

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılığın Sonuçları

GİRİŞ

Bu çalışmada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekli ve şekle aykırılığın sonuçları incelenecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada yaygın olarak yapılan bir sözleşme çeşidi olmasına rağmen Türk Borçlar Kanun’da düzenlenmemiştir. Bu sebeple, bu sözleşmenin kanunda bir tanımı yoktur. Bu sözleşme aslında Borçlar Hukukumuzda kabul edilen sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Bu sözleşmenin tarafları , yüklenici ve arsa sahibidir. Bu sözleşme ile arsa sahibi, yükleniciye arsasının bir kısım paylarının veya tümünün devrini, buna karşılık yüklenici de arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir bina inşa etmeyi ve bunun bir kısmını arsa sahibine teslim etmeyi üstlenmektedir.

Yüklenicinin edim borcu yönünden sözleşme şekle bağlı olmamasına rağmen, arsa sahibinin yükleniciye vermeyi yükümlendiği arsa payının devri taahhüdü TBK 29 (EBK md.22/2) ve 237 ve 4721 Sayılı MK.’un 706 maddelerine göre resmi senetle yapılması geçerlilik koşuludur. Bu nedenle , arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Noterde yapılacak sözleşme , tarafların noterde birleşen rızalarını beyan etmeleri ve beyan edilen bu iradelerin noter tarafından bir senet halinde düzenlenmesidir. Şekil şartına uyulmadan , haricen ve adi şekilde yapılmış olan veya imzaları noterde tasdik edilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hukuken geçerli değildir.

BÖLÜM I

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. TANIMI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada sıkça karşılaşılan bir sözleşme türü olmasına rağmen Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Bu nedenle ,bu sözleşmenin kanunda herhangi bir tanımı bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan istisna sözleşmesi ile taşınmaz satımı sözleşmesinin unsurlarını taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin , tarafların karşılıklı edimleri esas alınarak tanımı;” arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında ,müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir.” şeklinde yapılabilir.Böylece arsa sahibiyle yüklenicinin aralarında yaptıkları bu sözleşme, arsa sahibinin arsasını değerlendirmek ve bu suretle gelir sağlamak, yüklenicinin de sermayesini değerlendirmek ve kar elde etmek amacına dayanır ve bununla arsa sahibi arsa paylarının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye (veya bir

üçüncü kişiye) geçirme borcu altına girmekte, bir bölüm payların mülkiyetini ise kendisine saklamaktadır; yüklenici ise, mülkiyeti kendisine devredebilecek olan arsa payları karşılığında bağımsız bölümler yapmayı taahhüt ve bağımsız bölümlerden arsa sahibine isabet edeni ona devretmeyi borçlanmaktadır.

B. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Yukarıda yapılan tanımlardan hareket ederek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını aşağıda belirttiğimiz şekilde sıralayabiliriz.

1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Devir Borcu Altına Girmesi

Bu sözleşme ile arsa sahibi belirli arsa payının mülkiyetini müteahhide devretme borcu altına girmektedir. Arsa sahibi bir veya birden fazla kişi olabileceği gibi gerçek veya tüzel kişide olabilir. Arsa sahibinin borcuna esas teşkil edecek olan arsanın, sözleşme konusu inşaatın yapımına elverişli olması gerekmektedir. Taşınmazda mevcut hukuki ve maddi imkansızlıklar (örneğin imar yasağının bulunması) nedeniyle inşaatın yapımı mümkün olamıyorsa, arsa sahibinin sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirmesinden söz edilemeyecektir.

Bir arazi parçasının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olabilmesi için tapulu olması şart değildir; sözleşmede belirtilen ve taraflarca üzerinde anlaşılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli bulunması yeterlidir.

2. Yüklenicinin Belirlenen Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi

Yüklenici bu sözleşmeyi akdetmekle arsa üzerine inşa edeceği binanın sözleşmede belirlenen bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim borcu altına girmektedir. Yüklenici sadece bağımsız bölümleri teslim etmekle bu borçtan kurtulamamaktadır. Aynı zamanda ana taşınmazı tamamlaması, kat mülkiyetine çevirmesi, iskan alması gerekmektedir. Bu sözleşmenin amacı herkesin kendisine ait olacak bağımsız bölümlere sahip olmasının sağlanmasıdır.

