

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAK VE BORÇLARIN DEVRİ

Prof.Dr. Şeref ERTAŞ*

1. Problematik

Kat karlığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek ihtilaflar, sadece arsa sahibi ile yüklenici arasında olmaktan çıkmış, yüklenicinin haklarını, bazı hallerde borçlarını da başkasına devir etmesi sebebiyle üçlü bir hukuki ilişkiye dönmeye başlamıştır. Çünkü hiç bir inşaat yüklenicisi, bu sözleşmelerle kendilerine kalacak bağımsız bölümlerin mülkiyetini kendi üzerinde tutmak istememekte bunları pazarlayarak bu surette elde ettiği finans kaynakları ile inşaatı tamamlamaya çalışmaktadır.

Burada şu sorular akla gelmektedir :

- Müteahhidin haklarını bu şekilde devri, nasıl bir şekle tabidir ?
- Müteahhidin arsa sahibine karşı borçları da müteahhide geçer mi ?

Bir örnek verip bu örnekten hareket ederek bu sorulara cevap verelim. Yüklenici Arsa sahibi (A), yüklenici (Y) ile yapmış olduğu sözleşmede, arsası üzerinde yüklenici tarafından 36 ayda tamamlanacak 40 bağımsız bölümlük inşaatın, 20 bağımsız bölümünü (Y) ye devir etmeyi taahhüt etmiş, yüklenici (Y) de adi yazılı bir sözleşme ile kendisine kalacak bu bağımsız bölümleri, kendisine sağlanacak finansal kaynaklar karşılığı (K) kooperatifine devir etmiştir. Yüklenici 36 aylık süre içinde sadece inşaatın yüzde 40'ını tamamlayabilmiş ve daha sonra da iflas ederek faaliyetlerine son vermiştir. (K) kooperatifi inşaatı kendisi tamamlayıp, arsa sahibi (A)nın, yükleniciye taahhüt ettiği bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep etmek istemektedir.

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

1. Şekil Bakımından

aa. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli

Müteahhidin arsa sahibi ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli ile, müteahhidin bu sözleşmeye dayanarak üçüncü şahıslar ile yaptığı satış sözleşmelerinin şeklini biri birinden ayırmak lazımdır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri BK (m.355) tarafından özel bir geçerlilik şekline (BK 11) tabi tutulmamıştır. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karma akit niteliğindedir. Bu sözleşmelerden, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğduğundan MK 634 ve BK 213. m. gereğince bu sözleşmelerin resmi şekilde yapılması zorunludur (15.HD.13.5.1976 -YKD 1976, 1442 sy 10; HGK” 9.6.1982 -YKD 1982, 1382 sy 10; Y.HGK 30.4.1997 E.97/15-146, K.372 -İKİD 1998, 13471; bkz Kartal, Kat karşılığı İnşaat Sözleşmesi YD 1983, 569 sy 4; S.Erbil, Müteahhidin Üçüncü kişilere adi yazılı şekilde satış sözleşmesinin geçerliliği -Man.Bar.Der. 1986 sy 16 s.29). Yargıtay uygulamasında noterlerce düzenlenen bu kabil sözleşmeler Tapu Kanunu 26.m.anlamında taşınmaz satış vaadi olarak geçerli sayılmaktadır (C. Yavuz, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler c.127. 1989 bası; Kanati, Hukuki işlemlerin Çevrilmesi s.233; HGK 10.2.1960 tarih 2806 E.3875 K-Uygur, İnşaat Hukuku c.1. s.172 ve s.93)

Bu bakımdan her şeyden önce arsa sahibi ile müteahhit arasındaki bu sözleşmelerin en azından noterlerce düzenlenmiş olması bir geçerlilik koşuludur. Sadece noterce imza tasdiki yeterli değildir .Aksi takdirde işlem, MK 2.m.sınırları saklı kalmak üzere kesin hükümsüz sayılır (13.HD.25.2.1997, E.11364 K.1392 -Uygur, c.1 s.68 ve30.9.1988 tarih ve E.2 K.2 sayılı YİBK, bkz aşağıda kazuistik bölümü))

bb. Müteahhit ile üçüncü şahıslar arasında yapılan satış sözleşmeleri

Müteahhitlerin kendisine kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bırakılan bağımsız bölümleri üçüncü şahıslara devir edip edemeyeceklerine gelince :

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhitlerin, kendilerine bırakılan bağımsız bölümleri üçüncü şahıslara satması, **alacağın temlik** olarak geçerli sayılmaktadır (Yargıtay 15.HD.3.10.1989 T.1136 E.3995 K = T.Uygur.s.149)

Böyle bir sözleşmeler de taşınmaz mülkiyetini devir borcu içermesi nedeniyle MK 634, BK 213.m. mucibince resmi şekle mi tabi olacaktır, yoksa BK 163.m. gereğince sadece adi yazılı şekil yeterli mi olacaktır?

Kooperatif Müteahhit Firma ile yapmış olduğu sözleşme ile bu inşaat firmasının arsa sahibi kooperatifle yapmış olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile elde etmiş olduğu hakları devir almıştır. Müteahhit firma başka bir deyişle gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden doğan haklarını ki bunlar yapılacak bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep etme hakkıdır, alacağın temlik hükümleri çerçevesinde BK 162.m.ye göre Kooperatife devir etmiştir.

