

GAYRİMENKUL SATIŞLARINDA RESMÎ ŞEKİL MESELESİ

Prof. Dr. Kemâl Fikret ARIK

I — Prensiplerin hatırlatılması :

Gerek memleketimizde, gerek İsviçre'de gayrimenkul satışları, resmî şekle bağlıdır. Resmî şeklin neden ibaret olduğunu tesbit yetkisi İsviçre'de kanton kanunlarına bırakılmış bir husustur. Memleketimizde Tapu Kanununun 26. maddesi gayrimenkul mülkiyetini **nakle** mâtuf akitlerin Tapu Dairelerince tanzimini emretmiştir. Yalnız gayrimenkul satış vaadi, Noter Kanununun değişik 16. maddesi mucibince Noterlere bırakılmıştır.

Resmî şekle riayetsizlik satış akdinin bâtil olması sonucunu doğurur. (Borç. K. M. 20).

Resmî satış senedinde, akdin **esaslı noktalarının** gösterilmesi bir şekil bozukluğu teşkil eder. Böyle bir satış akdi hükümsüzdür. Mülkiyetin nakline karşılık olarak kabul edilen bedelin tamamı akdin esaslı noktalarındandır ve resmî senette gösterilmelidir. Şu halde resmî satış senedinde gösterilen bedel fiilî yani gerçek bedele uygun değilse satış akdi hükümsüzdür (meselâ 1000 lira yerine senette 300 lira gösterilmiştir); gerçek bedelin bir kısmının daha önce ödenmesi ve senede sadece ödenecek kısmın yazılması halinde de satış bâtıldır (meselâ 1000 liralık satış bedelinin 600 zü peşin ödendikten sonra resmî senette satış bedelinin 400 lira olarak gösterilmesi halinde olduğu gibi).

II — Yeni İçtihadada Konu Olan Meseleler :

İsviçre Federal Mahkemesi gayrimenkul satışlarında şekil meselesile ilgili yeni bir kararında (1) iki mühim mesele ortaya atmıştır :

1 — Bir resmî satış senedinde müşterinin ödeyeceği **şartlı ek bedel**'in gösterilmemiş olması da bir butlan sebebi midir?

(1) Bak: *Sscheiwiler-Frey* dâvasında verilen 16 Ağustos 1960 tarihli karar (BGE. 86 II 258; Jd.T. 15 Mart 1960 Sh. 130-134)

2 — İşbu butlan sebebinin ileri sürülmesi, bir hakkın kötüye kullanılması sayılır mı?

III — Olaylar (fiilî mesele) :

Y. S. adlı dâvacı, dâvalı M. F.'nin arsalarına bitişik iki gayrimenkulün sahibidir. Dâvacı 1954 yılı ilkbaharında dâvalıya başvurmuş ve 7 numaralı gayrimenkülü kendisine satmasını istemiştir. Maksudı her üç gayrimenkul üzerine birden bir bina yapmaktır. Dâvalı, esas itibarile bu teklifi kabul etmiştir. Müşteri 10 Mart 1954 tarihinde verdiği **yazılı bir taahhütte** en geç sözleşmede mülkiyetin devri yâni ferağ tarihi olarak gösterilen 1 Nisan 1957 tarihinden önce mülkiyetin kendisine devri halinde ayrıca bir **tazminat** vermediği vaad etmiştir. Bu suretle müşteri, bedele ilâve olarak, mülkiyet 1956 güzünden önce devredildiği takdirde 40.000 frank, en geç 1 Nisan 1957 tarihine kadar devredildiği takdirde de 30.000 Frank ödeyecektir.

Bununla beraber 31 Mart 1954 tarihli resmî satış senedi yalnız satış bedelini ihtiva edip bu ilâve bedel hususunu ihtiva etmemektedir. Fakat taraflar müşterinin bu ilâve bedeli ödemesi hususunda mutabık kalmışlardır.

Satıcı sattığı gayrimenkulün mülkiyetini muayyen tarihte devretmemiştir.