Arsanın üzerinde imar mevzuatına göre inşaat yasağı varsa veya sözleşmede kararlaştırılan inşaatın yapılması mümkün değilse, bu husus arsa sahibi açısından inşaatın yapımına elverişli arsa teslimi borcuna aykırılık, müteahhit açısından edimin yerine getirilmesinde imkansızlık niteliği taşır.

3. Arsa Sahibi İle Yüklenici Arasında Anlaşma

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarından biri de tarafların anlaşmasıdır. Bu sözleşme tam iki taraflı sözleşme olup sonuç doğurabilmesi için, arsa sahibi ve yüklenicinin sözleşmenin koşulları ve sonuçları üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir.

Her sözleşmede olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, sözleşme konusu olabilecek boşlukların ve sözleşme ile ilgili uyuşmazlıkların TBK md.18'deki genel kural gereğince taraf iradelerinin amaçladıkları sonuca göre yorumlanması gerekir.

C. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi isimsiz (atipik) bir sözleşmedir. İsimsiz sözleşmelerde birleşik, karma ve kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak gruplanmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bir bileşik sözleşme değildir. Çünkü bu çeşit sözleşmelerde taşınmaz satışı ve eser sözleşmesi olarak iki tipik sözleşmenin unsurları bulunmakta ise de bu iki sözleşme bağımsızlıklarını koruyamamakta ve her sözleşme kendine ait hükümlerin uygulanmasıyla da bu sözleşmeyle ilgili hukuki sorunların çözülmesi mümkün olamamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kendisine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşmede değildir. Çünkü bu çeşit sözleşmelerde, bu tipe dahil sözleşmenin unsurları kanunlarla düzenlenen sözleşmelerde yer almamaktadır; halbuki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, esas itibarıyla eser sözleşmesinin

unsurlarını taşımakta ve ücret yerine arsa payının devri bu sözleşmeyi kendisine özgü (sui generis) sözleşme haline dönüştürmemektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle ,tam iki taraflı ve geçici-sürekli karmaşığı karma bir sözleşmedir.

Yargıtay HGK kararın da arsa payı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği ;”.. "Kat karşılığı inşaat sözleşmesi" adıyla hukuk literatürüne geçen sözleşme türü, yapısı itibariyle iki tipli-karma bir sözleşme olup, bir yönüyle arsa sahibinin, koşullar gerçekleştiğinde sahibi olduğu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını yükleniciye devretmesini öngörürken, diğer yönüyle de, yüklenicinin yapacağı inşaat bakımından arsa sahibine karşı yükümlülüklerini gösterir. Eş söyleyişle, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren, iki tipli-karma bir sözleşmedir. (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 4.12.1980 gün ve 1980/1990-2594 sayılı kararı)...”şeklinde yapılmıştır.

1. Tam İki Taraflı Bir Sözleşmedir.

Arsa payı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi belirli arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmek, yüklenicide binayı tamamlayarak sözleşme şartları dahilinde kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmek borcu altına girmektedir. Bu sözleşme türünde sözleşmenin tarafları karşılıklı alacak-borç ilişkisi içinde olmaktadır. Sözleşmenin her iki tarafının da hem alacaklı hem de borçlu olması sözleşmeye tam iki taraflı borç yükleyen sözleşme niteliği vermektedir.

2. Karma Bir Sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karma bir sözleşmedir. Sözleşme eser sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin hükümleri bünyesinde barındırmaktadır.

Eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir "karma sözleşme" tipidir. Zira, bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada, iki sözleşme iç içedir .

Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda teoride çeşitli görüşler ileri sürülmüştür . Doktrinde kabul edilen görüş kıyas teorisidir. Bu teori ”karma akitler kanunen düzenlenmemiş olduğu cihetle bu akitlere herhangi bir kanun hükmü doğrudan doğruya değil ancak kıyasen uygulanabilir. Bu yüzden hakim, karma akdin gayesini ve tarafların karşılıklı menfaatlerinin adilane bir şekilde nasıl bağdaştırılabileceğini göz önünde tutarak karma akdin unsurlarının ait olduğu tiplere ait hükümleri kıyasen karma akde tatbik etmeli, icabında bir tipe ait çözüm yolunu tercih eylemeli yahut çeşitli unsurlara ait hükümlerin hepsini bir tarafa bırakarak borçlar hukukunun genel esaslarını uygulama yoluna gitmeli, böylece bir sonuca varmak mümkün değilse örf ve adet hukukuna başvurmalı, bundan da bir sonuç çıkaramazsa kendisi kanun koyucuymuş imiş gibi bir kural koymalıdır. Bu kuram MK.md 1'deki ilkelere de uygundur ”. şeklindedir. Erman ve Yavuz ‘da karma nitelikteki arsa payı inşaat sözleşmesine kıyas teorisinin uygulanacağı görüşündedirler.

Doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından yaratma(kıyas) hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmekle birlikte Yargıtay inşaat yapımı için eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin, arsa paylarının devrine ilişkin hükümlere ise satım sözleşmesine ilişkin kuralların (birleştirme kuramının) uygulanacağı görüşündedir.

3. Sürekli-Geçici Karmaşığı Bir Borç İlişkisidir.

Arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi, yoksa sürekli borç ilişkisi niteliğinde mi olduğu tartışmalıdır.

Yavuz; eser sözleşmesinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de ani edimli (ani-geçici borç ilişkisi doğuran) sözleşme niteliğine haiz olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, edimin yerine getirilmesiyle borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşir; alacaklı da, bu anda, ifaya ilişkin çıkarına kavuşur. Sürekli bir borç ilişkisi doğurmaz. Yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunun yerine getirilmesi zaman içinde devam eden bir ifaya yönelik olmayıp, yerine getirme ile (teslimle) sona erer. İş sahibinin ifa ile gözettiği çıkarı, eserin teslimi ile gerçekleşir. Eser sözleşmesini, yüklenici bakımından kurulması ile yerine getirilmesi arasında belirli bir süre geçti diye sürekli borç ilişkisi sayılmayacaktır. Bunlar sadece yüklenicinin ifa için yaptığı hazırlık çalışmaları olarak kabul edilecektir. Çünkü eser sözleşmesinde yüklenicinin edimini yerine getirmesi, teslimle gerçekleşir. Başka bir anlatımla, yüklenicinin edim yükümü, belirli veya belirsiz zaman boyunca sürekli olarak yerine getirilmesi gereken bir borç niteliği taşımaz. Meydana getirilecek eser borcunun başlangıçta kesin olarak belli olmadığı ve zamana yayılmış olarak, ardarda teslimi gereken eser sözleşmeleri ise sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak kabul edilebilir.

Bir diğer görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi olarak nitelendirilemez. Yüklenicinin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini ediminin dışında saymak ve hazırlayıcı faaliyetler olarak görmek doğru olmaz. Genellikle bu tür sözleşmelerde binanın belli aşamaya gelmesi ile göre edimler peyderpey ifa edilmektedirler. Böylelikle sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğinin de bulunduğu kabul edilmektedir.

BÖLÜM II

A. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Çalışmamın birinci bölümünde açıkladığım üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satımı ile eser sözleşmesinin unsurlarını taşıyan karma nitelikte bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile yüklenici kendi malzemesi ile yapacağı inşaatın bir bölümü arsa sahibine vermeyi yükümlenmesine karşılık, arsa sahibi de üzeri inşaat yapılacak arsanın belli bir payını tapuda yükleniciye intikal ettirmeyi taahhüt eder.

Sözleşmenin şekli arsa sahibi ve yüklenici edimi yönünden incelendiğinde, arsa sahibinin yükleniciye vermeyi yükümlendiği arsa payının geçirimi taahhüdünün TBK 22/2 ve 237 ve 4721 Sayılı MK'un 706. Maddelerine göre resmi senetle yapılması geçerlilik koşuludur. Taşınmaz satımının TBK'nun 237 maddesine göre resmi şekilde yapılması zorunludur. Yine Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca taşınmaz mal satımını konu alan sözleşmeler tapu memuru huzurunda yapılmakta ve bu konudaki resmi senetler tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından düzenlenmektedir. Yüklenicinin edim borcu inşaatı yapmaktır. Eser sözleşmesi hukukumuzda herhangi bir geçerlilik şekline bağlanmamıştır. Taraflardan birinin edimi resmi şekle tabi olduğundan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de bu şekle uygun yapılması gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterde resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Çünkü TMK'nun 706. maddesinin 1. fıkrasında taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olabilmesi için resmi şekilde düzenlenmiş olmaları gerektiği; TBK'nun 237. md. 2. fıkrasında taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmayacağı belirtilmiştir; Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinin 1. fıkrası

3.bendi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak görevi noterler verilmiş ve aynı Kanun'un 89.maddesinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi" düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler"den sayılmıştır. Ayrıca Tapu Kanunu'nun 26.maddesinin 7.fikrasında da bu sözleşmelerin noterce yapıldığına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Resmi şekle uyulmadan yapılan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" kural olarak geçersizdir.