Uygulamada, temlik edilen hakkın taşınmaz mülkiyetine ilişkin olduğu dikkate alınmadan, müteahhitlerin bu haklarını devri salt alacağın devri olarak nitelendirilmekte ve adi yazılı şekil bu nedenle yeterli sayılmaktadır.

Arsa sahibi ile müteahhit arasındaki sözleşme, resmi şekilde yapılmamış ise geçersiz olduğundan, müteahhidin bu sözleşmeden doğan hakkını BK 163.m.uygun olarak adi yazılı şekilde temlik etmesi geçerli olur mu.?

Bu temlik geçerli saysak bile, BK 167.m. gereğince borçlu arsa sahipleri, müteahhide karşı ileri sürebildikleri geçersizlik savunmasını, bu üçüncü şahıslara karşı da ileri sürebilirler. Bu durumda müteahhidin üçüncü şahıslara karşı BK 169.m. 1.f. gereğince sorumluluğu vardır.

Müteahhitte arsa sahipleri arasındaki sözleşmede, müteahhidin bu sözleşmeden doğan haklarını başkalarına devrini yasaklayan bir hükümler konabilir. Alacağın devrine ilişkin BK 162.m. emredici olmadığı gibi, inşaat işinin niteliği de aksini gerektirmemektedir.

İnşaat sözleşmelerinde arsa sahiplerinin devir borcu genellikle, inşaatın belirli aşamalara (temelüstü, kaba inşaatın tamamlanması, ince inşaat gibi) gelmiş olması kayıtlara bağlanmaktadır.

Alacaklı müteahhidin alacağını başkasına temlik etmesi için arsa sahibinden (mülkiyeti devir borçlusu) onay alma zorunluluğu yoktur. Sözleşmeyle böyle bir zorunluluk konulabilir.

2. Arsa Sahiplerinin Bağımsız Bölümleri Devir Borcunun Muacceliyeti

Kat karşılığı inşatt sözleşmesi uyarınca müteahhidin arsa sahibine karşı açabileceği cebri tescil davasını (MK 642), ondan bu alacağı devir alan kişilerde de açabilir (14.HD.16.1.182 -İKİD 1982, 1435; 10.HD.4.11.1882 -YKD 1983, 87 sy 1; 23.3.1983 -YKD 1983, 875 sy.6))

Eser sözleşmesinin bir türü olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması nedeniyle BK 81.m.ye göre müteahhit kendi edimlerini ifa etmeden, kendi alacağının ifasını arsa sahibinden isteyemez. (Zevkliler, Aydoğdu/Petek, Borçlar Özel Hukuku s.340 vd bası 1998)

Veri olayda müteahhitten alacağı temellük eden kooperatifin, taahhüt edilen bağımsız bölümlerin, arsa paylarının devrini talep hakları müteahhidin inşaatı tamamlama borcunun yerine getirilmiş olmasına (BK 360) veya sözleşmede kararlaştırılan aşama kaydının (bkz. 14.HD.21.6.1999, E.440, K.4603 -İKİD 1999, 142-373)) gerçekleşmesine bağlıdır, aksi takdirde arsa sahibinin ödemezlik defi (BK 81) ile karşılaşabilir (Yargıtay 14.HD.5.12.1995 T.7194 E.9114 K -T.Uygur c.1. s.152; 15.HD 10.7.1992 tarih 3084 E.3794 K -Uygur s.108; 14.2.1980 tarih 2227 E.2295 K-Uygur s.108; 21.2.1991 tarih E.113 K.821 -Uygur s.110). Yukarıdaki veri olayda ise müteahhit firma, inşaatın ancak yüzde kırkını bitirebilmiş, yani inşaatı süresinde bitiremediği gibi, iflas etmiş ve faaliyetine son vermiş durumdadır. Bu durumda arsa sahiplerinden ne müteahhit firma ne de onun halefi kooperatif, bu bağımsız bölümlerinin tamamının arsa paylarının devrini talep hakkı henüz doğmamıştır.

3. Kooperatif Müteahhide Halef Olarak İnşaatı Tamamlayabilir mi?

Veri olayda, kooperatifin müteahhit firmaya karşı durumu ile arsa sahiplerine karşı durumu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

3.a) Müteahhide karşı kooperatifin durumu

Kooperatif müteahhit firmanın yerine geçerek, inşaatı tamamlaya bilir mi?:

Veri olayımızda müteahhit firma, 36 ay içinde inşaatı tamamlamayı taahhüt etmiştir. Bu sürenin uzatılması da söz konusu olmamıştır. Fakat taraflarca da sözleşme feshedilmemiştir.