Bunun üzerine müşteri, Mayıs 1958 de satıcı aleyhine bir dâva açarak satış konusu gayrimenkulün kendi adına teşçiline karar verilmesini istemiştir. Buna karşılık dâvalı, satış akdinin hükümsüz olduğunu, zira ilâve bedele ait 10 Mart 1954 tarihli senedin resmî bir senet şeklinde tanzim edilmediğini iddia etmiştir. Zürih Kantonu ilk ve üst derece mahkemeleri bu savunmayı kabul ederek dâvanın reddine karar vermiştir. Federal Mahkeme, dâvacının temyiz müracaatını red ve ilk ve üst derece mahkemelerinin kararını tasdik etmiştir.

IV — Hukukî Meselenin Tahlili :

1. Medenî Kanununun 633 ve Borçlar Kanununun 213. maddesinin 1. fıkrasına göre gayrimenkul satışında resmî senet sözleşmenin bütün esaslı noktalarını, bu arada **mülkiyetin devrine karşılık teşkil eden edimin tamamını** ihtiva etmelidir. Federal Mah-

kemenin müstakar içtihadı bu yoldadır. Bak: J d T 1926 I 340; 1027 I 618; I 70, 1950 I 77; 1953 J 236; 1959 I 170; 1960 I 556 (1).

Satış bedelinin bir kısmı satış senedinin tanzimi tarihinden önce ödenmiş olsa bile, resmî senet bedelin tamamının ihtiva etmelidir. Federal Mahkemenin içtihadı bu merkezdedir: Bk: J d T 1959 IV 58; 1959 I 323, 1960 I 556)

Karşı edimin akitte esaslı bir unsur teşkil eden bir kısmı şartta bağlı olsa dahi resmî senette bu kısmın da yâni bedelin tamamının yer alması lâzımdır. Resmî senette zikredilmeyen şartlı bir edâ vaadi şartın gerçekleşmemesi sebebiyle, muhtevassız kalsa dahi, akit muteber bir hale gelmez. Akil yapıldığı sırada âkitle-
rin esaslı saydıkları her hususun resmî senette gösterilmesi zaruridir.

2. Federal Mahkeme kararına konu teşkil eden sözleşmeyi yukarıda yazılı prensiplerin ışığı altında ele almıştır: Satıcıyı bir an önce akdi icraya teşvik etmek, yâni mülkiyeti bir an önce uhdesine naklettirmek için müşteri satış bedeline ilâve olarak bir «tazminat» vaad etmiştir. Bu sözde «tazminat» ın gerçekte satış bedeline katma bir para olduğu açıktır. Taraflar bu ilâve paranın ödenmesinde uyuşmuşlardı. Ancak ilâve bedelin ödenmesi ve miktarını mülkiyetin bir an önce nakli şartına bağlanmıştır: Satıcı mülkiyeti 1956 güzünden önce naklederse 40 bin, 1 Nisan 1957 den önce naklederse 30 bin frank alacaktı. Bu nokta, akdin esaslı bir unsuru idi. Zira mahallî mahkemenin takdirine göre müşteri, bedeli bu munzam parayı kabul etmek suretile artırmamış olsaydı satıcı gayrimenkulü satmağa razı olmıyacaktı. Bu munzam tediye-
nin bağlı olduğu şart, mahiyeti itibarile müşterinin ihtiyarına bağlı iradî bir şarttır.

Şu fiilî duruma göre, şartta da bağlı olsa munzam ücret, satış bedelinin kayıtsız ve şartsız bir parçası nasıl resmî senette yer alıyorsa aynı suretle resmî senette yer almalı idi. Senette yer almaması akdin bütününi hükümsüz kılmıştır. Zira resmî satış senedinde gösterilen husus, tarafların gerçek iradelerine uygun değildir; tarafların gerçekten uyuştukları husus da resmî senette yer almamıştır. Müşterinin kasden (dolosivement) hareket etmesi veya akdin muhtevası hususunda şahısları aldatmak istemiş olması neticeyi değiştiremez.

(1) Prof. Roger Secrétan bu konuda beliren içtihat değişmesini bir kısa notta belirtmişti. Bk. JdT 1959 I 322.

