işlemi için sağlam ve güvenilir dayanak elde edilmiş olur. Tarafların taşınmazın devrine ilişkin iradelerini resmi memur önünde açıklamaları ve bunun resmi senede geçirilmesiyle; genellikle onların ehliyetsizlik, irade bozukluğu, sözleşme şartlarının resmi senettekinden farklı bulunduğu şeklinde değişik ve gelişi güzel itirazda bulunmaları güçleşir. Bu nedenlerle, taşınmaz mülkiyetini devir borcu

doğuran sözleşmelerin resmi şekil şartına bağlı tutulmasında sadece tarafların değil kamunun da yararı bulunduğu kabul edilmektedir.

Şekle Aykırılığın Müeyyidesi:

Gerçekten, Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sıhhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere, "geçersizlik" müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanunun 634 ncü maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213 ncü maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re`sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir.

Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def`i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re`sen gözetilemiyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re`sen gözönüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti gözönünde tutulamaz. (A. von Tuhr; Oser/Schöenberger; Dr. H. Becker; Prof. Dr. H. Tandoğan; BGE 86 II 400 vd; 92 II 324 vd; 95 II 42 vd; 98 II 316; 104 II 101, 106 II 151; 26.5.1954 gün 8/18 ve 12.4.1944 gün 14/13 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları...)

III - ŞEKLE AYKIRILIK İLE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI KURALININ ÇATIŞMASI

Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Kuralı:

25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da ifade edildiği üzere, Medeni Kanunun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medeni Kanun tasarısını Millet Meclisine sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: "Bir hakkın kullanılmasının açıkca adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde MK. m.2.f.2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkan sağlamaktadır" şeklinde açıklanmaktadır... Medeni Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı ilkesine istisna getirilmiştir. Ancak, bu kuralın taliliği (ikinciliği) de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilmeli; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı olabileceği bazı istisnai durumlarda da, 2 nci maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilmelidir.

Gerçekten de hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının; şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil ettiği, buyurucu niteliği itibariyle hakim tarafından re`sen gözetilmesi gerektiği bugün Türk-İsviçre öğretisi ve uygulamasında tartışmasız olarak kabul edilmektedir (Yargıtay HGK.nun 13.2.1974 gün ve 524/103 sayılı; 2.10.1974 gün ve 2/810-1043 sayılı; 7.12.1983 gün ve 4/224- 1276 sayılı ... kararları).

Şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralanın çatışmasını, iki halde incelemek gerekmektedir.

İfa Halinde:

Öncelikle "ifa" sözüyle, taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunu doğuran sözleşmede şekil noksanlığı veya şekilsizlik bulunmasına rağmen tapuda tescil işleminin yapılmış olması amaçlanmaktadır. Çünkü, taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunun ifası tapuda yapılan bir tescil işlemi ile yerine getirilmiş olur.

Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılgıdan uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse (tapuda tescil işlemi yapılmışsa), bunun iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği Yargıtay uygulamasıyla kabul edilmektedir (HGK.nun

11.3.1953 gün ve 2/9 sayılı; 10.9.1955 gün ve 1/62-63 sayılı Kararları...). Hukuk Genel Kurulunun 21.3.1986 gün ve 14/541-257 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmektedir.

İfa`dan Kaçınılması Halinde:

İçtihadı Birleştirme bu sorunun halliyle ve ancak konusuyla sınırlı olarak ilgilidir.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmamış bulunmakla beraber tarafların anlaşarak tapuda tescil işlemi öncesinde kendilerini geçersiz sözleşmeyle bağlı sayarak alıcının satış bedelini ödemesine, satıcının taşınmazın intifaını alıcıya terketmesine ve alıcının da taşınmazı malik gibi kullanmakta olmasına rağmen, satıcının tapuda tescil işleminden kaçınması hallerinde, hakim, satın alanın açacağı cebri tescil davasını kabul edebilir mi? Böyle olaylarda hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı cebren tescile imkan sağlar mı?

İsviçre Federal Mahkemesine göre, şekil noksanlığı sebebiyle batıl bir taşınmaz satışında henüz tescil yapılmadan butlan ileri sürülmesi halinde, ayni hakların şekille ilgili hükümleri karşısında, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için dahi olsa, hakim, tapu memurunu batıl söleşmeye dayanarak tescile zorlayamaz (5 Şubat 1946 günlü karar; BGE. 72. II. 39).

Yargıtay`ın 10.7.1940 gün ve 2/77 sayılı içtihadı birleştirme kararında da, "-Haricen taşınmaz satılıp da bedeli satana ve taşınmaz da alana teslim ve bu suretle taşınmaz alanın intifaına terkedildiği ve sonradan bunlardan biri ferağdan veya teferruğdan imtina ettiği takdirde muteber olmayan bu satım zımmında her iki tarafın verdiğini istirdada hakkı olduğu-" ilkesi vurgulanmış ve konusuyla ilgili olarak da (Ancak, alıcı satış bedelinin iadesine kadar taşınmazı işgal edebilir ve bu yüzden kendisinden semereleri tazmin veya ecrimisil istenemez) sonucuna varılmıştır.

Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılgıdan uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse (tapuda tescil işlemi yapılmışsa), bunun iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği Yargıtay uygulamasıyla kabul edilmektedir (HGK.nun 11.3.1953 gün ve 2/9 sayılı; 10.9.1955 gün ve 1/62-63 sayılı Kararları...). Hukuk Genel Kurulunun 21.3.1986 gün ve 14/541-257 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmektedir.

26.5.1954 gün ve 8/18 sayılı içtihadı birleştirme kararında da teyiden tekrarlanan 7.10.1953 gün 8/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen ilke şöyledir: "-Aralarında mevcut olduğunu iddia ettiği akdi bir münasebete müsteniden tapuda malik sıfatıyla mükayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihini isteyen kimsenin Medeni Kanunun 634. maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerinde inikat etmiş muteber bir akde istinat etmesi lazımdır. Böyle bir akdin inikat etmediği davacının beyanından anlaşıldıktan sonra kanunun mevcut olmadığını kabul ettiği bir halin ispatı da artık düşünülemez. Bu gibi hallerde davanın hukuki sebepten mahrum bulunması bakımından reddedilmesi iktiza eder...-".

İfa`dan Kaçınılması Halinde:

İçtihadı Birleştirme bu sorunun halliyle ve ancak konusuyla sınırlı olarak ilgilidir.

Gerçekten de şekil şartına ilişkin yasa hükümlerinin emredici niteliği ve söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları karşısında, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz (batıl) bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının; olayın özelliği gerektirmedikçe, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla dahi olsa, reddi gerekir. Örneğin, üzerinde bina bulunan bir taşınmazı veya Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımı tamamlanmış binadan bir bağımsız bölümü, bir tarlayı ya da arsayı geçersiz sözleşmeyle satın alıp ona zilyet olan ve sözleşmeyle kendisine bağlı sayarak tüm vecibelerini yerine getiren kişinin; velev tapuda devir borcunun yerine getirileceği hususunda satıcı tarafından kendisine tam bir güvence verilerek aldatılmış olsa dahi, cebri tescil isteği reddedilir. Çünkü, nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re`sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyuşmazlıkta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanunun 2 nci madddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın taliliğinin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ`ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd. İst. 1946) özetle şöyledir: "-Bu genel hükmün

uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat`i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taaluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır...-"

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmamış bulunmakla beraber tarafların anlaşarak tapuda tescil işlemi öncesinde kendilerini geçersiz sözleşmeyle bağlı sayarak alıcının satış bedelini ödemesine, satıcının taşınmazın intifaını alıcıya terketmesine ve alıcının da taşınmazı malik gibi kullanmakta olmasına rağmen, satıcının tapuda tescil işleminden kaçınması hallerinde, hakim, satın alanın açacağı cebri tescil davasını kabul edebilir mi? Böyle olaylarda hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı cebren tescile imkan sağlar mı?

Yargıtay`ın, olayın özelliğini gözeterek, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralını aştığına ve böylece şekil şartı kuralını ihmal ettiğine örnek olarak (Geçersiz sözleşme uyarınca aldığı tapulu taşınmaza yapı yapan ya da ağaç diken kimseye Medeni Kanunun 650 nci maddesine göre aranın veya tarlanın adına cebren tescilini isteme hakkını 5.7.1944 gün ve 12/26 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla tanımış olması) gösterilebilir. İçtihadı Birleştirme Kararının sonuç bölümünde aynen şöyle denilmektedir: "- ...Bir gayrimenkulü badehu resmi takririni vermek üzere haricen ahara satıp parasını alarak müşteriye teslim eden ve inşaat ve garsiyatı görüp menetmeyen malikin zımni rıza ve muvafakatı nazarı dikkate alınarak ve hadiseye göre enfüsi hüsnüniyet arayarak bu maddeyi (MK. m. 650) tatbik etmek lüzumu aşikardır.-".

İçtihadı Birleştirmenin konusu olayların özelliğine gelince: 1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur. Bu sözleşmelerle müteahhit (yüklenici), arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık inşaat bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır. Ancak, müteahhit daha inşaata başlar başlamaz ileride mülkiyeti iş sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı inşaatın finansmanı için

üçüncü kişilere geçersiz sözleşmelerle satmaktadır. Veyahutta bazı müteahhitler mülkiyeti kendilerine ait bulunan taşınmaza Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere inşaat yapımı sırasında inşaatı tamamlayabilmek için gerekli parayı temin amacıyla aynı şekilde geçersiz sözleşmelerle ve ileride satışa konu bağımsız bölümün tapusunu vereceği hususunda karşı tarafta tam bir güvence yaratarak satışlar yapmaktadırlar. İşte bu şekilde Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibariyle uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zaman da fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kacınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkça, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yararı olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini gösterir. Oysa MK.nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suistimal karakteri doğrudan doğruya aşikar olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyuşmazlıklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Zira İsviçreli Prof. MERZ`in de dediği gibi (Medeni Kanun Şerhi art. 2, Nr. 21), şekli hukuktaki hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar onu gerçek ölçülerine götürebilir; gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Zira hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şeye yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebini kaybeder. Öte yandan Medeni Kanunun 4. maddesi hükmüyle de hakim, adalete uygun karar vermeye çağırılmaktadır. O, menfaatların doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zorundadır.

İsviçre Federal Mahkemesine göre, şekil noksanlığı sebebiyle batıl bir taşınmaz satışında henüz tescil yapılmadan butlan ileri sürülmesi halinde, ayni hakların şekille ilgili hükümleri karşısında, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için dahi olsa, hakim, tapu memurunu batıl söleşmeye dayanarak tescile zorlayamaz (5 Şubat 1946 günlü karar; BGE. 72. II. 39).

Yargıtay`ın 10.7.1940 gün ve 2/77 sayılı içtihadı birleştirme kararında da, "-Haricen taşınmaz satılıp da bedeli satana ve taşınmaz da alana teslim ve bu suretle taşınmaz alanın intifaına terkedildiği ve sonradan bunlardan biri ferağdan veya teferruğdan imtina ettiği takdirde muteber olmayan bu satım zımmında her iki tarafın verdiğini istirdada hakkı olduğu-" ilkesi vurgulanmış ve konusuyla ilgili olarak da (Ancak, alıcı satış bedelinin iadesine kadar taşınmazı işgal edebilir ve bu yüzden kendisinden semereleri tazmin veya ecrimisil istenemez) sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, içtihadı birleştirmenin konusu uyuşmazlıklarda ve onunla sınırlı olmak üzere, olayın özelliğine göre hakimin Meeni Kanunun 2 nci maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceği sonucuna varılmıştır.