Bir inşaat sözleşmesinde Müteahhidin temerrüdü halinde, alacaklı iş sahibi (Kooperatif), borçlu müteahhidin “yerine borcun (inşaat işinin) kendisi tarafından ifasına izin verilmesini” hakimden BK 97.mye göre talep edebilir, ayrıca uğradığı zararlarında tazmini isteyebilir. Borçlunun yapma edimini yerine getirmekten kaçınması halinde alacaklının (Kooperatif) :

1. Borçlunun bu sözleşmeye aykırı davranışının tespitini,
2. Bu edimin kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yapılmasına izin verilmesi,
3. Bu şekilde bir ifanın yolaçaacağı giderlerin borçludan (müteahhitten) tahsilini,
4. Gecikmeden dolayı bir zarar doğmuş ise bu zararın da borçlu (müteahhitten) tahsili,

Konularında karar verilmesini mahkemeden talep edebilir (TEKİNAY, Borçlar Hukuku s.1236; 15.HD. 19.6.1996 T.3158 E.3503 K, Turgut UYGUR, İnşaat Hukuku, Kar Karşılığı İnşaat Sözleşmesi 2.cilt s.481, 517)

Borçlunun (müteahhidin) temerrüdü için önce bir ihtar ve mehil verilmesi gerekli ise olayımızda BK 101, 107/1-3 m.ler gereğince borçlu müteahhide ihtar ve mehil verilmesine lüzum yoktur.

Kooperatifin iflas etmiş, faaliyetine son vermiş müteahhit firmaya karşı sahip olduğu bu hakkı, arsa sahiplerine karşı ne ölçüde kullanabilir? Bu sorunun cevabı aşağıda verilmiştir.

3.b. Kooperatifin arsa sahiplerine karşı durumu

Kooperatifle, arsa sahipleri arasında doğrudan yapılmış bir sözleşme yoktur. Kooperatif sadece müteahhit firmayla yapmış olduğu alacağın temliki adını verdiğimiz sözleşme ile müteahhidin haklarına BK 162.m.uyarınca halef olmuş fakat *müteahhidin arsa sahiplerine karşı borçları (inşaat yapma) kooperatife doğrudan geçmemiştir*. Alacağın nakli için borçlunun onayına gerek yoksa da borcun nakli için alacaklının (arsa sahipleri) onayı gereklidir (BK 173, 174).

BK 356.m.3.f.2.c.ve göre müteahhit “işin mahiyetine nazaran şahsi maharetin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına da yaptırabilir. Fakat bu durumda

borçlu sıfatıyla müteahhidin yerine bu kişiler geçmez, bu kişiler BK 100.m. anlamında *ifa yardımcısı* durumundadır.

Yüklenici ile Arsa Sahipleri arasında yapılan, sözleşmelerde de “*İnşaatların tümünü müteahhit kendisi yapmak zorunda olup, resmi olarak bu yükümlülüğünü başkasına devir edemez*” demek suretiyle, müteahhidin inşaat yapma yükümlülüğünü başka bir şahsa, örneğin kooperatife devri yasaklanmış olabilir. Fakat bu BK 100.m. anlamında yardımcı şahıs kullanamayacağı anlamına gelmez. Müteahhit sözleşmeden doğan haklarını başkasına devir edebilir fakat yükümlülüklerini arsa sahiplerinin muvafakati (BK 174) olmadan başkasına devir etmesi mümkün değildir. Veri olayda üçüncü kişi durumundaki Kooperatifin arasa sahipleri ile müteahhit arasındaki inşaat sözleşmesini aynen kabul etmesi, *borcun BK 173.m.anlamında bir iç yüklenilmesi* ifade eder, bunun alacaklı durumunda olan arsa sahiplerine karşı doğrudan etkisi yoktur.

Bu bakımdan kooperatifin müteahhidin yerine inşaat işini yapabilmesi arsa sahiplerinin muvafakati ile mümkündür.

Bu durumda arsa sahipleri kabul etmedikçe, kooperatifin bizzat inşaatı tamamlayabilme, inşaata devam edebilme hakları mevcut değildir.

Dolayısıyla BK 174.m.anlamında *borcun (dış) nakli* gerçekleşmedikçe, kooperatif müteahhit firmanın yerine inşaata devam edemez.

Veri olayımızda **borcun dış nakli** yani alacaklı arsa sahiplerince kabul edilip edilmediğine gelince :

Bu nakil bir geçerlilik şekline tabi değildir ve açık, irade beyanı ile olabileceği gibi örtülü şekilde de olabilir.

Müteahhit firmanın iflas edip faaliyetlerine son verdikten sonra inşaatı

finanse eden kooperatifin emanet usulü taşeronlarla inşaata devam ettiği, arsa sahiplerinin bildikleri halde buna karşı çıkmadıkları hatta işbirliğinde bulunmuş ise, bu durumu BK174.m.3.f. anlamında **örtülü muvafakat olarak** yorumlamak mümkündür. Bu hükme göre “*alacaklı, borcu üstlenen borçlu sıfatı ile yapmış olduğu her hangi bir muameleyi*” itirazi kayıtsız kabul ederse, borcun başkası (kooperatif) tarafından üstlenilmesine kabul etmiş olacaktır (TEKİNAY, Borçlar Hukuku s.249). Kooperatifle arsa sahipleri arasında bu konuda yapılmış olan yazışma ve müzakereler (çekilen ihtarname, taraflar arasında yapılmış olan bir protokol bu durumu güçlendirebilir.

Bu nedenle, anılan hadiseler varsa arsa sahiplerinin, kooperatifin inşaata devamını engellemesi hukuka uygun olmaz.