Yargıtay HGK'unca verilen bir karar"...Eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir "karma sözleşme" tipidir. Zira, bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada, iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan "inşaat sözleşmesi"; diğeri ise MK.nun 634, TBK.nun 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmi biçimde yapılması gereken "mülkiyet nakil borcu doğuran sözleşme"dir. Bu nedenle "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" noterde "düzenleme" biçiminde yapılmakta ve mahkemelerde de bu husus "re'sen" gözetilmektedir."şeklindedir.

Tarafların kendi aralarında düzenledikleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi noterin resmi kağıdına geçirilmemiş olmasına rağmen, noter tarafından sahifeleri damgalanmak suretiyle bu sözleşmenin kendi huzurunda taraflarca okunduğu ve kendi iradelerine uygun bulunduğu şerhi taşıyorsa,tarafların ve tanıkların kimlikleri noter resmi kağıdına yazılarak imzaları huzurda alınmışsa,bu sözleşmenin şekli bakımından geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.Noterlik Kanununun 88/1.md.gereğince taraflarca haricen düzenlenen metnin,noter tarafından noter senedine işlenmesi suretiyle hazırlanan metnin,noter senedinin tamamlayıcı bir unsur haline geldiği durumlarda bu sözleşme geçerli hale gelmektedir.

Taraflar arasında resmi bir şekilde yapılmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sonradan değiştirilmesi ya da şartlarının ağırlaştırılması istenirse, bunlarında TBK md. 237 uyarınca resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

2. Sekle Aykırılığın Sonuçları

Sözleşmenin şekli TBK.'nun 12.md.;“ Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterde resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur.

Kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulmadan yapılan bir sözleşme geçersizdir.Bu hüküm emredici niteliktedir ve husus taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi hakim tarafından resen göz önüne alınır.Buna karşılık,İsviçre ve Türk Hukukunda şekil eksikliğinin geçersizlik sonucu doğurmasına rağmen, bunun ancak taraflarca ileri sürülebileceği, hakim tarafından resen göze alınmayacağı birçok hukukçu tarafından ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, şekil eksikliğini sadece taraflar veya onun külli halefleri ileri sürebilir,hakim şekil eksikliğini resen göz önüne alamaz,üçüncü kişilerde bunu ileri süremezler, şekil eksikliği ileri sürülünceye kadar sözleşmedeki hükümler geçerli bir sözleşmede olduğu gibi sonuç doğururlar.

3. Resmi Şekle Uygun Düzenlenmeyen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları Bağlayıcı Olmasının Koşulları

Resmi şekilde düzenlenmeyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli bir sözleşme olmamakla beraber 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 yapımına rıza göstermişse veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse bu takdirde sözleşmenin hukuken

geçersiz olduğu ileri sürülemez; zira bu, MK'nun 2.maddesi uyarınca dürüstlük ile bağdaşmamaktadır.

Şekil eksikliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyor ve hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa, artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemeyecektir.

3.1. Edimlerin Karşılıklı Olarak Tamamen İfa Edilmiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekle uygun olarak yapılmamış ancak taraflarca bu sözleşmeden doğan hak ve borçların tamamen yerine getirilmesinden sonra, taraflardan biri ifanın dayanağı olan sözleşmenin şekle uygun bulunmadığını ve geçersizliğini ileri sürerek edimlerinin iadesini talep edemez.

Bu davranış MK.'un 2 maddesindeki dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz. Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada dürüst olmak zorundadır. Sözleşme resmi şekle uygun olarak yapılmamış olsa bile taraflar edimlerini ifa etmişlerdir. Bundan sonra taraflardan herhangi birinin, ifa edilmiş olan bu sözleşmenin hukuken geçersiz olduğunu iddia etmesi ve geçersiz bir sözleşmeye göre verilen şeyin hukuki nedeni olmayacağını ileri sürerek iadesini talep etmesi objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz.