Satış 1 Nisan 1957 sonunda da, bu tarihten itibaren munzam bir ücret teminine ilişkin şartın gerçekleşmesine artık imkân kalmamış olmakla beraber, muteber bir hale gelmemiştir.

3. Satıcının, şekil bozukluğu sebebiyle akdin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi bir hakkın kötüye kullanılması sayılır mı?

Doktrinde (1) ve İsviçre mahkeme içtihadında kabul edilen fikre göre bir hukukî muamelenin şekil noksanı sebebiyle hükümsüzlüğünü iddia etmek, esas itibarile hakkın kötüye kullanılması demek değildir. Ancak bu kimsenin davranışı özel bir takım sâikler yüzünden dürüstlüğe objektif iyi niyet kaidelerine açıkça aykırı ise o zaman hak kötüye kullanılmıştır. (Federal Mahkemenin, şu kararlarına bk: J d T 1943 I 70; 1946 I 386; 1953 I 2; 1959 I 170, 241, 368).

Federal Mahkeme dâvaya konu teşkil eden olayları bu prensibin ışığı altında şu tarzda değerlendirmiştir :

Satıcı niçin satış akdinde şekil noksanını ileri sürmüştür? Belki gayrimenkulünü artık satmaktan vaz geçmiştir, belki de daha elverişli bir bedelle satmak arzusundadır. Bu iki halde de satıcı, için şekil noksanını ileri sürmek hususunda meşru ve korunmaya lâyık menfaati vardır. Bunun aksini ispat etmek ödevi dâvacıya (müşteriye) düşer, zira dâvalının hakkını kötüye kullandığını iddia eden odur.

Mülkiyeti nakil için konmuş müddetin geçmiş olması hasebile munzam bir bedel ödemek hususundaki vaadin hükümsüz kalmış olması neticeye tesir edemez. Zira bu vaadin hükümsüz kalmamasını sağlamak için satıcının mülkiyeti 1 Nisan 1957 tarihinden önce müşteriye nakil etmesi, yâni satış akdini icra etmiş olması icap ederdi. Halbuki hükümsüzlüğünü intaç eden şekil noksanı sebebiyle müşterinin bunu talep etmeğe hakkı yoktu.

Şu halde satıcı 1 Nisan 1957 tarihine kadar -yekûn itibarile 190 veya 180 bin frank'a hakkı olabildiği halde - akdin muteberliğine itiraz etmek suretile iyi niyet kaidelerine aykırı hareket etmemişse şimdi alacağı yalnız 150 bin franka bâliğ olduğu zaman bu hareketini hüsnüniyet kaidelerine aykırı saymak daha az mümkündür. Bu bedelin uygun olup olmamasının önemi yoktur. O bir yandan satıcıya, fazla munzam bedeli resmî senede yazdırmamak

(1) Bk. Doç. Dr. Kemal Oğuzman: *İstanbul Barosu Dergisi*, yıl I 953 Sayı 9

suretiyle ileride, duruma göre, akdin şekil noksanı sebebiyle butlanını ileri sürmek maksadile hareket etmekle suçlandırmak için ortada bir delil de yoktur. Bu hâdise de gayrimenkul satın almak için ilk harekete geçen ve ısrar eden müşteri olmuştur. Mal sahibinin hiç böyle bir niyeti yoktu. O, daha 7 Temmuz tarihinde akdi iptal ettirmek arzusunda olduğu müşteriye bildirmiştir. Satıcı o zaman şekil noksanını ileri sürmemiştir. Lâkin müşterinin bunu anlaması mümkündür. Müşterinin görüşmelere memur ettiği mimar da akdin şekil noksanı sebebiyle hükümsüz olduğunu biliyordu.



2. Teminat gayesile gayrimenkul mülkiyetinin nakli (*) mu-teber midir? — Şekil noksanile malûl bir akdin ifasından sonra butlan iddiası hakkın suiistimali olur mu?