Esasen burada borçlunun (Kooperatif) temerrüdü (gecikmede direnme) değil, artık **alacaklı arsa sahiplerinin temerrüdü** söz konusu olur. BK 94.m., borcun konusunun bir verme borcu olmadığı hallerde alacaklı temerrüde düşmüş ise

borçluya alacaklıya karşı, borçlunun temerrüdünde alacaklıya tanınan hakları da tanımaktadır (Dalamanlı/Kazancı m.94 s.229). Gerçi BK 94.m.de borluya sadece akdi fesh etme hakkı tanınıyorsa da iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bu kabil durumlarda alacaklı ve borçlunun temerrüdü arsa sahipleri açısından birlikte gerçekleştiğinden alacaklı (Kooperatif) BK 106 ve 97 m.lerdeki hakları kullanabilir.

Müteahhit firmanın hak ve borçlarına halef haline gelen üçüncü şahıs durumundaki kooperatif BK 97.m.den yararlanarak, taahhüt ettikleri bağımsız bölümlerin devri borcundan kaçınmak isteyen arsa sahiplerine karşı “hakimden karar almak suretiyle” inşaatı başka bir müteahhidi tamamlatabilir, buna bağlı olarak inşaatın tamamlanabilmesi için alacaklı arsa sahipleri tarafından yerine getirilmesi icap eden yan edimleri de bizzat yerine getirebilir.

4. Mükerrer Temliklerde Kimin Öncelikli Olacağı

İnşaat halinde olan binalarda bağımsız bölüm satın almada üçüncü şahıslar için en güvenilir yol arsa payına bağlı olarak bağımsız bölümlerin kat irtifakını satın almaktır. Fakat uygulama çoğunlukla bu tür yapılarda ya henüz kat irtifakı kurulmamıştır veya arsa sahipleri müteahhitlere bu konuda yetki vermemektedir.

Arsa payının tapuda satın ve tescilin yapılması da üçüncü kişilere aynı bir hak sağlar, ancak bu taahhüt edilen bağımsız bölümün iktisabını hukuken garantilemez. Bu halde pay satın alan 634 sayılı KMK 10.ye göre ortaklığın giderilmesi davası yoluyla kat mülkiyeti kurulmasını ve taahhüt edilen bağımsız bölümün adına tescilini sağlayabilir.

Uygulama müteahhitler ile üçüncü şahıslar arasındaki işlemlerin adi yazılı şekilde BK 162.m. uyarınca yapılmış olduğunu görüyoruz. Ancak bu hallerde üçüncü şahısların arsa sahiplerine karşı tescil davası açabilmesi, arsa sahipleri ile müteahhit arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin noter senedi ile yapılmış olmasına (MK 634, BK213, Tap.K.26) ve müteahhidin arsa sahibine karşı bu sözleşmeden doğan edimini yerine getirmiş olmasına bağlıdır.

Müteahhitlerin aynı bağımsız bölümü adi yazılı senetle, hatta noterde satış vaadi yoluyla birden fazla kişiye satması mümkündür. Böyle bir durumda arsa sahiplerine karşı müteahhidin halefi olarak cebri tescil davaları açıldığında kimin önceliği olacaktır?

Burada sorunu bir ölçüde şerh müessesesi çözebilir. Lehine MK 919.m. ye göre şerh konulan alacaklı hakkını aynı bağımsız bölümü daha sonra satın alanlara göre öncelik kazanır. Gayrimenkul payına ilişkin satış vaadi sözleşmelerinde, satış vaadi alacaklıları da, malikin muvafakatine gerek olmadan doğrudan tapuya şerh talebinde bulunabilirler. Ancak bunun için satış vaadi sözleşmesinin :

- Arsa maliki ile alıcı arasında,
- noterlerce düzenlenmiş olması gerekir.

Halbuki işlem arsa sahibi ile değil müteahhitle alıcı arasında çoğunlukla adi yazılı olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan BK 162.m.anlamında temliklerin müteahhide arsa sahiplerince özel yetki verilmedikçe satış vaadi olarak şerhi mümkün değildir.

Müteahhitten bağımsız bölüm aklan üçüncü kişiler için bir şerh imkanı, MK 920/1. ve HUMK 101.m.ye göre mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alıp çekişmeli hak olarak tapuya şerh ettirmektir.

Üçüncü şahıslar, müteahhitle arsa sahipleri arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi bir satış vaadi sözleşmesi olarak Tap.K.26 ve TST 55.m. gereğince tapuya şerh edilmiş ise, müteahhit lehine yapılmış bu şerhten, arsa sahiplerince daha sonra yapılacak tasarruf işlemlerine karşı üçüncü kişiler yararlanabilirler.

Ancak bu halde de müteahhidin birden fazla kişiyle temlik işlemi (kat satışı) yapması az rastlanılan olaylardan değildir.