26.5.1954 gün ve 8/18 sayılı içtihadı birleştirme kararında da teyiden tekrarlanan 7.10.1953 gün 8/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen ilke şöyledir: "-Aralarında mevcut olduğunu iddia ettiği akdi bir münasebete müsteniden tapuda malik sıfatıyla mükayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihini isteyen kimsenin Medeni Kanunun 634. maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerinde inikat etmiş muteber bir akde istinat etmesi lazımdır. Böyle bir akdin inikat etmediği davacının beyanından anlaşıldıktan sonra kanunun mevcut olmadığını kabul ettiği bir halin ispatı da artık düşünülemez. Bu gibi hallerde davanın hukuki sebepten mahrum bulunması bakımından reddedilmesi iktiza eder...-".

Varılan bu sonuçla Türkiye Cumhuriyet Anayasasının 10 ncu maddesinde öngörülen "Kanun önünde eşitlik ilkesinin" ihlal edildiği yolundaki görüş; gösterilen gerekçeler karşısında varit olmadığı gibi, şekle aykırı sözleşmeye tapulu taşınmaz satımı yapan satıcının tapuda mülkiyeti devir işlemine yanaşmadığı her olayda hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı gözetilerek cebren tescil isteminin kabul edilmesi de yasamızın sistemiyle bağdaşmaz.

Gerçekten de şekil şartına ilişkin yasa hükümlerinin emredici niteliği ve söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları karşısında, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz (batıl) bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının; olayın özelliği gerektirmedikçe, hakkın kötüye

kullanılmasını önlemek amacıyla dahi olsa, reddi gerekir. Örneğin, üzerinde bina bulunan bir taşınmazı veya Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımı tamamlanmış binadan bir bağımsız bölümü, bir tarlayı ya da arsayı geçersiz sözleşmeyle satın alıp ona zilyet olan ve sözleşmeyle kendisine bağlı sayarak tüm vecibelerini yerine getiren kişinin; velev tapuda devir borcunun yerine getirileceği hususunda satıcı tarafından kendisine tam bir güvence verilerek aldatılmış olsa dahi, cebri tescil isteği reddedilir. Çünkü, nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re`sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyuşmazlıkta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanunun 2 nci madddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın taliliğinin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ`ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd. İst. 1946) özetle şöyledir: "-Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat`i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taaluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır...-"

Bu içtihadı birleştirme kararıyla Eşya Hukukuna hakim olan prensiplerin büyük ölçüde değiştirildiği iddiasına da katılmak mümkün olamaz. Cebri tescil istemi, ayni değil, kişisel bir haktır. Geçersiz sözleşmeye dayanarak tescil talebinde bulunan kimsenin bu davasının kabul edilebilmesi, dava açılmadan veya tescil kararı verilmeden önce taşınmazın mülkiyetinin üçüncü şahsa geçmemiş bulunması şartına da bağlıdır. Başka bir anlatımla, kural olarak ifa (tescil) davası geçersiz sözleşmenin tarafları arasında rüyet edilecektir. Tapu sicilindeki kayda güvenen iyi niyetli üçüncü şahsa tescil kararından önce taşınmazın mülkiyeti geçirilmiş ise elbette geçersiz sözleşmeye dayanan kişi olarak satın alanın tescil isteminin de yasal dayanağı kalmaz (MK. md. 931).

Görüşmeler sırasında içtihadı birleştirmenin olumlu yönde çözümlenmesi halinde M. K.nun 917. maddesinin uygulanmasında büyük uyuşmazlıklara neden olunacağı, yabancıların taşınmaz

edinmelerinin yeterince takibinin engelleneceği, icra hukuku bakımından tereddüt ve ihtilaflara yol açılacağı da ileri sürülmüşse de bütün bu sorunların içtihadı birleştirme ile varılan sonuçtan kaynaklanamıyacağı gerçeği ortadadır.

SONUÇ : Tapuda kayıtlı bur taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimin M. K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi.

KARŞI DÜŞÜNCE YAZISI:
Bu içtihadı birleştirme kararıyla hukukun 4 ana ilkesine büyük ayrımlar getirilmiş bulunmaktadır.

Bu içtihadı birleştirme kararı ile "getirilen birinci ayrım, kat mülkiyeti kanununa tabi olarak yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satın alınması", -taşınmazın bir bölümünün satışı olduğu halde-, taşınmaz satımına ilişkin şekil kuralları bir tarafa bırakılarak, taşınır (menkul) hükümlerine tabi tutulmuş olmasıdır.

Hukuk ilkelerine getirilen ikinci ayrım, mutlak butlanla malul, baştan itibaren hükümsüz bir sözleşmeye, geçerlik tanınmış olmasıdır.

Üçüncü ayrım taşınmaz satımlarında diğer deyişle taşınmaz mülkiyetinin naklinde ifa, ancak tapuya tescille mümkün olduğu halde (MK. m. 633) zilyetliğin devrinin, ifa sonuçlarını doğuran bir olgu olarak kabul edilmesidir.

Hukuk ilkelerine getirilen dördüncü ayrım ise, mevcut 7.10.1953 gün 8-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına rağmen Türk Medeni Kanununun 642. maddesi gereğince tescili talep için anılan yasanın 634. maddesine uygun biçimde bir sözleşmenin bulunması şartının ortadan kaldırılmış bulunmasıdır.

Getirilen bu ayrık hükümlere katılmak mümkün olamamıştır.

Taşınmazların taşınırlardan farklı hükümlere tabi tutulmaları, mülkiyetin devrini amaçlayan akitlerin (sözleşmelerin) geçerliiği için resmi şeklin mülkiyetin kazanılması (İktisabı) için ise tapu kütüğüne tescil şartının (MK. m. 634, 633) aranması; taşınmazlarda zilyetliğin, taşınırların aksine, mülkiyeti göstermeye yeterli olmaması, taşınmazların genellikle taşınırlara nazaran daha kıymetli bulunması, Devletlerin vatan toprağını oluşturan arazinin kimler elinde bulunduğunu bilmesindeki büyük yararı, taşınmaz üzerindeki işlemlerin genellikle uzun süreli bulunması, taşınmazlarda ne gibi yükümlülüklerin bulunduğu, sınırlı ayni hakların mevcudiyeti ve bunların sıralarının ancak tapu kaydıyla anlaşılabilmesi gibi hukuksal, sosyal ve ekonomik emniyet ve ihtiyaçların sonucudur. Cermen hukukunda onuncu yüzyılda; Osmanlı Devletinde ise, 1872 tarihinde başlamak üzere taşınmazların tapuya bağlanması esası, haklı olarak münakaşa edilemez bir gerçek halini almıştır. Bu nedenledir ki, yurdumuzda da tapulama ve kadastro çalışmaları büyük bir hızla devam etmektedir. Bir taraftan Devlet tapusuz taşınmazların tapuya bağlanması hususunda büyük çaba sarfederken, diğer taraftan tapulu bir kısım taşınmazların taşınırlar gibi işlem görmesi sonucunu doğuracak bir içtihadı birleştirmenin benimsenmesi, farklı iki tutum olarak göze çarpmaktadır.

Diğer yandan 21.6.1987 kabul ve 3402 sayılı 21.9.1987 tarihinde yürürlüğe giren çok yeni tarihli bir tasfiye kanunu olan Kadastro Kanununun 13. maddesinin B-b bendinde dahi, harici satışlara hukuki değer verilebilmesi için en az on yıl müddetle çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla zilyet bulunma koşulu arandığı halde, içtihadı birleştirme kararı ile kadastro bölgesinde olmayan "Kat Mülkiyet Kanununa tabi olarak yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımında", bu sürede bir zilyetlik dahi öngörülmemesi büyük bir çelişkidir.

Yasa koyucu taşınmazların mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerde, şekle o kadar önem vermiştir ki, Borçlar Kanununun 11. maddesindeki hükümle yetinmemiş, Borçlar Kanununun 213, Türk Medeni

Kanununun 634, Tapu Kanununun 26, 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 13, Kat Mülkiyeti Kanununun 10. maddesiyle ayrıca özel hükümler getirmiştir.

Şekle aykırılığın sonuçlarının ilgili bulunduğu hukuk dalıyla çok yakın ilişkisi bulunmaktadır. Bu sonuçlar şeklin geçerlik şartı olduğu durumlarda başka, isbat şartı olarak öngörüldüğü durumlarda ise başkadır. Şekil yokluğu ile şekil eksikliğini de birbirinden ayırmakta büyük yarar vardır. Genellikle şeklin amacı taraflara düşünme imkanı, isbat kolaylığı sağlamak, taraflar arasında güveni geliştirmek olarak ifade edilebilir. Fakat taşınmaz satımındaki şeklin fonksiyonu (işlevi), bunlara ek olarak taşınmazların mülkiyetinin geçişinin (tescilin) sebebe bağlılığında (illilikte) ve taşınmaz satımına ilişkin şekil hükümlerinin, Suat Bertan`ın da haklı olarak belirttiği gibi "Kamu düzeni" ile ilgili bulunmasında görülür (Bkz. Dr. Suat Bertan, Ayni Haklar, Ankara 1976 Cilt 1, Sh. 508).

Tescilin sebebe bağlılığı (illiliği) ise, gerek şekil gerek muhteva bakımından geçerli bir akdin varlığını amaçlar. Medeni Kanunumuzun 933. maddesinde kabul edilen ilke, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşme tapu kütüğünde tescil suretiyle ifa edilmiş olsa dahi, şekil veya muhteva eksikliğinin tapu kaydının terkin ve tadiline neden olacağıdır. Şeklin taşınmazların satımındaki bu niteliği gözönünde tutulduğunda, içtihadı birleştirmede varılan sonucu paylaşmak mümkün olmamıştır.

Türk Hukukunda taşınmaz satışında (mülkiyetin devrini amaçlayan akitlerde) geçerlik şartı olarak öngörülen şekle riayet edilmemenin sonucu, (hükümsüzlük) mutlak butlandır. (Bkz. Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, İst. 1976, 341; 26.5.1954 T. 8/18 sayılı 12.4.1944 T. 14/13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları)

Mutlak butlan sonuçları ise hukuk biliminde ve uygulamasında: 1 - Sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olduğu ve sonuç doğurmayacağı 2 - Bu geçersizliğin herkes tarafından ilri sürülebilmesi 3 - Sözleşmenin butlanla malul olduğu yolundaki iddianın zamanaşımına uğramayacağı 4 - Hakimin butlanı kendiliğinden (re`sen) gözönünde tutulması gerektiği 5 - Butlan sebebi ortadan kalksa dahi akdin geçerlik kazanamıyacağı, tarafların icazetinin sonuç doğurmayacağı 6 - Taraflar sözleşmenin gereğini aralarında anlaşarak yerine getirseler dahi, butlan ile malul hukuki işlemi, -meğer ki aynı muhteveda yeni bir sözleşme yapılmış olsun-, geçerli kılmayacağı 7 - Butlanın yargılama hukuku bakımından bir def`i değil, itiraz olduğu şeklinde belirlenmiştir. (Bkz. Prof. Dr. Sefa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Genel

Hükümler, İstanbul 1988, 7.Bası, Sh. 117 vd.; Tekinay Borçlar Hukuku, C.I, S.502 vd. Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 1987 s. 355 vd; Dr. Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983, s. 154).

Tapu kütüğünde tescil yapılmadan, şekil yokluğunu ileri sürme, hakkın kötüye kullanılması sayılamaz.