Federal Mahkemenin taşınmaz mallarda mülkiyetin devri ve hakkın kötüye kullanılması konularını ilgilendiren bir başka kararını kısaca nakil ve tahlil etmekte fayda görüyoruz. Çünkü söz konusu karar, Türk hukuku bakımından hem nazari, hem amelî alanda büyük değer taşıyor. Kolayca anlaşılması için gerek olayın, gerek gerçeklerin mümkün merteye kısaltılarak nakli tercih edilmiştir (Federal Mahkemenin söz konusu kararı için bk: FMK. 86 II Sh. 221, JdT 1961 I sh. 20 203 vd.).

I — Karar Konusu Olaylar :

1. O. Fritscki (bundan böyle F. kısaltmasıyla göreceğiz), 25 Temmuz 1938 tarihli resmî senetle T. Studer'e (bundan böyle S. kısaltmasıyla göstereceğiz) 22.000 frank karşılığında evini satmıştır. Alıcı, satış bedeli karşılığı olarak aynı miktarda ipotega bağlı bir borcu üzerine almıştır. Alıcı ve satıcı aynı gün yazlı bir sözleşme yapmışlardır. Bu sözleşmede satış bedeli ile F.'nin S.'ye olan 8000 frank borcunun takas suretiyle sona erdiğini ve dolayısıyla satış bedelinin aynı miktarda düştüğünü tesbit etmişlerdir. Yine aynı gün satıcı alıcıya gayrimenkul üzerinde dört yıl süreli bir vefa hakkı tanımıştır. 10 Ağustos 1938 tarihinde mülkiyetin nakli tapu siciline tescil edilmiştir.

2. Bunun üzerine alıcı S., satıcı F.'ye birçok defa ödünç para vermiştir. 8 Şubat 1950 tarihli hesap özetinde (relevé de Compte) diğer borçlar arasında, 25 Temmuz 1938 tarihli sözleşmede anı-

(*) Le transfert de propriété immobilière à fin de garantie.

lan 8000 frank borç da yer almış ve F. bu özeti doğruluğunu kabul etmiştir.

3. 1955 yılında resmî senetle F., aynı gayrimenkulü S.'den 44.000 frank bedelle geri satın almıştır. Ancak satıcının iki ihtarına rağmen bedeli ödemediği. Bu arada satıcı S. ölmüştür. Mirasçılar yeni bir ödeme müddeti vererek bu müddet içinde borç ödenmediği takdirde satış akdini feshedeceklerini bildirmişlerdir. Bu müddet içinde de bedel ödenmemiştir. Bunun üzerine mirasçılar evi K.'ya satmışlar ve mülkiyet K. adına tapu siciline tescil edilmiştir.

4. Bunun üzerine F. hem K., hem mirasçılar aleyhine bir dâva açmıştır. Bu dâvada:

a) 25 Eylül 1955 tarihli sözleşmeye göre kendisinin mâlik bulunduğunun edilmesine,

b) K.'nin tapu sicilinde mâlik sıfatı mevcut kaydının silinmesine ve kendisinin mâlik olarak tesciline,
karar verilmesini talep etmiştir.

5. Dâvacının ileri sürdüğü hukukî sebepler :

a) Dâvacı F., 25 Temmuz 1938 tarihinde yaptığı satış akdine rağmen malın mâliki olarak kaldığını iddia etmiştir. Zira bu akit, sadece S.'nin verdiği ödünç parayı teminat altına almak için yapılmıştır. Bu bakımdan inançlı bir muameledir. Nitekim bu satış senedini tanzim eden Noter, taraflara satış yerine bir rehin akdi yapmağı teklif etseydi taraflar buna da razı olurlardı. Yoksa alıcı S., söz konusu ev üzerinde hudutsuz bir mülkiyet hakkı iktisap etmek arzusunda değildi; sadece karz olarak verdiği paranın kendisine geri verilmesini ve alacağının garanti edilmesini istemekte idi.