Böyle bir durumda ilk temlikin yapıldığı alacaklının tercih edilmesi doğru olacaktır. Çünkü müteahhit arsa sahibinden kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını BK 162.m.ye göre temlik etmekle artık bu alacağını malvarlığından çıkarmaktadır. Daha sonraki temlikler artık mevcut olmayan bir alacağın temlik hükmündedir ve sadece temlik edeni BK 169.m.ye göre sorumlu kılar. Yargıtay 14.Hukuk Dairesi de 15.2.1987 tarihli (YKD 1988, 963 sy 7) kararında bu sonucu kabul etmektedir. Bununla birlikte burada BK 165.m.ninde dikkate alınması gerekir. Müteahhit önceki temlikleri arsa sahiplerine ihbar etmemiş, daha sonra yapmış olduğu temliği arsa sahiplerine ihbar etmiş, arsa sahipleri de bu sonraki alacaklı üzerine tescil işlemini yapmış ise, kendileri borçtan kurtulduğu gibi bunlar lehine yapılan tescil de geçerli bir tescil olacak ve önceki alacaklıların hakları müteahhide karşı tazminat hakkına dönüşecektir.

Bir bağımsız bölüm için satış vaadi sözleşmesi yapılmış fakat tapuya şerh edilmemiş ise, müteahhidin veya arsa sahiplerinin aynı bağımsız bölümü bir başkasına satması ve tapuya şerh konması halinde, şerhsiz alacaklının sözleşme önce yapıldı diye şerhli alacaklıya önceliği olur mu? Bu sorunun cevabı Yargıtaya göre olur, bize göre olmaz. Yargıtay 14.HD.si MK 919.m. 2.f.nın lafzından hareketle şerh edilmiş hakkın “o gayrimenkul üzerinde sonradan hak iktisap hak sahiplerine karşı” ileri sürülebile-ceğini, önceden hak iktisap edenlere karşı ileri sürülmeyeceğini kabul ediyor (14.HD.13.10.1989 gün ve 87/4244 E.88/6494 sayılı - YKD 1989, 1293 sy 9). Bu şekilde Eşya Hukukunun iki önemli kuralı ihlal edilmiş oluyor. Birincisi şahsi hakların, herkese karşı ileri sürülemeyeceği, sadece taraflar arasında geçerli olduğu kuralı . Şerh edilmemiş bir şahsi hakka, daha sonra doğmuş şerh suretiyle aynı etki kazanmış şahsi hakka karşı üstünlük tanımak, hukukumuzdaki aynı-şahsi hak ayrımını gözardı etmek anlamına gelir. MK 919 m.ye göre bir taşınmaz üzerindeki şahsi hakkın, sonraki hak sahibine karşı ileri sürülmesi şerh edilmiş olmasına bağlıdır. Şerh edilmemiş bir şahsi hakkın, aynı taşınmaz üzerinde sonradan doğmuş hiç bir

hakka karşı üstün bir etkisi olmayacağına göre, sonradan doğmuş, üstelik şerhe dilmiş bir şahsi hakka karşı üstünlüğü neden olsun? Aksi takdirde, bir şahsi hak, şerh edilsin veya edilmesin kendisinden sonraki haklara etkili olacaksa, şerh müessesesine ne lüzum vardır (.C.Turan, İzBD 1991 s.70 sy 1).

6. Kazuistik

* **Şekil eksikliği** - Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, MK 634, 11, 162 m.lerine aykırılıktan doğan geçersizliğin MK 2.m.ye dayanılarak düzeltildiği en geniş alanlardan biridir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, taşınmaz payı devir borcu yaratması nedeniyle MK 634., BK 213 m. gereğince resmi şekle tabidir (YİBK. 7.19.1953 E.8.K9). Ancak Yargıtay uygulamasında şekil noksanlığından kaynaklanan bu geçersizliğin iki şekilde yumuşatıldığını görmekteyiz.

Birincisi; Şekil eksikliğine rağmen arsa malikinin tescil işlemini yaptırmış olmasıdır. Bu halde taraflar arasında adi yazılı şekilde bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış, arsa sahibi işlemin geçersizliğine rağmen tapuda resmi ferağ ve tescil işlemini yerine getirmiştir. Bu aşamadan sonra arsa sahibinin şekil eksikliğini ileri sürüp, kaydın terkin taleb etmesini Yargıtay hakkın kötüye kullanımı saymaktadır (HGK 21.3.1986 gün, 86/14-541 E. 257 K.) Esasen burada başlangıçtaki şekil eksikliği daha sonra tarafların tapuda resmi devir ve tescil işlemi yapmış olmaları nedeniyle ortadan kalkmıştır (Bkz. aşağıdaki 15.HD.katrarı nr.2).

İkinci hal ise, müteahhidin kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersizliğine rağmen **edimini ifa etmiş** olması, arsa sahibinin şekil eksikliğini ileri sürerek tescil işlemini yerine getirmekten kaçınmasıdır. Yargıtay 15.HD.nin bu duruma ilişkin ilke kararı şu şekildedir:

“Biçim koşuluna uygun olmadığı için geçersiz olan” arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine şu iki halde geçerlilik tanınabilir :

1. *Arsa payının tapuda yükleniciye devredilmesi hali. Notere gitmeden sözlü veya adi yazılı biçimde yapılan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi “ geçersiz ise de, arsa sahibi, bu sözleşmeye bedel olarak vermeyi yüklediği arsa payını tapuda yükleniciye devretmekle, başlangıçta geçersiz olan sözleşme, geçerli hale gelmekte ve artık geçersizlik ileri sürülememektedir. Zira resmi biçim koşulu, tapuda pay devrinin zorunlu olarak resmi biçimde yapılması ile gerçekleşmiştir. Karma nitelikte bu sözleşmenin diğer kısmı yani inşaat sözleşmesi kısmı ise, zaten resmi biçim koşuluna bağlı olmadığı için, bir bütün olarak geçerli hale gelen bu sözleşmenin ifası mümkün olabilmektedir.*