İsviçre Federal Mahkemesinin uygulaması da aynı doğrultudadır (Bkz. Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 1/1, Ankara 1985 Sh. 237-238; Le Journal des tribunaux 15.2.1987, No: 3, S. 70-78).

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz`ın da ifade ettikleri gibi, Medeni Kanunun 2. maddesinin tatbikinde çok ihtiyatlı ve basiretli olmak icabeder... Hüsnüniyet ve hakkın suistimali kat`i surette tarifi mümkün olan mefhumlar olmayıp, müphem ve geniş bir mahiyet arzeden mefhumlardır. Roma hukukunun doğumundan beri geçen ikibin seneden fazla bir zamandaki tekamülün neticesi olarak bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel hususi hukukun manası hukuki meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat`i ve açık prensiplerle halletmektir... Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar (Bkz. Schwarz, Medeni Hukuka Giriş, s. 197-198; Oğuzman Medeni Hukuk Dersleri, Giriş - Kaynaklar - Genel Kavramlar, İstanbul 1975 Sh. 184 dipn. 80).

İçtihadı Birleştirmeye konu olan olaylarda, -şekil, kamu düzeni düşüncesiyle kabul edildiği halde-, şekil yokluğu,- (şekil eksikliği değil)-, söz konusudur. Bu gibi hallerde şekil yokluğunu ileri sürmenin, hakkın kötüye kullanılması sayılmayacağı, bilimsel incelemelerde de dile getirilmiştir. (Bkz. Prof. Dr. Fevzi Necmettin Feyzioğlu, Medeni Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978 s. 183, Edis, age; s. 355).

İçtihadı Birleştirmeye konu olan olaylarda, kamu düzeni, şekil yokluğu ile butlan ve 3402 Sayılı Kadastro Kanunundaki özel hüküm hep birlikte bir arada bulunmaktadır. Medeni Kanunun 2. maddesinin bu hallerde uygulanması olanaklı değildir.

Yargıtay butlan bakımından görüşünü 22.11.1944 gün, 27/32 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının sonuç kısmının son paragrafında "Batıl olan bir aktin, alıcının hüsnüniyet yahut satıcının sebepsiz sözünden dönerek ahlak kaidelerine muhalif hareketi ile sıhhate inkilap etmeyeceği, malum bir keyfiyettir" diyerek açıkça belirtmiştir. (Bu içtihadı birleştirme kararının sadece tapusuz taşınmazlarla ilgili kısmı 9.10.1946 gün, 6/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla yürürlükten kalkmıştır).

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de çok yeni bir kararında aynı ilkeyi dile getirmiştir (Bkz. Jdt. 15.2.1987 No: 3, s. 70-78, İst. Barosu Dergisi Sayı 1987/7, 8, 9, Sh. 579). Bu kararda da belirtildiği gibi "şekil eksikliğini re`sen gözönüne alınacak bir butlan sebebi saymak ve bundan sonra Medeni Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasındaki yasak nedeniyle bu geçersizliği ortadan kaldırmak, mantiki de gelmemektedir.."

Ayrıca şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği açık olmayan, sınırda bulunan durumlarda da, M. K.nun 2. maddesinin uygulama olanağı yoktur. Nitekim bu içtihadı birleştirmede oylar ilk müzakerede 45`e karşı 46 Medeni Kanunun 2. maddesi uygulanailir, ikinci müzakeresinde 44 oya karşı 45 uygulanamaz, son müzakerede ise 44`e karşı 45 uygulanır olarak gerçekleşmiştir. Diğer deyişle sonuç Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Kompozisyonuna göre bir oyla değişmektedir.

Kanımızca, bu içtihadı birleştirmenin eleştiriye açık yönlerinden biri de uygulamada doğuracağı sakıncaları gözönünde bulundurmamış olmasıdır.

Bu içtihadı birleştirmeyle; birbirine bitişik iki araziden "kat mülkiyeti kanununa tabi olarak yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satın almaya ilişkin olanda" bu içtihat; fakat buna bitişik olan kat mülkiyeti kanununa tabi olarak yapımına başlanılmış bir faaliyet bulunmayan taşınmazdan bir bölümünün mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmelerde ise, Türk Medeni Kanununun yürürlükteki hükümleri uygulanacaktır. Böylece iki bitişik taşınmaz, farklı hükümlere tabi tutulacaktır. Bu sonucu Anayasa`nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesiyle bağdaştırmak ve ayrı hükümlerin uygulanmasını bu iki taşınmaz maliklerine ve bu taşınmazlarla ilgili mülkiyetin naklini amaçlayan sözleşme yapmış kişilere izah edebilmek de mümkün değildir. Getirilen bu ayrıcalık kanımızca isabetli olmamıştır.

Bu içtihadı birleştirme kararıyla sadece Medeni Kanun hükümlerine tabi taşınmazlar bakımından değil, 3402 Sayılı Kanuna tabi taşınmazlar bakımından da farklı uygulama getirilmektedir. Yeterli kültür ve eğitim hizmetlerini götüremediğimiz kişilerden harici satışların hukuki sonuç doğurması için 3402 Sayılı Kanun m. 13/B-b hükmü gereğince 10 yıllık zilyetlik koşulu aranacak, bu taşınmaza bitişik fakat İçtihadı Birleştirme kapsamına giren taşınmaz malikleri bakımından ise bu şart aranmadan harici satın almalar hukuki değer tanınacaktır. Bu sonucu paylaşmak mümkün değildir.

Bu içtihadı birleştirme kararı Medeni Kanunun 931 ve 917. maddelerinin uygulanmaları bakımından da büyük uyuşmazlıklara neden olacaktır. Medeni Kanun Eşya Hukukuna hakim olan prensipler büyük ölçüde değiştirilmiş olmaktadır.

Bu içtihadı birleştirme sadece Türk Medeni Kanunu hükümleri bakımından değil, diğer hukuk dalları bakımından da sakıncalı sonuçlar doğuracaktır.

Yabancı uyrukluların Türkiye`de taşınmaz edinmeleri bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu içtihadı birleştirmeyle tapulu taşınmazların resmi senetle satışına büyük bir istisna getirildiğinden, yabancıların taşınmaz edinmeleri yeterince takip edilemeyecektir.

Diğer yandan Türk Parasının kıymetini koruma hakkındaki 21.6.1984 Tarih ve 30 sayılı karar gereğince Yabancı uyruklulara ait taşınmazların satış paralarının bloke edilmesine ilişkin hükümlerin uygulanması da büyük ölçüde tehlikeye girmiştir.

İçtihadı birleştirmeyle varılan sonuç vergi hukuku bakımından, vergi mükelleflerini tesbit konusunda büyük karışıklığa neden olacaktır. Bugün uygulamada vergi mükelleflerini tesbit bakımından tapu kayıtlarından büyük ölçüde yararlanılıyordu. Örneğin iki taşınmazı olan bir kişi, vergi beyanında bulunmadıysa, birisinde kendisinin ikamet ettiği, diğerinden gelir sağladığı varsayımından hareketle vergi daireleri gerçeği arama durumuna gidebiliyorlardı. Bu içtihat bu imkanı da büyük ölçüde engellemiş olacaktır.

Bu içtihadı birleştirme ayrıca İcra Hukuku bakımından da tereddütlere ve ihtilaflara sebebiyet verecektir.

Bu içtihadı birleştirme kararı, çoğunluğun görüşünün aksine, kanımızca, hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacak, bilakis bugün günlük basına dahi yansıyan bir dairenin birden fazla kişiye satılması imkanını, daha da kolaylaştıracaktır. Mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması yasal zorunluluğuna rağmen bugün uygulamada görülen harici satışlar, daha da artma istidadı gösterecek, aktin resmi şekilde yapılmasını zorunlu kılmayan bu içtihat olumsuz etki yapacaktır. Nasıl ki haricen yapılan evlenmenin müşterek çocuklar meydana gelse dahi, geçerli bir evlilik olarak nüfusa tescili dava yoluyla ileri sürülemezse ve harici evliliğin geçersiz olduğuu ileri sürmek kötü niyetli bir davranış, hakkın suistimali olarak nitelendirilemezse, içtihadı birleştirmeye konu olan olayda da tapu kütüğüne tescil yapılmış bulunmadıkça, diğer ifadeyle ifa yerine getirilmedikçe, akdin şekil noksanlığıyla geçersiz, mutlak butlan ile hükümsüz olduğunu ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaz ve böyle bir geçersiz akde dayanılarak Medeni Kanunun 642. maddesi gereğince ifa (tescil talep etme) davası açılamaz.

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun 20. maddesinin 2/d bendiyle trafik araçları için dahi Noterlerce satış akdinin düzenlenmesi hükmü getirilirken içtihadı birleştirme kapsamına giren taşınmazlar için harici satışa geçerlilik tanınması kanımızca doğru olmamıştır.

Ayrıca, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyi niyet iddiasında bulunamıyacağınıda gözden uzak tutmamak gerekir. (MK. m.3.f.2).

Bu içtihadı birleştirme kararı, kanımızca kendi içinde de yeterince net değildir. Uzun sürenin niteliği, zamana, mekana ve kişiden kişiye değişik olacak, hukukun önemli unsurlarından biri olan istikrarın gerçekleşmesi de tehlikeye düşecektir.

Her ne kadar içtihadı birleştirme müzakerelerinde dile getirilmediyse de, M.K.nun 633. maddesinde bazı istisnai (ayrık) hallerde tescilden evvel dahi malik olma olanağının tanındığından bahisle, bunu örnek gösterecek içtihadı birleştirme kararında varılan sonucun doğru olduğunu söylemek, önceden ifade edelim ki, gerçekçi ve hukuksal olmayacak, yukarda belirtilen tehlikeleri ve sakıncaları ortadan kaldırmayacaktır.

Bütün bu nedenlerle saygıdeğer çoğunluğun görüşüne iştirak edemiyor ve içtihadı birleştirme kararında varılan sonucu paylaşamıyorum.

KARŞI OY YAZISI

1. Usule İlişkin Karşı Görüşüm:

Ön koşul olarak, kesin sınırlar çizmek suretiyle şu olayda "Dürüstlük Kuralları" uygulanabilir veya uygulanamaz şeklinde yanlış yoldan hareketle, MK.nun 2. maddesinin uygulama alanını kısıtlamak yasanın özüne ve sözüne aykırıdır. En önemlisi İçtihatların birleştirilmesi kararıyla çözüm şekli tehlikeli bir tutum yöntemdir.

Hayatın sonsuz tezahürleri vardır. Hiçbir zaman Ferdi ve Sosyal olaylar tam olarak birbirine benzerlik göstermemişlerdir. Her olay kendine özgü koşulları içinde oluşur ve gelişir. Muhakkak diğer olaylardan ayrılık gösteren saik ve amaçları vardır. Hüsnüniyet ve hakkın suistimali, kesin surette tarih mümkün olan kavramlar olmayıp müphem ve geniş mahiyet arz eden kavramlardır. Bu nedenlerle, dürüstlük kurallarının uygulanmasında peşinen kesin sınırlar çizmek maddeten imkansızdır, zamana, insana göre değişir. Rölatiftir. Şekli eksikliğini ileri sürmek iyi niyetle hareket etmenin sadece bir görüntüsüdür. İyiniyet veya kötü niyetin varlığı veya yokluğu (MK.md. 2'nin uygulanmasının gerekli olup olmadığı) her olayın kendine özgü oluşan koşul ve özelliklerine göre tesbit edilecektir. Bu nedenle henüz nasıl oluşacağını bilmemiz ve kestirmemiz maddeten mümkün olmayan bir olay esas alınıp ve.bu olaydan yola çıkarak, MK.nun 2. maddesinin uygulanmasının mümkün olup olmadığını ön hükümle kararlaştırmak imkansızlığı açıktır. Bunu, hakim, önüne gelen olayın özelliklerini, delillerini değerlendirerek çözümleyecektir, denildiğinde: Tevhidi İçtihatları amaçlanan yarar ne olacaktır? Bu durumda Tevhidi İçtihada gerek olmadığını kabul etmek daha isabetli bir karar olur. Gerçekten de böyle bir noktadan hareket ettiğimizde her olaya bir tevhidi içtihat çözümü getirilmesi gibi, hukuk ve yargılama düzenine ve Tevhidi İçtihad müessesesinin amacına aykırı, çok sakıncalı bir kapı açmış olacağımızıda kabul etmek gerekir. Ayrıca anılan maddenin amaç ve görevini, kendine özgü yüce işlerliğini dondurmuş, bundan böyle tamiri güç bir yolu tercih ettiğimizi söylemek aşırılık olmayacaktır kanaatındayım.