S.'nin karz alacağı devam edeceğine göre 25 Temmuz 1938 tarihli satış akdi tarafların gerçek iradelesine uygun değildi; taraflar sadece işbu karz alacağını teminata bağlamak istemişlerdi, yoksa ne F., ne mülkiyeti devretmek, ne de S., mülkiyeti iktisap etmek iradesi mevcuttu.

b) F.'nin iddiasına göre, gayrimenkul 1955 yılında kendisine satıldıktan sonra başkasına satılması satış akdi hükümlerine de aykırılık teşkil etmiştir. Çünkü kendisi gayrimenkulün zilyedliğini iktisap ettiğinden ve satıcı da bedelin ödenmemesi halinde fesih hakkını tutmadığından Bk. 211 gereğince akit feshedilemez.

6 — Federal Mahkemenin Hukukî Tahlili :

a) Dosya muhtevasına ve Kanton Mahkemesinin kabul tarzına göre dâvacının iddiasında doğru olan bir cihet vardır: Temmuz 1938 tarihli satış sözleşmesini yapmakla taraflar, satıcı durumunda bulunan F.'ye karz olarak verdiği paraya karşılık, müşteri durumunda bulunan S.'ye bir teminat sağlamak istemişlerdi. Lâkin lâfzî bakımdan mülkiyeti devir maksadını güden bir akdin hakikatta alıcının bir alacağını temin etmek için yapılmış olmasına bakarak, tarafların gerçek maksatlarına göre devredilen şeyin ancak rehin sıfatıyla devredildiği neticesine varılamaz. Taşınır ve taşınmaz mallarla bir karz alacaklısını temin etmek yolundaki ekonomik gayeye bu malları rehin vermek suretile varılabilir, fakat bu gaye o malların (inançlı surette) mülkiyetini devir suretiyle de elde edilebilir. Çünkü İsviçre mahkeme içtihadına ve doktrinine göre teminat vermek gayesile bir malın mülkiyetinin devri muteberdir. Bu muameleye (İnançlı mülkiyet devri muamelesi = Le transfert fiduciaire de propriété) adı verilmektedir. (1).

Bir mal satışı ile birlikte satıcıya vefâ hakkı da verilirse böyle bir satış mülkiyet devri muamelesi bakımından hukukî illet teşkil edebilir, böyle bir satışa (teminat vermek gayesile yapılan satış = vente à titre de sûreté) adı verilir. Federal Mahkeme içtihadında böyle satışlar muteber sayılmıştır (2). Lâkin karz veren kimseye alacağını temin maksadile bir malın mülkiyetinin devri amacını güden bir akitle birlikte borçluya borcun sona ermesi halinde mülkiyetin kendisine iadesini istemek hakkı da tanınmışsa, böyle bir akit dahi mülkiyeti devir muamelesinde hukukî illet teşkil edebilir (3). Profesör Oftinger gayrimenkuller bakımından böyle bir akdin, mülkiyetin devrine hukukî illet teşkil edemeyeceği düşüncesindedir. Lâkin bu görüş bizzat Federal Mahkemece hatalı sayılmıştır. Federal Mahkemeye göre sözü geçen karar bir satış gibi gösterilen inançlı bir hibeye ilişkindir. Ve bu kararda Federal Mahkeme sadece, hukukî illet gösterilmeden yapılan bir mülkiyet devri muamelesinin gayrimenkuller hukukunda caiz olmadığını beyan etmiştir. Eğer tarafların birbirine uy-

(1) JdT 1931 I 304; 1945 II 118; 1947 I 137; 1953 I 553; bk. *Oftinger*, *Fahrinspfand* (Menkul rehni) genel kısım No. 234 vd. ve bu eserde anılan eserler, genel olarak inançlı muamele kavramı için bk. JdT 1945 I sh. 474; 1953 I Sh. 523; 1960 I sh. 143.

(2) Bk. Fed. M.k. 41 III sh. 446; 56 II 447.