2. *İnşaatın tamamen veya büyük oranda tamamlanması hali. Sözleşme noterde düzenlenmemiş ve tapuda da pay devri yapılmamış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan arsa sahibinin bu sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süregelen davranışları ile yükleniciye tam güvence vermesi ve*

yüklenicinin de sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak inşaatı tamamlaması veya büyük oranda ikmal edilmiş olması halinde de sözleşmeye geçerlilik tanınmaktadır. Zira bu halde de şekil noksanlığını nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek MK.2.m.sinde kabul edilen hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali niteliğinde olup böyle bir iddia yasaca himaye edilemez (15.HD.8.5.1996, E.1132, K.2486 K-T.Uygur, c.s.107).

* Yargıtay HGK.nun 30.4.1997, 97/15-146, K.372 (İKİD 1998, 13473) sayılı kararında ise taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmamış ancak yüklenici edimlerini tam olarak yerine getirmiş fakat arsa sahibi sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek taahhüt ettiği bağımsız bölümleri yükleniciye devir etmekten kaçınmaktaydı. MK.2.m.sinden hareket eden Yargıtayın hükmü şu şekildedir :

“Taraflar arasında geçerli bir sözleşme olmamakla birlikte taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse yahut yüklenici inşaatı bitirmiş veya çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi de inşaatın devamı süresince karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse, bu takdirde sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.”

Alacağın temlik niteliğinde olarak müteahhitten satın bağımsız bölüm satın alınmasında, müteahhitle yapılan sözleşmenin BK 162.uygun olmaması halinde bu şekil eksikliği de MK 2. hükmüne göre düzeltilebilir mi? 30.9.1988 tarih, 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında :

“Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçimde koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeye-ceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapına başlanan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak, alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının ona malik gibi kullanmasına rağmen satıcının, tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde, olayın özelliğine göre Medeni Kanunun 2.m.sini gözeterek açılan tescil davasının kabul edileceği” sonucuna varılmıştır. Yani Yargıtay, alıcı şahsın ücret ödeme borcunu tam olarak ifa etmesi, satılan bağımsız bölümün zilyetliğinin alıcıya teslim edilmesi halinde, durumun özellikleri haklı kılıyorsa, MK 634.m.deki resmi şekil koşuluna aykırılık dikkate alınmaz demektedir. Buradan hareketle müteahhidin arsa sahibi değil de kat karşılığı inşaat sözleşmesi alacaklısı olduğu durumlarda aynı sonuca ulaşmak mümkün müdür?. Eğer müteahhidin arsa sahibine karşı tescili talep edebilme hakkı muaccel hale gelmişse, şekle uygun olmayan bir satım sözleşmesi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisi çerçevesinde müteahhitten bağımsız bölüm satın alan kişilerin de arsa sahibine karşı cebri tescil davası açabilmesi mümkün olmalıdır.

*** Noksanlığın tamamlanması** -Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 5.11.1997 gün E.97/14-671, K.879 sayılı kararı (İKİD 1998, 13407) yukarda yapmış olduğunuz açıklamaların bir özeti niteliğindedir. Dava konusu olayda müteahhit ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan müşterek arsa sahipleri bir gerçek kişi ile bir yapı kooperatifidir. Davacı, müteahhidin sözleşme gereği kendisine bırakılan bağımsız bölümlerden birini satın almış, müteahhit işi zamanında tamamlayamadığı için arsa sahipleri inşaat sözleşmesini feshetmişler, arsa sahipleri kendilerinden ve müteahhitten bağımsız bölüm alan kişileri inşaatı elbirliği ile tamamlamak için davet etmiş, diğer alıcılar bu davete katıldığı halde müteahhitten daire satın alan davacı katılmamış fakat arsa sahiplerine karşı tescil davası açmıştır . Bu dava konusu olaya ilişkin Y.H.K.nun hükmü şu şekildedir .

“ Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır.

Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetinin adına tescilini isteyebilir veyahutta BK. 162. ve onu izleyen maddeleri hükmünce yazılı olmak kaydı ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatini almaya gerek olmadan söz konusu kişisel hakkını 3.kişilere temlik edebilir.

Üçüncü kişi gerek akdi olan yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı temellük ettiği kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir.