Öte yandan, 3.11.1980 gün 3/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla Yüce Yargıtay bu konuya benzer bir konuyu incelemiş ve sonuçta; "Objektif iyiniyet kuralının uygulanmasında kesin sınırlar koymaya imkan olmadığından ve her olayın özelliği nazara alınıp durumun değerlendirilmesi gerektiğinden uygulamaya ilişkin bu çelişkinin İçtihadı birleştirme yolu ile giderilmesine yer olmadığına.... " karar verilmiştir. 3.11. gün ve 3/2 sayılı bu Tevhidi İçtihat Kararıyla hukuka uygun isabetli bir karar verilmişken, şimdi bunun tam tersi bir karar ittihaz olunmuştur. 13u çelişki kamunun hukuka ve yargı erkine karşı güvenini sarsar. Bu nedenlerle, İçtihat aykırılığının, Tevhidi İçtihat Kararıyla giderilmesine yer olmadığına karar verilme gerekirdi görüşündeyim. 2. Esasa İlişkin Karşı Görüşüm:

a) Medeni Kanunun 2. maddesindeki dürüstlük (objektif hüsnüniyet) kuralı ancak KANUNDA ya da İLMİ ve KAZAİ İÇTİHATLARDA özel bir kural bulunmadığı takdirde uygulanabilir. Buna dürüstlük kuralının "İKİNCİLİĞİ" (taliliği prensibi) adı verilir. Anılan medde yasa koyucunun bir kural koymadığı alanlarda uygulanabilir (Prof Dr. Merz, "Bern Şerhi "1962. Cilt: 1, sh.239, N.49; Prof Dr. İsmet Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, Cilt V, 1984 İstanbul, Sh. 435). Dürüstlük kuralı, bu konu ile ilgili özel kanun hükümlerinin uygulanmasını tamamen ortadan kaldırmamaktadır.

Özel kanun hükümleri objektif, gerçek anlam ve değerlerini korurken, tamamen ihmal edilerek, doğrudan doğruya dürüstlük kuralına dayanılması genel hükmün özel hükme tercih edilmesi gibi hukuki bakımdan sakınca meydana getirecektir. Bunu gidermek için dürüstlük kuralının özel kanun alanında ancak bu hükümle bağdaşabildiği ölçüde kullanılması yönüne gidilmelidir (Schwarz, Sh.40; Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri (giriş); Kaynaklar, Temel Kurumlar 2. Bası, İst. 1975, Sh. 184, BGE 87, 11, 147; BGE 95,11,109: Prof dr. Bülent Köprülü, Medeni Hukuk, İst. 1979 Sh. 134,135).

J. W Hedemann; "Umumi Kaidelere Kaçış Hukuk ve Devlet İçin Tehlike" adlı yazısında: Yargı kararlarının hukuki uyuşmazlık ve sorunları, sadece umumi kaidelere (objektif Hüsnüniyet, Hakkın suistimali ahlak, amme intizamı vs.) yollama yapmak suretiyle çözümlemeye alışılmasından doğan tehlikelere dikkat çekerek, bu şekilde çözümleme kolaylığına uyulursa, hukuk ilmi ve hukuki emniyetin ortadan kalkacağını önemli ifade etmektedir.

(Ord.Prof.Dr.Andreas B.Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul-1948, Çeviren Doç.Dr. Bülend Davran, Sh.324, Not: 27; Sungurbey, age. , Sh. 436).

Yine Schwarz, (Medeni Hukuka Giriş, Çeviren, Dr.H.Veldet, İstanbul-1946 Sh.203/204 eserinde: MK.nun 2. maddesinin uygulanmasında çok ihtiyatlı ve basiretli olmak icab eder. Bu genel hükümleri sık sık uygulamak, yani hukuki meselelerin hallini bunlara dayandırmak, tehlikeli bir temayüldür. Bu yanlış bir hukuki metoddur; zira her hukuki meseleyi, şu keyfiyet hüsnüniyet kaidesi gereğindedir bu keyfiyet hüsnüniyete karşıdır. Şunu talep etmek bir hakkın suistimalidir, diyerek, basit, kolay ve müphem bir takım hakkaniyet duygularıyla çözümlemek tabiatıyla çok mümkündür. Çünkü nihayet hukuken doğru her çözüm şekli hüsniyete uygun olmak zorundadır ve her haksızlıkda bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir. Fakat her zaman bu bakımdan hareket edilecek olursa, bundan hukuki kat'iyyetsizlik ve emniyetsizlik doğar, zira hüsnüniyet ve hakkın kötüye kullanılması, kat'i surette talih mümkün olan mefhumlar olmayıp müphem ve geniş bir mahiyet arz eden mefhumlardır. Roma hukukunun doğumundan beri geçen ikibin seneden fazla bir zamandaki gelişmenin neticesi olarak bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki mes'eleleri sarih olmıyan hakkaniyet duygularıyla değil, kesin ve açık kurallarla çözümlemektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı, bu hedefi tehlikeye koyar, işbu iki esasın önemi çok büyüktür; fakat hukuki mes'elelerin halline bunlarla başlamayıp, her mes'eleye ona taallük eden özel hükmü uygulamak ve bu umumi kaideleri de fevkalede zaruri olan hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde uygulamak lazımdır" Dr.Karl Lorenz'de (Borçlar Hukuku Ders Kitabı) adlı eserinde yukarıda adı geçen yazarları şu sözlerle doğrulamaktadır.

"Hukuka yeni başlayanlar Alman Medeni Kanunu " 242'ye (Türk Medeni Kanunu 2. maddesi) dayanarak Kanunun özenle gözönünde tutulması ve derinlemesine düşünme çabasından kaçınmak ve çabucak hakkaniyet hükümleri verme tehlikesine karşı ne kadar uyarılsa azdır (Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, Cilt: II, İstanbul-1974,Sh.123, Cilt: V, Sh.438).

Yine İsviçre-Türk Hukukunda tam bir görüş birliğiyle belirtildiği üzere MK.nun 2'sindeki hakkın kötüye kullanılması yasağının ikinci derecede ve düzeltici bir görevi vardır. Kanunun doğrudan ya da kıyasen uygulanması mümkün ve gerekli olan kural ve ilkeleri; hakkın kötüye kullanılması yasağından söz edilerek ortadan kaldırılamaz. (Prof.Dr.Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara-1979, Sh.322; Dr. Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul-1980, Sh.307).

b) Şimdi bu anlatımlardan sonra Tevhidi İçtihat konumuzla ilgili kanunda ya da ilmi ve kazai İçtihatlardaki özel kuralları açıklamaya sıra gelmiştir: Taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmeler resmi biçimde yapılmış bulunmadıkca geçerli olamazlar (MK.md.634; BK.md.213 ; Tapu Kanunu md.26; Noterlik Kanunu md.60/3,89). MK.nun 634. maddesinin birinci cümlesinde öngörülen şekil tarafların irade beyanlarının devletçe görevlendirilen resmi bir memur tarafından yazılı olarak tesbiti, düzenleme ve belgelenmesidir.

22.11.1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddesiyle "mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara..... mütedair- resmi senetlerin tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından tanzim" edileceği açıkca belirtilmiştir.

BK.md.11/2'ye göre, kanunun öngördüğü bir şeklin kapsamı ve sonuçları için başkaca bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadıkça akit geçerli olmaz. Geçerlik şartı olarak kanunda öngörülen şekle "Kanuni şekil" denir.

Tapu sicil muhafızı veya memuru önünde, Kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan her türlü taşınmaz mal satışına "Harici Satış" adı verilir. Hukuken geçersizdir. Buradaki geçersizlik butlan hükmüne tabidir. Batıl bir akit başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki muamele olup, hiç bir zaman geçerlilik kazanmayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuçta doğurmaz. Bu nedenle butlan zamanla ortadan kalkmaz, tarafların icazet ve onanır ile veya edimlerin ifası ile sıhhat kazanmaz. Butlan sebebi ilerde ortadan kalksa bile sonuç değişmez. Kanun butlan müeyyidesini ilke olarak Kamu yararı gerekçesiyle düzenlenmiştir. Bu nedenle hakim butlanı doğrudan doğruya gözönünde tutmak zorundadır. Butlan geçersizlik sonuçlarını kendiliginden doğurduğundan bir akdin butlanını dava etmeye de gerek yoktur. Batıl bir akit başlangıçtan beri hiç bir hukuki sonuç doğurmaz. Kanunda öngörülen şekil şartı buyurucu nitelikte olduğu için taraflar anlaşarak bunu bertaraf edemezler. Böyle bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak kural olarak ahlaka aykırılık teşkil etmez. Batıl bir akde dayanarak edimini ifa eden borçlu, bu edim geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığı için ancak, yerine göre ya mülkiyet (istikhak) davasıyla (MK.md.618-939) veya sebepsiz zenginleşme davasıyla (BK.md.61 vd) verdiğini geri isteyebilir. (10.7.1940 gün 2/77; 26.5.1954 gün ve 8/18 ve 12.4.1944 gün ve 14/13 sayılı Yargıtay Tevhidi İçtihat Kararları, Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: I, 1952, Çeviren Avukat Cevat Edege, Sh.234,235 vd; Oser/Schönenberger, Borçlar Hukuku, Recai Seçkin Çevirisi; Becker, İsviçre

Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, Dr. Kemal Recioğlu Çevirisi). Anılan Tevhidi İçtihatlardan 10.7.1940 gün 2/77 sayılı olanın "Harici taşınmaz mal satımında " alıcı ve satıcının hak ve borçlarını ve bu satımın hukuki niteliğini açıkca tesbit etmiş olması açısından özet olarak buraya almakta yarar görüyorum:

"Haricen taşınmaz satılıpta bedeli satana ve taşınmaz da alana teslim ve bu suretle taşınmaz alanın intifaına (kullanımına) terk edildiği ve sonradan bunlardan biri ferağdan veya teferruğdan imtina ettiği takdirde muteber olmayan bu satım zımmında her iki taraf verdiğini istirdada hakkı vardır. Ancak, alıcı satış bedelinin iadesine kadar taşınmazı işgal edebilir ve bu yüzden kendisinden semereleri tazmin veya ecrimisil istenemez. "

7.10.1953 gün 8/7 sayılı Tevhidi İçtihat Kararı da bunu ve diğerlerini doğrulamakta olup yıllarca Yargıtay Genel Kurul ve Hukuk daireleri temel bu ilkelerden ayrılmaksızın uyuşmazlıklar çözmüşlerdir.

c) Bir ayın hak olan mülkiyet ile sınırlı ayın hakların kazanılması sebebe bağlı (İLLİ) dir. (MK.md 932;933)

Taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunun hukuken geçerli ifası tapuda yapılan bir tescil işlemi ile ancak yerine getirilmiş olur. Türk-İsviçre hukukunda bazı istisnai hükümler ayak tutulduğunda (BK.md.238/I; MK.md.611) ifanın sakat bir işleme sıhhat kazandıracağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Yargıtay ve Federal Mahkeme kararlarının kabulü de bu şekildedir. Tapuda tescil işlemi dışında ifa hareketlerine girişilmesi, örneğin; tevhidi içtihatta konusunda olduğu gibi "Kat mülkiyetine tabi olarak yapımına başlanılan binanın bağımsız bir bölümünün tamamlanarak alıcıya teslim edilmesi, alıcının da satış bedelini ödemesi şeklinde belirecek maddi olgular az yukarıda açıklandığı üzere Hukuki anlamda "İFA" olarak kabul edilemeyecektir. Hukuken korunmaya değer bir ifa söz konusu olmadığı için, ayni hakların resmi şekilde ilgili açık hükümleri karşısında, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için dahi olsa diğer taraf tescile zorlanamaz. Zira; Medeni Kanunun 2. maddesi hak ve borcun varolduğu hallerde bunların kullanılması ve yerine getirilmesinde uygulanacak kuralı göstermiştir. Öncelikle davacı isteminde haklı olmalıdır ki iyi niyet ve kötüniyet tartışma konusu edilebilsin.