(3) Bk. TMK. III sh. 86; 72 II sh 240; 78 II Sh. 416; JdT 1945 II Sh. 118; 1947 I sh. 104; 1953 I sh. 553.

gun iradesine göre malın mülkiyeti karz verene geçecek ve kararlaştırılan bedel de satıcıya fiilen ödenecekse (4) satıcıya tanınan vefâ hakkı da (5) devam ederse satış adı verilen lâkin teminat vermek maksadile yapılan bu akit, taraflarca ciddi istenmiş bir satıştan ibaret sayılmalıdır. Böyle bir halde akdin yapılmasına sâik olan düşünce alıcıya, vermiş olduğu veya vereceği paraya karşılık bir teminat ihdas etmekten ibaret olsa bile böyle bir akitte taraflar satış akdine has hukukî vasıfları gerçekten arzu etmişlerdir. Lâkin iki tarafın hakikî maksadına göre «müşteri» malın mâliki olarak bedelini ödemiyecek, zira mal meccanen ve bir alacağını garanti etmek üzere kendisine verilecek ve borçlusu borcunu öder ödemez mülkiyeti ona tekrar devretmeği taahhüt edecekse hukukî durum tamamile değişir. Bu takdirde yapılan muamele bir satış olmaz, bir satış akdi arkasında gizlenen akit, teminat gayesi ile yapılan bir mülkiyet devri aktinden ibaret olur.

Karar konusu olan dâvada taraflar, aralarında vuku bulan mülkiyet devri muamelesini ciddi arzu etmilerdir. Ancak bu devir muamelesinin hukukî sebebine gelince: 30.000 franklık satış bedeli ipotekli borcun müşteri tarafından deruhte edilmesi ve 8000 franklık karz borcunun takas edilmesi suretiyle ödenecek idi ise ortada bir satış vardır, eğer 8000 frank alacağın takası bir muvazaadan ibaret idiyse muamele garanti gayesiyle bir mülkiyet devri muamelesinden ibaret olacaktır (zira gayrimenkulün ipotekli borç miktarını aşan kısmını mülkiyet devreden dâvacı P.'nin S.'ye bağışladığı hususunda bir karine mevcut değildir).

b) Acaba mülkiyeti devir gayesile yapılan bu akit kanunî şekle uygun mu idi?

Bu iddia, kanton mahkemeleri önünde ortaya atılmamış ve sözü geçen mahkemelerin kararlarında yer almamıştır. Ancak Federal Mahkeme bu hukukî meseleyi kendiliğinden (resen) inceleyebilir (6). Söylemeye hacet yok ki devir aktinin kanunî şekle uygun olmadığı anlaşıldığı takdirde tapu siciline S.'nin mâlik olarak tescili haksız ve yolsuz bir tescil mahiyetini alacaktır.

(4) Bu ödeme ya nakden yapılır ve ödenen para iktisadî bakımdan karz değerini temsil eder, bk. FMK 56 II sh 444, JdT. 1961 I sh 304, yahut satış bedelinin daha önce verilen karz ile takası suretile yapılır.

(5) Böyle bir durum, genel olarak edim ve karşı edimin taraflarca muadil görülmesi halinde mümkündür.

(6) Ezcümle şu kararlar da bu esas kabul edilmiştir. FMK 78 II Sh 226 c. 2; JdT 1953 Fsh 238; FMK. 85 II Sh. 568 JdT 1960 I Sh. 529

Taşınmaz mallarda mülkiyeti devre yönelen akitler ve bu arada satış akti resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmaz (MK. 633 F. 1 BK 213 f. 1). Federal Mahkemenin içtihadına (7) göre resmî senette aktin bütün esas noktaları bu arada taşınmaz mala karşılık taahhüt edilen bedel gösterilmelidir. Federal Mahkemenin eski içtihadına göre bedelin bir kısmı resmî aktin yapılmasından önce ödenmiş olursa geri kalan miktarın resmî senette gösterilmesi kâfi idi. Şimdi bu içtihad değiştirilmiş, bir kısmı daha önce ödenmiş olsa bile bütün bedelin resmî senette yer alması bir muteberlik şartı olarak aranmıştır (7 a)