Yalnız yüklenici ediminin tamamını yerine getirmez ise, noksan kalan edimler pek cüz'i olur ve arsa sahiplerince bu miktarın paraya dönüştürülmesi sureti ile noksanlığın giderilmesi tahammül edilebilecek boyutlarda bulunabilirse, bu noksanlığın para ile tamamlanması sağlanarak tescil isteme olanağı doğabilir “ . (Aynı doğrultuda HGK 4.2.1998, E.77/14-857, K.67- İKİD 1999, 13997-14.HD.21.6.1999, E.440, K.4603 -İKİD 1999, 142-373)

* Yüklenici tarafından yerine getirilmesi gereken işin eksiz olması halinde bu eksikliğin “katlanılabilir (BK 360)” nitelikte olup olmadığı noktasında Yargıtay 14.Hukuk Dairesi 21.12.1998 tarih, E.8913, K.9909 sayılı Kararında (İKİD 1999, 13994) şu sonuca varmaktadır :

“Yükleniciden satış vaadi yoluyla bağımsız bölüm satın alan davacı, arsa sahipleri aleyhine tescil talebinde bulunabilmesi için, yüklenicinin edimini eksiksiz yerine getirmiş olması gerekir. Bununla birlikte yüklenicinin noksan bıraktığı işler arsa sahibi tarafından tahammülü mümkün ölçüde ise ve bu eksikliğin davacı tarafından karşılanması yahut bedelinin ödenmesi şartıyla yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişilerin arsa sahibinden tescil isteme hakkı doğar. İşin % 70'inin yapılmış olması halinde eksikliğin cüz'i mahiyette olduğunun kabulü mümkün değildir “ (Aynı doğrultuda HGK 11.3.1998, E.98/14-159-K 215 -İKİD 1999, 14110)

*** Arsa sahibi ile müteahhidin danışıklı işlemleri** -Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici kendisine bırakılan bağımsız bölümü üçüncü şahsa temlik ettikten sonra arsa sahibi ile anlaşıp kat karşılığı inşaat sözleşmesini feshedip edemeyeceği konusunda Yargıtay HGK 19.6.1996 tarih, E.96/14-276, K 500 (İKİD 1999, 14999) sayılı kararı ise şöyledir:

Dava konusu bağımsız bölümü arsa sahibi satış vaadi ile yükleniciye, yüklenici de davacıya temlik ettikten sonra, yüklenicinin yerine bu davacı geçtiğinden, arsa sahibi ile yüklenicinin bir araya gelerek BK 11, 12 m.leri uyarınca belge ile satış vaadi sözleşmesini fesih ile ortadan kaldıramaz.”

Ancak burada kat karşılığı inşaat sözleşmesini arsa sahibi ile yüklenicinin feshetmesinin hükümsüzlüğü sonucuna, yüklenicinin tasarruf ehliyetinin kalmamasına mı, yoksa fesih işleminin adi yazılı şekilde yapılmış olmasına mı bağlanmaktadır? Bu husus kararda açık değildir. Kararda adi yazılı şeklin vurgulanması burada dolaylı olarak ikinci şıkkın tercih edildiğine işaret etmektedir. Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan satış vaadi sözleşmesi resmi şekilde yapıldığından, bu sözleşmenin feshi de resmi şekilde yapılması gerekir (BK 12), bu bakımdan adi yazılı şekil yeterli sayılmamıştır.

* Bir olayda müteahhit, kendisine kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, arsa sahibince taahhüt edilen daireyi adi yazılı bir sözleşme ile önce (A) ya satmış daha sonra da aynı daireyi borç aldığını ileri sürdüğü (B) ye borcu karşılığı tapuda devir etmesi için arsa sahibine talimat vermiş, arsa sahibi de bu daireyi tapuda bu talimat üzerine (B)nin üzerine tescilini yaptırmıştır. Ancak (B) nin müteahhidin bir yakını olduğu, müteahhide borç verecek mali durumunun olmadığı, bu dairenin daha sonra kısa aralılarla (B) nin akrabaları arasında el değiştirdiği anlaşılmıştır. (A)nın (B) ye karşı açtığı tapu iptal ve tescil davasında Yargıtay 14.HD.sinim bu olaya ilişkin 4.10.1983 tarih 3908 E.5918 K. (Dalamanlı/(Kazancı, BK Şerhi m.355 s.887) kararı şu şekildedir :

“Davada arsa maliki-müteahhit, müteahhit-borç aldığı kişi, müteahhit ile davacı arasındaki ilişkinin hukuksal durumları ayrı ayrı açıklanmasıyla davacının davadaki yararı saptanmış olacaktır .

Arsa sahibi-müteahhit ilişkisi : Bunlar arasındaki sözleşme haricen düzenlenmiş ise de; bunlar bu sözleşmeye uyarak edimlerini karşılıklı olarak ifa etmişlerdir. Müteahhit arsa sahibi ile yaptığı anlaşma gereğince kendisine isabet eden daireyi burcuna teminat olarak kendisine borç para veren (B) ye temlik için arsa sahibine talimat vermiş, ve arsa sahibi de buna uyarak bu daireyi (B) ye temlik etmiştir. Böylece arsa sahipleri bu daireyle mülkiyet ilişkisini kesmişlerdir

Müteahhitte ona borç veren kişi (B) arasındaki ilişki : Müteahhidin yaptığı inşaat karşılığında hak ettiği daireyi, borç ödendiğinde geri almak üzere, kendisine

borç veren (B) ye temlikine rıza göstermiş olduğu iddia edilmiştir. Burada inançlı bir temlik olmaktadır.