Sayın çoğunluk "İFANIN" hukuki tanımında yanılgıya düşerek hareket ettiği için yanlış sonuca kavuşmuş bulunmaktadır.

MK.nun 2. maddesi, ancak hukuken geçerli bir ifanın vucut bulması halinde devreye girebilir. Şöyleki: "Haricen satışlarda" satılan taşınmazın mülkiyeti tescile dayanak olmayacağından alacaklıya intikal etmez. Çünkü şekil şartına uyulmadan yapılmış böyle bir satış akdine dayanılarak mülkiyet hakkı alacaklı namına tescil edilemez. Alıcı MK.md.642/I'e göre satıcıya karşı, tescile zorlama davası açamaz. Bununla birlikte istisnaen de olsa, satıcı, geçerli olmayan böyle bir satış akdine dayanarak tescil talebinde bulunmuş ve Tapu Sicil Mahafızı veya memuru tarafından da her nasılsa tescil yapılmış. Her iki tarafta edimlerini yerine getirmiş ve bundan sonrada aradan uzun bit süre geçmişse artık satıcı şekle aykırılık nedeni ile akdin geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder ve yolsuz tescil geçerliliğini kor İşte ancak bu durumda MK.nun 2. maddesi devreye girme imkanına sahip olabilecektir. Yolsuz tescilin tabi olduğu iptal hükümlerini tamamlayıcı ve düzeltici fonksiyonuyla ifa edecektir. Diğer bir ifadeyle MK.md.2 sayesinde işleme daha müsamahalı gözle bakılarak şekil eksikliğinden doğan butlan tedavi edilmiş olacaktır.

(Akipek, Türk Eşya Hukuku, C:II, Sh.107; Oğuzman-Seliçi, Eşya Hukuku, İstanbul-1975, Sh.286;, Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara-1974,Sh. 176-177; İBK. 10.7.1940 T.2/77; İBK. 5.7.1944 T.12/26: İBK. 30.4.1940, 47 K.,HGK. 11.3.1953 T.2/9: BGE 90 II 154 JDT 1964; BGE 87 II 121 = JDT 1961 1560; HGK. 21.3.1986 14/541-257; BGE 104 II 99 = JDT 1979 I 16 ve BGE 90 II 21 = JDT 1964 I 528).

d) Taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğuran muamelelerin resmi şekle tabi tutulmasıyla güdülen amaçlar şu şekilde özetlenebilir:

Taşınmaz mallar taraflar kadar toplumu da ilgilendirir. Resmi şekil sadece tarafları çabuk kararlar almaya karşı korumaya ve onları resmi memurun, bir uzmanın önerilerini almaya yöneltmez; hukuki muamelenin konusunu açık olarak belirterek delillerin muhafazasını ve Hukuk güvenliğini de sağlar. İsbat yükü ve kolaylığı yönünden de kesin bir delil teşkil eder. Diğer bir ifadeyle şekil kuralı sayesinde tapu siciline yapılacak tescil işlemi için Sıhhatli ve güvenilir dayanak elde edilmiş olunur. Yasa koyucunun, resmi şekli öngörürken taraflar yanında, genel yararı muhafazaya yönelik yukarıda belirtilen

hususları gözönüne aldığı bir gerçektir (Akipek, Türk Eşya Hukuku E.II Mülkiyet, Ankara-1973, Sh. 104, Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri, Ankara-1967, Sh. 267, İBK. 7.15.1953 T., 817 K.; Postacıoğlu, Gayrimenkul Ferağına Ait Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İst.1945, Sh.68 vd.; Gürsoy-Eren-Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara-1978, Sh. 504).

İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Jdt.15.2.1987 No: 3; 5.70-78, Çev.Doç.Dr. Hasan Erman, İstanbul Barosu Dergisi 1987, cilt: 31, Say. 7,8,9). Tapu sicili, içerisine taşınmazların "kayıt" olunduğu bir defter, bir sicildir. Bu defter içine, yazılı belli bir taşınmazın hukuki durumunu, Fiziki ve geometrik özellikleri gösterir. Bu deftere "Tapu kütüğü" adı verilir. Kütük MK.md:7 anlamında Resmi bir belgedir. MK.nun 910. maddesi gereğince, tapu sicilindeki kayıtlar; bir taşınmazın ilk defa kütüğün bir sahifesine yazılmasına ve bu suretle belli bir arz parçasının hukuken ferdileştirilmesi ve tedavülü mümkün hale getirilmesini sağlar. Taşınmaz kavramı Tapu Siciline bağlıdır. Sicile bakılarak tayin edilir. Her taşınmaz tapu sicili hukukuna tabidir. Tapu sicil hukukuna bağlı her şey taşınmaz maldır. Bu emredici bir hukuk kuralıdır. Bu sürede; Hukuki işlemler hakkında belirlilik, açıklık ve kamu güvenliği sağlanır. Taşınmaza ilişkin hukuki işlemler belli düzen ve disiplin içine alınmış olunmaktadır. Kamu otoritesinin sağladığı bu güvenlik devamlılıktan toplum yarar görür. Demekki, resmi şekil ile tapu sicili düzeninde kamu yararının varlığının kabulü zorunludur.

Sayın çoğunluğun, bu açıklığı kabul etmeyerek resmi biçimin sadece tarafları koruyacağını benimsemesi, harici satımlara geçerlik izafe ederek, Tapu sicil düzenini kısmen de olsa ortadan kaldırmasına katılmak mümkün değildir. Belirtilen toplum yararı örselenmiştir. Bunun sonucunda toplumun sayısız ihtilaf ve kargaşalıklara maruz kalacağını söylemek yerinde olacaktır.

e) Tevhidi İçtihadın şimdilik akla gelebilen diğer olumsuz etki ve çelişkileri:

3402 sayılı Kadastro Kanununun 13/b maddesi "Harici Satım'a hukuki geçerlik tanırken, tapu dışı yapılan iktisap tarihinden itibaren en az 10 yılın geçmesini ön koşul olarak aramaktadır. Bu ilke bundan evvelki kanunlarda da mevcut idi ve yıllardır mahkemelerde uygulana gelmiştir.

Bir tasfiye kanunu olarak taşınmazları bir an evvel tapuya bağlayıp hukuki durumlarını tesbit etmek çabasında olan anılan Kadastro Kanunu dahi "Harici Satımların " hukuki geçerlik kazanmalarını 10

yıllık süre koşuluna dayandırma ihtiyacını duymuştur. Halbuki biz, tasfiye kanunlarında güdülen amaçlara benzer bir ihtiyaç ve gerekte olmadığı halde mer'i kanun ve hükümlerin MK.md.634: BK.md.213; Tapu K.md.26; Noterlik Kanunu md.89) amaç ve sözleri dışında "uzun süre" adı altında, herkese göre değişebilen, belirsiz keyfiliğe yol açabilecek bir unsuru kabul ederek "Harici Satım'a Hukuki geçerlik kazandırmamız hiçbir suretle kabul edilemez. Öte yandan neden sadece kat mülkiyetine tabi olarak inşaatına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm alan kişilerin haklarının korunmasında ısrar edildiğini anlamakta güçtür. Gerçekten de Belediye hudutları içinde İmar Kanununa tabi daire satın alan kişinin iktisabı harici sözleşme ile geçerli olacak, hemen bunun bitişiğinde, her nasılsa imar sınırı dışında kalmış daireyi, tüm borçlarını eda ederek satın alan kişinin harici satım akd geçersiz kabul edilecektir. Bunun yanında, köylerce tarla satınalan veya zilyet olan köylü vatandaşın durumu da aynı adaletsizlik içinde mütalaa edilecektir. Bu ayrılacığın izahı mümkün değildir. Ya tamamen, Resmi şekil hukuk ve düzenini kaldıracaksınız veya ayrıcalık getirmeyeceksiniz. Bunun başka türlü telifi yapılamaz. Kaldı ki, yarın kat mülkiyetine tabi olmıyan (şehirde imar dışında kalan veya köylerdeki taşla gibi taşınmazlar) fakat Tevhidi İçtihadın diğer koşullarına tamamen uygun düşen bir taşınmaz mala ilişkin uyuşmazlık önümüze geldiğinde MK.nun 2. maddesini uygulamamak için hangi makul, mantıki hukuki bir nedene dayanacağımızı bulamıyorum. Her halde, bu haktan (MK.md.2) yararlanması gereken taşınmaz mal, kat mülkiyetine tabidir; Sizinki tabi olmadığı için yararlanamayacaksınız gibi hukuk ve adalet dışı cevap verileceği düşünülmemelidir.

Örneklerle açıkladığım üzere: Köydeki tarlalar; şehirlerde imar kanununa tabi olan veya olmıyan taşınmaz mallar arasında, mülk edinme şartlarında ayağın getiren, adaletsiz sonuçlar doğuran ve böylece Anayasamızın 10. maddesinde anlamını bulan "Kanun önünde eşitlik" ilkesine ters düşen karara katılamıyorum.

Gerçekten de "Herkesin Kanunlar önünde eşitliği " şeklinde Anayasanın 10 uncu maddesinde hükme bağlanan Temel Haklar ihlal edilmiş bulunmaktadır.

-Yasama, yargı ve yürütme organlarının yıllardır süre gelen ortaklaşa çabası Yurdun tüm taşınmazlarını tapu güvenliğine almak olmuştur. Bu nedenle Tapulama Kanunları çıkartılmıştır. Amaç taşınmazları Harita ve Tapuya bağlayarak hukuki Emniyet ve düzenin bir an evvel sağlanmasıdır. Bu cümleden

olarak, daha çok yeni (21.6.1987 tarihli) 3402 sayılı Kadastro Kanununun 1. maddesine bakmak, Tapu Sicili düzenlemesine yasa koyucunun verdiği önemi belirtmek açısından yeterlidir.