3.2. Yüklenici Tarafından İnşaatın Tamamının Veya Büyük Çoğunluğunun Yapılmış Olması

Arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde akdedilmemiş olmasına rağmen yüklenici inşaatın tamamını veya büyük bir kısmını bitirmiş ise arsa sahibinin sözleşmenin şeklen geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı olarak kabul edilmektedir. Yüklenicinin objektif iyi niyet kuralından yararlanması için yüklenimindeki inşaatın büyük bir kısmını yapmış olmalıdır. "Büyük bir kısım"dan ne anlaşılması gerektiği veya "şeklen geçersizliğin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunun kabul edileceği inşaat seviyesi" nin ne kadar olduğu esasen, her somut olayın kendi şartlarına göre değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Resmî şekilde yapılmamış olmakla birlikte eserin büyük ölçüde veya tamamına yakın (% 90 üzeri) bitirilmiş ve iş sahibi tarafından kabule icbar edilebilecek düzeye getirilmiş ise şekle aykırılığın ileri sürülmesi MK md.2/II gereğince hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır.

3.3. Arsa Payının Yüklenici Adına Geçirilmiş Olması

Şekil biçimine uyulmadan yapılan, hukuken geçersiz bir akde dayanılarak, arsa sahibinin edimi olan arsanın tamamı veya sözleşme ile geçirilmesi taahhüt edilen arsa payı müteahhit adına tapuda ferağ edilmiş ise, bu edim geçersiz sözleşmeyi taraflar için bağlayıcı kılar.

3.4) Tarafların Karşılıklı Ve Kısmen Edimlerini İfa Etmiş Olmaları

Taraflar hukuken geçersiz bir sözleşmeye dayanarak edimlerini karşılıklı kısmen yerine getirmiş iseler, iradelerinin sözleşmeye bağlılık olduğu açıktır. Bu durumda sözleşme ,geçerli akdin hukuksal sonuçlarını doğurur.

Şekil biçimine uyulmadan düzenlenen arsa karşılığı kat yapım sözleşmesine göre müteahhidin kendisine teslim edilen arsa üzerinde inşaatı başlamasından sonra, arsa sahibinin müteahhide devrine kabul ve taahhüt ettiği arsa payından bir kısmını müteahhit veya onun gösterdiği kişi adına tapuda intikal ettirmiş olması halinde; tarafların edimlerini karşılıklı ve kısmen ifa ettikleri hallerde, ortak sözleşmenin hukuken geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, M.K.2 maddesindeki iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından dinlenmez.

Örneğin, şekil koşuluna uyulmadan adiyen düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaatı başlatan müteahhidin, sözleşmede payına düşen dairelerden birini üçüncü bir şahsa satmış olmakla, arsa sahibince satılan dairenin arsa payını alıcısına tapuda ferağ edilmesi veya

sözleşmede yükleniciye devredeceği kabul edilen taşınmaz payından bir kısmının arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilmesi kısmi bir edim olup,yapımına başlanan inşaatın da müteahhit yönünden kısmi edim olup,yapımına başlanan inşaatın da müteahhit yönünden kısmi edim olması bakımından taraflar yüklenicilerle edimleri kısmen ifa etmiş olmaktadır. İşte karşılıklı kısmi edimlerin ifa edildiği bu durumda, artık durumda, artık taraflardan birinin sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi MK'nun 2. maddesindeki objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından dinlenmez.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi her ne kadar TBK'nunda düzenlenmemiş ise de uygulamada sıkça karşılaşılan bir sözleşme türüdür. Uygulamada sıkça karşılaşılan bu sözleşmenin olası bir kanun değişikliği kapsamında kanunda düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyim. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karma bir sözleşmedir. Sözleşme eser sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin hükümleri bünyesinde barındırmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterde resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Sözleşme şekle uygun yapılmaz ise geçersizdir. Sözleşmenin şekli hakim tarafından resen incelenmektedir. Ancak her somut olayda şekil eksikliğinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı incelenmelidir.

KAYNAKÇA

Duman, İlker Hasan, 100 Soruda İnşaat Hukukuna Giriş, İstanbul, 2012.

ERMAN,Hasan,Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi,İstanbul,2010.

Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantıları.

Kazancı İçtihat Programı.

KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri,İstanbul,2010.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler)İstanbul,2012.

Yargıtay Kararları.