Karara konu olan hâdiseye gelince: Temmuz 1938 tarihli sözleşmenin tarafların gerçek iradesine uygun olduğu ve devir alınan alacak hakkının takas edilmesinin taraflarca gerçekten arzu edildiği kabul olunursa mahiyetce bir satış olan bu aktin şekil bozukluğu sebebiyle hükümsüz olduğu neticesine varılır. Zira resmî senette satış bedeli olarak yalnız 22.000 frank gösterilmiştir, halbuki hakikî bedel 30.000 franktır. Bunun 22.000 franklık kısmına karşılık S., ipotekli borcu üzerine almış, 8.000 franklık kısmını ise F.'den alacağı olan 8.000 frankla takas etmiştir. Bir an için 8.000 frangın takasına ait muamelenin muvazaalı olduğu kabul edilirse mevcut aktin yine sahîh ve muteber olmaması gerekir. Zira bu takdirde muamele bir satış teminat gayesi ile yapılan bir mülkiyet devri olan bu takdirde, mülkiyet devri muamelesinin hukukî sebebi resmî senette yanlış gösterilmiş demektir. Devir muamelesinin sadece teminat gayesiyle yapıldığına mülkiyeti devreden kimse borcu öder ödemez mülkiyeti devir alanın gayrimenkulü kendisine devredeceğine dar anlaşma, aktin esaslı noktası mahiyetindedir. Federal Mahkemenin yeni içtihadı harfi harfine (Strictment) uygulanınca, resmî senedin muteber olması için bu anlaşmanın senette yer alması gerekirdi. Halbuki yer almamıştır.

c) Şekil noksanı sebebine dayanan bir hükümsüzlük ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması mahiyetini alır mı? Şekil noksanlığına dayanan hükümsüzlüğü ileri sürmek, iyi niyet kaidelerine aykırı bir hareket teşkil eden, yani hakkın açıkça kötüye kullanılması mahiyetini taşıyan hallerde, şekil noksanına dayanan butlanın dikkate alınmayacağı mahkeme içtihadınca kabul edilmiştir (8).

(7) Bk. FMK 84 IV 164, TdT 1959 IV 57, 1959 I 322; 86 II 36, JdT 1960 I 556

(8) Bk. FMK 72 II Sh. 41 ve bu kararda gösterilen kaynaklar, JdT 1946 I sh. 390; FMK 78 III sh 226, JdT 1953 I sh 239; FMK 84 II sh 375 ve 641; JdT 1959 sh 371.

İyi niyet kaidelerine göre şekil noksanının nazarı itibare alınmaması dâvada açıkca ileri sürülmemiş olsa bile, hâkim tarafından incelenmelidir; bu mesele, bizzat şekil meselesi gibi, mahkemece resen tetkik edilmelidir (9). Hâkim, bir hakkın kötüye kullanılıp kuelanılmadığını, serbest takdirine göre ve hal ve şartların bütününi göz önünde tutarak, kati (rigide) kaidelere bağlanmaksızın, serbestçe takdir eder (10).

Karara konu teşkil eden olaya bakıldığı zaman F. nin 1938 tarihli satış aktinin kendisine yüklediği borçları ifa ettiği görülür. Gerçekten gayrimenkulü tapu sicilinde müşteri adına tescil ettirmiştir. Müşteri de ipotekli borcu üzerine devir almış ve faizini de ödemiştir. F. 1955 yılında aynı gayrimenkulü S.'den geri satın almış, böylece S.'nin gayrimenkulün mâliki olduğunu kabul etmiştir. Bu şartlar altında 1938 tarihli satışın, şekil noksanı sebebiyle bâtil olduğunu iddia etmesi F. bakımından hakkın açıkca kötüye kullanılması demek olur.

d) Dâvacı kendisine yapılan 1955 tarihli satıştan sonra gayrimenkulün başkasına satılmasının satış aktinden doğan borçlara aykırı olduğunu iddia etmiştir. Dâvacının iddiasına göre gayrimenkul, daha satış bedelini ödemedi (brevis manu traditio) yolu ile kendi zilyetliğine geçmiştir ve satıcı, bedelin ödenmemesi halinde akti feshedeceğini sarih surette sözleşmede saklı tutmamıştır. Şu halde ne satıcının ne de mirascılarının, satış bedelinin ödenmemesi sebebiyle akti feshetmeğe (BK 211 III gereğince) hakkı yoktur. Akit vâki olduğuna göre malı başkasına satmak, akte aykırı hareket etmek demek olur.