3402 sayılı Kanun madde "Bu Kanunun amacı, memleketin Kadostral, topoğrafik haritasına dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukuki durumlarını tesbit etmek ve bu suretle Türk Medeni Kanununun öngördüğü Tapu sicilini kurmaktır. Harici satışın benimsenmesiyle yasa koyucunun tapu siciline verdiği önemin değeri kalmamaktadır. Bir taşınmazı satın almak isteyen vatandaşın taşınmazın gerçek güvenilir hukuki durumunu devlet teminatı altında bilmesi en doğal hakkıdır. Tevhidi İçtihatla getirilen yeni durum karşısında, vatandaş Tapu Sicili dışında neye güveneceğini bilemeyecek, Devletin garantisinden yoksun kalacaktır. Kötü niyetli kişilerin maksatlı davranışlarına yol açılacaktır. Ayrıca tapu sicilin ispat hukukuna sağladığı yararlar kaldırılmış olacak, yargılamada güçlükler ve uyuşmazlıklar daha çok artacaktır.

-Vatandaş Tapuya müracaat etmekle etmemek arasında bir fark ve yarar göremeyeceği için vergi ve Harçlardan kaçınma yolunu seçecek bundan da devlet zarar görecektir.

-Yıllardır Araçların harici satışından doğan uyuşmazlıkların getirdiği zararları yargı organları çok bilmektedir. Yasa koyucu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 20. maddesi ile araç satışlarını resmi şekle bağlamış bu alanda hukuki güveni kurarak uyuşmazlıklara son vermiştir. Yine aynı amaçla 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası da resmi şekil şartını önermektedir. Tüm bunlara karşın taşınmaz satışlarında resmi şekil dışında bir şekil yaratmak yanlış bir yorumdur. Birde çarpıcı örnek vermek istiyorum. Kat mülkiyetine tabi bir taşınmazın müteahhidi birden fazla kişilere, aynı daireyi Harici satım sözleşmesi ile aynı günde satılabilir. Alıcılarda müteahhidin bu davranışını bilmeden daireyi satın almış olabilirler. Bu durumda hangi alıcının hakları korunacaktır? Tevhidi İçtihada göre Müteahhitten daireyi teslim alanın hakları hukuken korunacaktır. İşte bu durumda, alıcıların kötüniyetli müteahhidin tek taraflı iradesine mahkum edilecekleri açıkca söylenebilir. Belkide alıcı, müteahhidin sözleşme dışı para tekliflerini kabul zorunda kalacaktır. Zira haklılık için mühim olan müteahhidi memnun edip daireyi fiilen teslim almaktır. Bunun gibi şimdiden tahmin edilmesi güç sayısız, hukuk dışı olaylarla karşılaşacağını kabul etmek gerekir. Tevhidi. İçtihadın konusu ve şartları içinde bulunan alıcının durumu da değerlendirilmelidir. En azından satıcı ile gayri menkul satış vaadi sözleşmesi yapma olanağına sahip

iken ve bu konuda kendisinden beklenen ihtimamı göstermeden tapulu taşınmazı haricen almayı yeğliyen kişinin iyi niyetinden söz edilemez (MK.md.3).

- Tevhidi İçtihattaki maddi olgunun sübutu halinde ve özellikle satıcının hareket tarzı sebebiyle BK.nun.41/II. maddesi uyarınca zararın tazmini gündeme getirilebilir.

- Tevhidi İçtihat bir ay farkla cılız bir şekilde doğmuştur. Buna rağmen, üzüntüyle kaydetmek gerekirki az yukarıda açıklanan Anayasa, Medeni, Borçlar, Tapu, Noterlik, Kat Mülkiyeti, Kadastro Kanunlarına, Tevhidi İçtihat ve Federal Mahkeme Kararlarına, Hukukun Ana Temel Kavram ve Müesseselerine ilişkin çelişkili yaşamını az da olsa sürdürecektir. Bu Tevhidi İçtihat ile münferit bir olayın (Kat mülkiyetine tabi taşınmazların harici satanı) çözümüne çare ararken Hukuk düzeninin, kanunların sistematiğini ve birbiriyle olan makamını bozduğumuzu kabul etmek zorundayız. Yarar sağlamaya çalışırken, zarar hasıl olmuştur. Temel hukuki müesseseler, kurallar, kanunlar, sosyal, ekonomik ve kültürel, tarihsel ve gelişim içinde zarar ve yararları göz-ölüp tartışılarak kabul edilmiştir. Bunlar kolaylıkla, ihmal edilemezler. Bu nitelikte,açık ve seçik Kan hükümleri, Yargıtay İçtihatları yürürlükte iken MK.nun 2. maddesi ile uyuşmazlıkları çözümlemeye girişmek, maddeyi her yere sokmak, çok tehlikelidir. Hukuk ilminin ve Hukuki emniyetin ortadan kalkması ve tehlikenin başlıcalarındandır. Yüce Yargıtayın açık kanun hükümlerini bu çapta daraltabilmesinin üstün görülemeyeceği kanaatındayım. Bu nedenlerle Yüce Kurulun sayın Çoğunluğunun görüşlerine katılamıyorum.

KARŞI OY YAZISI

Kat mülkiyetine tabi olmak üzere yapımına başlanan tapulu taşınmazdan resmi şekil şartına uyulmadan adi senetle veya sözlü olarak bağımsız bölüm satın alan ve satış bedelini tamamen ödeyen alıcının taşınmazı teslim aldıktan ve bir süre oturduktan sonra açtığı tescil davasına karşı satıcının, sözleşmenin resmi şekilde yapılmadığından dolayı geçersiz olduğunu ileri sürmesinin hakkın suistimali sayılıp sayılamayacağı ve bağımsız bölümün alıcı adına tesciline karar. verilip verilemeyeceği hususu, içtihadı birleştirmenin konusunu teşkil etmektedir.

Tapulu taşınmazların yasada öngörülen resmi şekle uyulmadan yapılan satışının geçersiz olduğu; alıcının satış bedelini ödeyerek taşınmazı teslim almış ve bir süreden beri oturmuş olmasının sözleşmeyi geçerli hale getirmeyeceği; geçersiz sözleşmeye dayanılarak tescile karar verilemeyeceği yönleri

uyuşmazlık konusu değildir. Ancak, Türk-İsviçre öğretisinde ve uygulamasında baskın olan görüşe göre, sözleşme resmi şekilde düzenlenirken taraflarca veya sözleşmeyi düzenleyen resmi memur tarafından meydana getirilen bir takım şekil eksikliklerine rağmen taraflar bu durumu bile bile serbest iradeleriyle edimlerini yerine getirmişlerse, yani alıcı satış bedelini ödemiş ve satıcıda tapuda ferağ vermiş ise artık bundan sonra tarafların şekil eksikliğini ileri sürerek tapunun iptalini işlemelerinin Medeni Kanunun 2. maddesindeki objektif iyiniyet kuralı ile bağdaşmayacağı ve hakkın kötüye kullanılması sayılacağından böyle bir iddianın dinlenemeyeceği kabul edilmektedir. Bu durumda dahi her somut olayın özelliğine göre hakimin şekil eksikliğine dayanmanın hakkın suistimali sayılıp sayılamayacağını ayrıca değerlendirmesi gerekir denilmektedir. Görülüyor ki burada eksik de olsa resmi şekilde yapılmış bir sözleşme vardır ve tapuda tescil işlemi yapılmıştır. Oysa, İçtihadı birleştirmeye konu olan olaylarda taraflar resmi memur önüne hiç gitmemişler ve tapuda tescil işlerinde yapılmamıştır. Bu durumda şekil eksikliği değil şekil yokluğu söz konusudur ve sözleşmenin ifa edildiğinden de söz edilemez.4Tapulu taşınmazların satışında sadece teslim ile sözleşme ifa edilmiş sayılamaz. İfa, ancak tescil ile mümkündür. Öyle ise şekil yokluğu halinde yukarıdaki görüşe dayanılarak tescile karar verilmesi mümkün değildir. Aksi halde, tapulu taşınmazların satışında resmi şekil şartı tümüyle ortadan kaldırılmış olur. Esasen öğretide ve uygulamada şekil yokluğu halinde de Medeni Kanunun 2. maddesine dayanılarak tescile karar verilebileceği yolunda yerleşmiş bir görüş mevcut değildir.

İçtihadı birleştirmeye konu olan kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm satışlarında yukarıdaki ilkeden ayrılmak ve şekil yokluğuna rağmen Medeni Kanunun 2. maddesine dayanılarak tescile karar vermek mümkün müdür? Kat mülkiyeti olgusu böyle bir sapmayı haklı kılabilir mi? Öteki taşınmazlarla kat mülkiyetine tabi taşınmazlar arasında satış yönünden bir ayırım yapılabilirmi? Kanunlarımızda taşınmazın cinsine göre herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bütün tapulu taşınmazların satışı aynı kurallara bağlanmıştır. Böyle bir ayırıma öğretide ve uygulamada da yer verilmemiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda da satış konusunda Medeni Kanun hükümlerinden farklı hiç bir hüküm yer almamıştır. Buna karşın, içtihadı birleştirme görüşmeleri sırasında karşı görüş sahipleri, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm satışlarının öteki taşınmaz satışlarına nazaran uygulamada bir takım özellikler gösterdiğini, bu durumun gözönünde bulundurularak resmi şekil şartının burada katı bir şekilde uygulanamayacağını, aksi halde hakkın kötüye kullanılmasına göz yumulmuş olacağını, bu nedenle resmi Şekle hiç uyulmamış olsa bile konu ile sınırlı bir içtihat konulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Oysa, ayrı birer özellik olarak ileri sürdükleri hususlar öteki taşınmaz satışlarında da söz konusu

olabilecek olgulardır. Örneğin, satış bedelinin önceden ödenmesi ve bu para ile bir binanın inşa edilmesi ve taşınmazın teslim edilmesi, alıcının uzun bir süre oturması gibi hususlar kat mülkiyetine tabi olmayan öteki taşınmazların adi satışlarında da söz konusu olabilir. Bina henüz yapılmadan topraktan veya temelden bağımsız bölüm satışları da gayrımenkul satışıdır ve resmi şekle tabidir. Satıcı olan müteahhit için o sırada tapu verilmesinin zorluğu sözleşmenin resmi şekilde yapılmasını imkansız kılmaz. İmkansızlık varsa zaten sözleşme Borçlar Kanununun 20. maddesi gereğince batıl olur. Taraflar noterde satış vaadi sözleşmesi yapabilecekleri gibi (24.4.1987 tarih ve 1978/3-4 sayılı İBK.), tapuda arsa hisse satışı da yapabilirler veya inşaata başlanmadan kat irtifakı kurulabileceğinden irtifak hakla satışı için noterde veya tapuda işlem yapabilirler. Görülüyor ki bu aşamada da resmi satış senedi veya satış vaadi senedi düzenlenmesi mümkündür ve yasal zorunluluktur. Alıcının sadece satıcıya güvenmiş olması veya satıcı tarafından kendisinde güven duygusu yaratılmış olması adi satışı geçerlilik kazandırmaz. Çünkü bütün adi satışlarda böyle bir güven vardır. Buna rağmen kanun resmi şekilde yapılmayan satış sözleşmelerini geçersiz saymıştır. Buradaki resim şekil şartı sadece tarafların yararlarını korumak için değil; enaz onun kadar, hatta ondan daha çok kamu yararını ve kamu düzenini korumak için konulmuştur. Devletin, taşınmazları tapuya bağlaması ve tapulu taşınmazlar üzerindeki ayni hakların devrine resmi memur aracılığıyla katılması sadece tarafların çıkarların korumak için değildir. Devletin buradaki işlevi kamu düzenini ve kamu yararını korumak amacına yöneliktir. Onun için taraflar kendi arzuları ile resmi şekil şartından vazgeçemezler. Devlet kendisi için önem taşıyan resmi şekil şartına uyulmamasının yaptırımını da göstermiş, bu durumda sözleşmenin geçersiz sayılacağı koyduğu yasa hükmü ile bildirmiştir. Görülüyorki resmi şekil şartının böyle çift bir işlemi vardır.