Müteahhit ve davacı arasındaki ilişki : Müteahhit kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca hak ettiği bağımsız bölümleri muhtelif kişilere adi yazılı olarak temlik etmiştir. Davacı da bunlardan biridir. Davanın açıklanan bu aşamasına ve olayların hukuksal akışına bakarak müteahhidin hakkını davacıya temlik edişi BK 162 vd m.lerinde tanımlanan alacağın temliki niteliğindedir. Alacağın temlikinde resmi şekil aranmaz.,

Davacı (A) ile daireyi müteahhitten alacağına karşılık arsa sahibinden iktisap eden kişi (B) arasındaki ilişki : Arsanın malikleri mülkiyetle ilişkilerini kestiklerinden haksız iktisap ve eylemden zarar gören daire ve dükkanlarda hak sahibi olan müteahhidin şüphesiz bunlara karşı dava hakkı vardır. Ancak müteahhidin ölmesi ve mirasçılarının da mirası reddetmesi karşısında müteahhitten daireyi alacağın temliki hükümlerine göre alan davacı(A) müteahhidin halefi durumundadır (Dolayısıyla müteahhidin (B) ye karşı açabileceği davaları (A) da açabilir).

Dava konusu çekişmeli daire davalı (B) adına kayıtlı olmakla beraber kendisinin müteahhide isabet eden, davacıya satılan daireyi alacak mali gücü olmadığı müteahhidin yanında oturduğu ve onun tesiri altında olduğu ve Türkiye’de mal iktisap edemeyecek durumda olan Libya uyruklu damadı F.S.nin faiz karşılığında verdiği borç paranın teminatı olarak mülkiyeti iktisap ettiği bildirilmiştir. Diğer bir deyimle para veren Libya uyruklu olduğu halde tapuda malik olarak görünen onun kayınvalidesidir. Kayınvalide, (B)nin mülk edinmeye yönelik bir irade ve davranışı olmayıp sadece ve sadece F.S.nin müteahhitten olan alacağını sağlama almak için kanuna karşı hile kullanarak muvazaalı bir şekilde mülkiyet iktisabı söz konusu olmaktadır.

Muvazaanın, her türlü delille ispatı (3.şahıslarca) mümkündür. Müteahhit ölmüş mirasçıları da mirası ret etmiştir. Müteahhidin hakkını temellük etmiş (BK 162) olan davacının ona halef olarak dava hakkının tanınması iddiasını (muvazaa) ispata imkan verilmesi gerekmektedir. Zira bunun aksine düşünmek, faize para veren ve kanuna karşı hile kullanarak bir muvazaa düzeni meydana getireni mükafatlandırmak ve adaleti şekle kurban etmek demektir. ”

Bu olaya ilişkin olarak Yargıtay’ın yapmış olduğu izah ve gerekçelerden çıkaracağımız sonuç şudur : Müteahhidin talimatıyla arsa sahibinden müteahhide düşen daireyi resmi şekilde iktisap etmesine ilişkin hukuki durum bir muvazaa ve kanuna karşı hile teşkil ediyorsa (B)nin iktisabı hükümsüz olduğundan, üzerine olan tapu kaydı da geçersiz olacaktır, (A) tercih edilecek ve müteahhidin BK 162.m. gereğince halefi olan (A), (B) adına bu yolsuz kaydın terkin ve taşınmazın adına tescilini dava edebilecektir. Buna karşılık arsa sahibinden daireyi resmi şekilde tapu iktisap, muvazaa, kanuna karşı hile sayılmaz ise, (B) nin iktisabı MK 931.m.gereğince korunacak, kısacası (B), (A) tercih olunacaktır. Başka bir deyişle müteahhitten bir

bağımsız bölümü BK 162.m.göre iktisap edenle, bu daireyi daha sonra iyiniyetle tapun resmi şekilde iktisap eden karşılaştığında Yargıtay ikinciyi, yani bağımsız bölümü iyiniyetle arsa sahibinden iktisap edeni (MK 931) korumaktadır.

K A Y N A K Ç A

Baygın C. : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi olduğu Hükümler, İstanbul 1999.

Dalamani/Kazancı : Açıklamalı Borçlar Kanunu, İstanbul 19990

Çenberci, M. : Gayrimenkul Satış Vaadi, Ank. 1966

Eren F. : İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları ve bu borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (Batider, Ankara 1996)

Eren F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.1 1998

Erbil S. : Müteahhidin Üçüncü kişilere adi yazılı şekilde satış sözleşmesinin geçerliliği - Man.Bar.Der. 1986 sy 16 s.29).

Ertas Ş. : Eşya Hukuku, İzmir 1997 bası

Gauch P. : Der Werkvertrag, Zürich 1985

Kaplan İ. : Eser Sözleşmesinde İşin Başkasına Yaptırılması (Batider 1985)

Kılıçoğlu A. : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu (AÜHFD 1975, 185 sSayı 1-4

Kocayusufpaşaoğlu N. : Gayrimenkul Satış Vaadi, İst.1959

Seliçi Ö. : İnşaat Sözleşmesinde Meteahhidin Sorumluluğu, 1978 İstanbul.

Serozan R. : Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels in Rechtsgeschaefit nach deutschem, schwezerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968

Tekinay S. : Borçlar Hukuku, 6.bası 1988

Uygur T. : İnşaat Hukuku c.1 ve 2 Ankara 1998

Yavuz C. : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İst.1996 ve 2.bası (1989) c.2

Zevkliler A./Aydoğdu M./Petek H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 1998