Resmi şekil şartına hiç uyulmamışsa, yani şekil yokluğu söz konusu ise, bu durumun ileri sürülmesi dürüstlüğe aykırı sayılsa bile sözleşme gene geçersiz olmaya devam eder ve tescile karar verilemez. Medeni Kanunun 2. maddesindeki iyiniyet kuralı şekil yokluğunu ortadan kaldırmaz ve resmi şekil yerine geçemez. Geçerli bir sözleşme kurulmadığı için sözleşmenin ifası da istenemez. Ancak satıcı, sözleşmeden önceki davranışları ile alıcıya, ileride geçerli bir sözleşme kurulacağı konusunda güven vermiş, onda güven duygusu uyandırmış fakat sonradan geçerli sözleşme kurulmasından kaçınmış ise, satıcının bu hareketi kusur sayılır ve alıcı bu yüzden uğradığı menfi zararlarının ödetilmesini isteyebilir (von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt: 1-2, Cevat Edege çevirisi, Ankara-1983, Sh.232, dipnot: 27).Fakat geçerli bir sözleşme kurulmuş gibi ifa talebinde bulunamaz ve olumlu zararının ödetilmesini veya ifa menfaatini talep edemez.

Öte yandan uygulamada bu içtihadı birleştirme kararı bir takım karışıklıklara ve farklı uygulamalara yol açacak niteliktedir. Kat mülkiyetine tabi olmak üzere yapımına başlanan taşınmazda ileride kat infilaki veya kat mülkiyeti kurulmazsa adi satış gene geçerli sayılacakmıdır? Sözleşmenin ifası nasıl sağlanacaktır? Hangi aşamada yapılan satışlar geçerli sayılacakdır? Bina inşa edilip bittikten sonra veya bilmek üzere iken yapılan satışlarda geçerli olacakmıdır? Topraktan ve temelden bağımsız bölüm satın alanlarla daha sonraki aşamalarda bağımsız bölüm satın alanlar arasında içtihadı birleştirme kararının uygulanması yönünden bir fark olacakmıdır? Aynı binadan çeşitli aşamalarda ve çeşitli tarihlerde adi senetle bağımsız bölümler satın alanların farklı uygulamalara maruz kalmaları nasıl haklı gösterilebilecektir. Bütün bu sorunlara içtihadı birleştirme kararında bir çözüm getirilmemiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, resmi şekil yokluğu halinde tescile karar verilemeyeceği, koşulları varsa sadece tazminat talep edilebileceği görüşünde olduğundan içtihadı birleştirme kararında varılan sonuca katılmıyorum.

KARŞI OY YAZISI
30.9.1988 günlü "İÇTİHADI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU" toplantısı; 2797 sayılı Yargıtay Kanunu ve 29.8.1983 günlü "Yargıtay İç Yönetmeliği" hükümlerine aykırı yapılmış ve karar oluşturulmuştur.

Şöyleki:

1) Yargıtay Kanununun 8. ve İç Yönetmeliğin 15. maddesine göre; "İÇTİHADI BİRLEŞTİRME GENEL KURULU"nun toplanma yeter sayısı için zorunlu olan beş adet ceza dairesi başkanı toplantıda hazır bulunmamıştır. Yargıtay Kanununun az önce sözü edilen 8. maddesinin son fıkrası ve Yönetmeliğin aynı maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre;

"Başkanların yeter sayısı diğer başkanlarla doldurulmak mümkün oldukça en kıdemli üye ile doldurulamaz". Sözü geçen toplantıda, Sn. 3. Ceza Dairesi Başkanı ile Sn. 5. Ceza Dairesi Başkanları yerine adı geçen dairelerin en kıdemli üyelerinin başkan vekili kabul edilip bu suretle eksik olan kanuni başkan adedinin tamamlandığı gerekçesiyle karar alınması mümkün değildir.

2) İçtihadı birleştirme konusunun son görüşmesinde (30.9.988 günü) bir kısım üyelerin istemi ile iç yönetmeliğin 27. maddesi uyarınca "ÖN SORUN" olarak, içtihatların birleştirilmesine gerek bulunup bulunmadığına ilişkin görüşme yapılmış ve bu husus oylanmıştır. Oylama sonunda 57 üye görüşmenin yapılmasına gerek yoktur demiş 37 üye ise görüşmelerin yapılması gerektiği yolunda oy kullanmışlardır. Bu sonuca göre karar sayısı olan 2/3 çoğunluğun sağlanamadığı tartışmasızdır. İç yönetmeliğin 28. maddesine göre hukuk ve ceza genel kurullarında toplantıda bulunanların 2/3 oyu ile karar verilir. 1.toplantıda 2/3 oy çoğunluğu sağlanamazsa 2. toplantıda(İçtihadı birleştirme toplantılarında 3. toplantıda)bulunanların çoğunluğu ile karar verilir. Bu ilke ÖN SORUNUN hallinde de aynen uygulanır. İç yönetmeliğin bu açık hükmü karşısında ön sorun ile ilgili oylamanın sonucuna göre ön sorun görüşmelerinin 2. ve 3. toplantıya bırakılıp yeniden oylamaya başvurulması ve hasıl olacak sonuca göre görüşmeye devam edilip edilmeyeceğinin karara bağlanması gerekmekte idi. Yüce genel kurulda böyle yapılmamış ilk oylamada 2/3 çoğunluk elde edilemediğinden dolayı esas hakkındaki görüşmelere geçilmiş görüşmelere devam edilmiş ve aynı gün esasla ilgili olarak karar alınmıştır.

Bu nedenlerle usul yönünden,

Esas ile ilgili olarak da, sayın Turgut Uygur tarafından açıklanan gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.

KARŞI OY YAZISI

Kamu düzeni ile ilgili emredici Hukuk kaidelerine rağmen İçtihadı Birleştirme konusunu MK.nun 2. maddesi hükümlerine göre halledebilir miyiz sorusuna bu açıdan yaklaşmak istiyorum.

Ord. Prof. Dr. H. V. V. , Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk adlı 1956 yılı 2. basım kitabında (Shf. 33) Medeni kanun kaidelerinin mahiyetlerine göre tatbiki bahsinde:

MK.nun ihtiva ettiği kaidelerin hepsi aynı hukuki mahiyeti, daha doğrusu aynı kuvveti haiz değildir: Bazılarının tatbiki mutlak surette mecburi olduğu halde, bazılarınınkine bu mecburiyet yoktur. Bu keyfiyet kanun kaidelerinin ferde tanıdığı veya tanımadığı hareket serbestliği ile ölçülür. İşte bu itibarladır k hukuk kaideleri bu bakımdan bir takım nevilere ayrılmaktadır. Bunlardan emredici hukuk

kaideleri ve amme intizamı: Emredici kaideler mutlaka riayeti mecburi olan kaidelerdir. Bunlara eski tabirle "ahkamı amire", "amir hükümler" dahi denilir. Bazen "tatbiki mecburi hukuk kaideleri" namı da verilir. İsmi ne olursa olsun, bu nevi hukuk kaidelerinden kasdedilen Şey şudur: Bunlar fertler tarafından aksine mukavele yapılamayan ve riayeti mutlak surette mecburi olan hukuk kaideleridir. Mesela MK.umuzun 11. maddesinde ki "rüşt 18 yaşın ikmaliyle başlar" kaidesi emredici bir hukuk kaidesidir; zira bunun tatbiki mecburidir. Fertler kendi aralarında rüşdün daha erken başlıyacağını kararlaştıramazlar.

Tapu sicili müessesesi gayrimenkullerin hususi durumlarından doğmuştur; zira bir kimsenin bir menkul üzerinde zilyet bulunması hadisesi ile bir gayrimenkulde zilyet bulunması arasında fark vardır. Menkuli zilyet olanın o şey'e malik olduğuna ilk bakışta daha kolayca hükmedebiliriz. Fakat gayrimenkulde zilyet olan kimsenin o şey'in maliki mi yoksa, mesela, kiracısı mı olduğunu ilk bakışta tayin edemeyiz. gayrimenkullerin tamamı memleket topraklarını, yani vatan parçasını teşkil ettiği cihetle, onların kimlere ait olduğunu, ne gibi külfetlerle kayıtlı bulunduğunu bilmek, umumi menfaat bakımından zaruri bir ihtiyaçtır. İşte tapu sicil bu ihtiyaçtan doğmuştur.

MK. umuzun 633. maddesi, gayrimenkul mülkiyetinin iktisabı için tapu siciline kaydı; yani tescili -ayni maddedeki istisnalar haricindeşart kılmıştır. Binaenaleyh taraflar bunun hilafına mukavele yaparak, gayrimenkul mülkiyetinin tescilsiz iktisap edilebileceğini kararlaştıramazlar, kararlaştırırlarsa, böyle bir mukavele hükümsüz olur. BK.muzun 213. maddesi de gayrimenkul satışının muteber olması için, satışın resmi senetle yapılmasını şart kılmıştır. Taraflar bu maddelerdeki kaidelerin aksine mukavele yapamazlar, yaptıkları takdirde bu muameleler tamamen hükümsüzdür. Görülüyorki emredici hukuk kaideleri kanunen riayeti mecburi olan ve aksine mukavele caiz olmıyan hukuk kaideleridir. Bunlarda fertlere hareket serbestisi tanınmamış, bilakis onlar sıkı sıkıya bağlanmıştır demektedir.

Prof. Dr. M. K. Oğuzman, Prof. Dr. Özer Seliçi, 1985 yılı Eşya Hukuku Kitaplarının 4. basışında (shf. 482) Kat Mülkiyetine uygulanacak hükümler başlığında:

Kat Mülkiyeti Kanununun 9. maddesine göre: "Kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında veya bu kanunla hüküm bulunmayan

hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklar, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanır. "

Özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde o konuyu düzenleyen genel kanun hükümlerinin uygulanacağı hususunda genel prensibin ifadesinden ibaret bulunan bu maddenin yazılış tarzı pek de başarılı olmuş sayılamaz. Zira madde, Medeni Kanunun ve sair kanunların uygulanmasını sadece Kat mülkiyeti Kanununda hüküm bulunmaması haline değil, kat mülkiyetini ve kat irtifakını tesis eden sicil kaydında kat malikleri arasındaki sözleşmede hüküm bulunmasına bağlı kılmış gözükmektedir. Halbuki bu durum, başka kanunlardaki yedek hukuk kaideleri bakımından söz konusu olabilir. Emredici hukuk kaideleri bakımından böyle bir esas cari olamaz. Diğer bir ifade ile, Kat Mülkiyeti Kanununda ayrıca düzenlenmemiş bir hususta Medeni Kanunda veya başka bir kanunla emredici bir hukuk kaidesi mevcut ise, kat malikleri bu hükme aykırı düşen bir anlaşma yapamazlar, Mesela tesis edilen kat mülkiyetinin devrinin nasıl yapılacağına dair Kat Mülkiyeti Kanununda hiç bir hüküm mevcut değildir. Bu hususta, mülkiyetin tescille iktisap edileceği hususundaki MK.m.633 hükmü ve mülkiyetin devri borcunu yükleyen akdin resmi şekle tabi olduğu hususundaki MK. m.634, Tapu K. m.26 hükümleri uygulanacaktır. Kat malikleri, aralarında yapacakları bir anlaşma ile, kat mülkiyetinin adi yazılı şekilde yapılacak akitle devredilebileceğini kararlaştıramazlar. Kararlaştırmış olsalar bile, MK. m.633, m.634, ve Tapu K.m.26 uygulanacaktır demektedirler.

Bütün bu izahatlar ve kanun koyucu gerek Osmanlı gerek Cumhuriyet döneminde gayrimenkul mülkiyetinin tapuda tescille iktisap edileceği ve mülkiyetin devri borcunu yükleyen akdin resmi şekle tabi olacağı emredici hukuk kaidesini Osmanlı devrindeki bazı aflar ve Cumhuriyet dönemindeki tasfiye konumları olan tapulara ve kadastro kanunlarındaki bazı hükümler dışında 140 yıldan beri devam ettirmektedir. Kat Mülkiyeti Kanunu 2.1.1966 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 14.4.1983 tarihli 2914 sayılı Yasa ile bazı değişikliklere uğramış ancak 22 senedir uygulanmasına rağmen kanun koyucu bu kanunda mülkiyetin iktisabı konusunda MK.nun genel hükümlerinden ayrı veya istisnai hükümler getirmeyi düşünmemiştir.

21.6.1987 günü kabul edilen 3402 sayılı Kadastro Kanununun (13.md) si bir tasfiye kanunu olarak zilyedin tapu dışı yolla iktisap ettiğini kanıtlaması ve ayrıca en az on yıl müddetle çekişmesiz ve aralıksız malik sıfatıyla zilyet bulunduğu takdirde zilyet adına tesbiti kabul etmiştir. Bu konuda kanun koyucunun

en son görüşü budur. Yüksek Genel Kurul, MK.nun 2. maddesi hükümlerini emredici hükümleri bertaraf edici sayarak süreli de olmayan içtihadı birleştirme konusunda uygulamayı kabul etmekle görevli yasama organı ile de çelişkiye düşmüş ve ayrıcalık yaratmıştır kanaatındayım.

KARŞI OY YAZISI

Her ne kadar tevhid-i içtihadın konusu "Kat Mülkiyeti Kanununa tabii olarak yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin olarak geçerli bir sözleşme olmadan tarafların anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi, satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının uzun süre malik gibi kullandığı halde satıcının tapuda devre yanaşmama halinde cebri tescil davasının kabul edilip edilmeyeceği " şeklinde kaleme alınmışsa da, Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımına başlanılan apartmanın bağımsız bölümü de tapuda kayıtlı bir gayrimenkuldür. Öyle ise tevhid-i içtihadın konusu tapuda kayıtlı bir gayrimenkulün harici sinir ve satımından sonra tarafların edimlerini yerine getirmesi yani satıcının taşınmazı teslim etmesi, alıcının da taşınmaz bedelini ödemesi bu harici satışa geçerlilik kazandırıp kazandırmayacağı meselesinden ibarettir. Çoğunluk görüşüne gözle böyle bir olayda taşınmazı satıp teslim eden ve bedelini alan kişi tapuda ferağ vermeye yanaşmadığı takdirde onun iyi niyetinden söz edilemez. Bu kişi kötü niyetlidir. Kanunlarının kötü niyeti himaye etmez. Satın alan kişi ise iyi niyetlidir. Satan kişi aleyhine açtığı ferağa icbar davasını kabul etmek gerekir.

Bu görüşü benimsemenin mümkün olup olmadığından söz edebilmek için öncelikle Türk Hukuk Mevzuatında gayrimenkul alım ve satımı ile ilgili hükümlere kısaca göz atmak gerekir. Medeni Kanunun 633. maddesi gayrimenkul mülkiyetini iktisap için tapu siciline kayıt şarttır. 634. maddesi gayrimenkulün mülkiyetini nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber olamazlar. Borçlar Kanununun 26. maddesi gayrimenkul alım ve satımına ilişkin senetler tapu sicil muhafız veya memurları tarafından tanzim edilir. 13. maddesi gayrimenkul satımı muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır. 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddesi, gayrimenkul alım ve satımına ilişkin senetler tapu sicil muhafız veya memurları tarafından tanzim edilir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 13. maddesi harici satışın geçerli olması için satın alanın tesbit tarihine kadar en az 10 yıl müddetle çekişmesiz, aralıksız ve malik sıfatıyla o yerde zilyet olması gerekir der, Görülüyorki kanun koyucu tapuda kayıtlı gayrimenkullerin harici satışa karşı emredici hükümlerle kapıları kapamıştır. Buna rağmen iyi niyet kuralını bir maymuncuk gibi kullanarak bu kapıları açmaya çalışmak demek, kanun koyucunun yerine geçmek demektir. Kazai organın yasama organı yerine geçtiği rejime Cumhuriyet rejimi denmez. Diğer

tarafdan çoğunluk görüşünün benimsenmesi Anayasanın eşitlik ilkesine de aykırıdır. Çünkü bugün Türkiye'deki uygulamada tapuda kayıtlı tarla, çayır, arsa, bağ ve bahçe gibi taşınmazların harici satışı geçersiz kabul edilmektedir. Taşınmaz teslim edilse, bedeli de ödense dahi durum değişmemektedir. Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımına başlanılan apartmanın bağımsız bölümü için harici satışın geçersiz olduğunu kabul etmek eşitlik ilkesine aykırı olduğunda kuşku etmemek gerekir. Şayet bu durum bir sorun haline gelmişse bu soruna çare bulmak kanun koyucunun meselesidir. Kanun koyucu Kat Mülkiyeti Kanununa tabii olarak yapımına başlanılan apartmanların bağımsız bölümlerinin harici satışının geçerli olduğuna dair bir kanun çıkar ve mesele kökünden halledilmiş olur.

Konunun mühim olan diğer bir noktası da; Tapuda kayıtlı gayri menkullerin alım ve satımı ile ilgili emredici kanun hükümlerinin kamu düzeni ile ilgili olup olmadığı, kamu düzeni ile ilgili hükümlerin uygulanması halinde iyi niyet kurallarına dayanmanın mümkün bulunup bulunmadığıdır. Kamu düzeni deyimi bir memlekette toplumun yararını ve toplumun ahlaki telakilerini çok yakından alakadar eden bir deyimdir. Kamu düzenini ilgilendiren hükümlerin uygulanmasında toplumun kat'i yararı vardır. Bu yağı umumi nizamın veya umumi adabın gerekli kıldığı zaruretten doğar. Ülke toprakları menkul mallar gibi tüketilen, eskiyen veya kaybolan Şeyler değildir. Daimi ve ebedidir. Toprak Türk halkı için çok değerlidir. Bugün memleketimizde kavgaların hatta cinayetlerin ekserisinin temelinde gayrimenkul uyuşmazlıkları yatmaktadır. Gayrimenkule taalluk eden münasebetlerin düzgün olması demek vatandaşlar arasındaki münasebetlerin ve vatandaş ile devlet arasındaki münasebetlerin düzgün olması demektir. Netice itibarı ile toplum düzeninin düzgün olması demektir. İşte bunu düşünen kanun koyucu gayrimenkul alım ve satımı ile ilgili olarak tek bir kanuna hüküm koymakla yetinmemiş, ana kanunlara birçok emredici hükümler koymuştur. Diğer tarafdan toprak düzenini sağlamak vatandaşların toprakdan adil bir şekilde yararlanmasını temin etmek için Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana hiçbir mal ve müessese için çıkarılmayacak kadar kanun çıkarmıştır. Örneğin; 2644 sayılı Tapu Kanunu, 2510 sayılı İskan Kanunu, 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu, 2613 sayılı Kadastro Kanunu, 5602, 509 ve 766 sayılı Tapulama Kanunları, 1617 sayılı Toprak Tarım Reformu Öntedbirler Kanunu ve buna bağlı olarak çıkardığı Toprak Tarım Reformu Kanunu, 3402 sayılı Kadastro Kanunu ve daha birçok küçük kapsamlı kanunlar. Kanun koyucu toprak düzenini kamu düzeninin bir parçası olduğunu kabul etmeseydi bu kadar kanun çıkarmasına ana kanunlara gayri menkul alım ve satımı ile ilgili emredici hükümler koymasına gerek yoktu. Ayrıca tarafların iradelerini bir tarafa iterek HUMK.nun 13. maddesinde gayrimenkullerin aynına taalluk eden davalara gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi

bakar demezdi. Bu emredici hükmün kamu düzeni ile ilgili olduğu yönünde gerek uygulamada, gerekse öğretide bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kanun koyucu gayrimenkul alım ve satımının sadece tapu sicil muhafız veya memurları huzurunda ve onların iştiraki ile yapılacağını emretmiş, başkaca hiçbir daire ve memura bu yetkiyi vermemiştir. Bunun nedeni şudur: Gayrimenkullerin sicili Devletin teminat altında tapu dairelerince tutulur. Bu sicil kütüklerinde gayrimenkul mallar üzerindeki bütün hak ve mükellefiyetler yazılıdır. Bu kütükle gayrimenkulün aynası durumundadır. Hem vatandaş ve hem de tapu sicil muhafız veya memurları taşınmazın alım ve satımında sakınca görmedikleri takdirde satış senedi yapacaklar ve kütüğün ilgili sütununa işleyeceklerdir. Bu suretle alım ve satım muamelesi hile, hata ve cebir gibi iradeyi ifsat edici unsurlardan ari bir şekilde Devletin garantisi altında tamamlanacaktır. Bu şekildeki bir alım ve satış işleminde toplumun yararı olduğu açık ve seçiktir. Toplum yararı gözetilerek vaaz edilen emredici kanun hükümlerinin kamu düzeni ile ilgili olduğu kuşkusuzdur. Bu kanun hükümlerini toplumun yararını gözetmeyen diğer emredici hükümlerle karıştırmak gerekir. Örneğin, Borçlar Kanununun 238. ve 434. maddelerindeki hükümler de emredici hükümler olduğu halde, kamu düzeni ile ilgili hükümler değildir. Çünkü sadece tarafların yararlarını ilgilendirmekiedirler. Kamu düzeni ile ilgili kanun hükümlerine dayanılması ve bu hükümlerin uygulanması söz konusu olduğu hallerde bir hakkın suistimalinden sözetmek mümkün değildir. Bu hükümlere karşı iyi niyet kurallarına dayanılamaz. Çünkü bir hakkın suistimalinden söz edebilmek için olayda gerçek bir yararın hele toplum yararının bulunmaması gerekir. Olayımızda ise davacının haricen satın aldığı apartman dairesinin adına tescilini istemesi iddiasına karşı davalı taraf harici satışın geçersiz olduğunu ve emredici kanun hükümlerinin uygulanmasını istemektedir. Emredici bu kanun hükümlerinin kamu düzeni ile ilgili olduğunu az önce açıklamıştık. Kamu düzeni ile ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasında toplumun kat'i yararı bulunmaktadır. Toplum yararı feri yararından önce gelir. Bu itibarla iyi niyet kurallarının ileri sürülmesi mümkün değildir. Kamu düzeni ile ilgili hükümlere aykırı olarak yapılan muameleler ölü doğan muamelelerdir. Yok hükümdedirler. Bu muameleler ölü doğan bir çocuğa benzerler. Ölü doğan çocuğun ilaçlarla dirilmesi mümkün olmadığı gibi, ölü doğan muamelelerin iyi niyet kuralları ile dirilmesi de mümkün değildir. Bu muameleler mutlak butlan ile batıldırlar. Bu itibarla tapulu bir taşınmaz olan apartman dairesini haricen satın alan kişinin iyi niyet kurallarına dayanması mümkün değildir. Açtığı ferağa icbar davasının kabul edilmesine de olanak yoktur. Bu nedenlerden ötürü çoğunluk görüşüne karşıyım.