Federal Mahkeme bu iddiayı haklı olarak reddetmiştir. Bir kere 211. maddenin 3. fıkrası ancak kredili, yani veresiye satışlarda uygulanır (11), halbuki 1955 tarihli satış, böyle kredili bir satış değildir. Böyle olunca dâvacının adına tescil, bedelin ödenmesinden sonra yapılacaktır. Öbür yandan, (Bk. M. 211) hükmü menkul eşya satışı bahsindedir ve gayrimenkul satışlarına ancak kıyas suretiyle uygulanır (Bk. 211). Menkul satımında zilyetliğin devrine tekabül eden husus gayrimenkul satışlarında tapu siciline yapılan tescildir. Bu itibarla (Bk 211) III de satış bedelinin ödenmesinden önce zilyetliğin devrinin doğurduğu hukukî sonuçlar (yani satışın feshedilememesi) gayrimenkul satışında müşterinin

(9) Bk. FMK 78 II sh. 226, JdT 1953 I 238,

(10) Bk. FMK 72 II sh. 44, JdT 1944

(11) Bk. *Oser-Schönenberger* şerhi madde 214, not 12

tapu siciline tescilinden sonra doğar. Olayda dâvacı, sözü geçen noktaya istinat edemez. Çünkü 1955 tarihli satış akti tapu siciline tescil edilmemişti.

Gayrimenkul satışlarında alıcı ödemede temerrüd ederse satıcı, esas itibariyle hiçbir merasime hacet kalmaksızın satış aktini feshedebilir. Ancak bu hakkını kullanmak istiyorsa keyfiyetten alıcıyı derhal haberdar etmekle mükelleftir (Bk 211 I ve II). Bu dâvaya konu teşkil eden olayda satıcı müşterinin temerrüdü üzerine akti fesih hakkını kullanacağını derhal müşteriye haber vermemiştir. Bu suretle **derhal fesih hakkı**, yahut ihbarsız fesih hakkı sona ermiştir. Ancak borçlunun temerrüdüne dair umumî hükümler dairesinde (yani Bk M. 106 vd. göre) akti fesih hakkı mevcuttur (12). Bk. 106 maddeye göre mütemerrid borçluya verilen munzam müddetten sonra borç yine ifa edilmezse alacaklı derhal ihbar etmek şartile akti feshedebilir. Bu hâdisede borcun ifası için verilen munzam müddet geçer geçmez alacaklı akti feshedeceğini borçluya bildirmemiştir. Ancak yeniden verilen munzam bir müddetten sonra akti feshetme hakkı mevcuttur (13) ve bu hakkını da kullanmıştır.

N e t i c e l e r :

1. Gayrimenkul hakkının bir alacağı garanti etmek maksadıyla devri caiz ve muteberdir. Ancak temlike esas teşkil eden senesinde, muteber bir hukukî sebebin gösterilmesi lâzımdır. Hukukî sebep bir satış olabilir, ancak bu takdirde müşterinin bedeli ödeme, satıcının mülkiyeti devir hususunda ciddî bir arzusu olmalıdır; hukukî sebep doğrudan doğruya bir garanti tesis etmek olur, bu takdirde müşterinin satın aldığı malı, satıcı bedeli kendisine iade eder etmez, devir etmek borcu altına girmiş olması lâzımdır.

2. Gayrimenkul mülkiyetini devre matuf olan akitlerin resmî şekilde yapılması lâzımdır. Resmî şekil akdin bütün esaslı noktalarına şâmil olmalıdır. Bir satış akdi söz konusu ise müşterinin gayrimenkulün devrine karşılık deruhte ettiği mütekabil edimin resmî senette yer alması lâzımdır; Bedelin bir kısmı senedin tanziminden önce ödenmiş olsa dahi tamamının senette yer alması lâzımdır.

3. Gayrimenkul mülkiyetinin nakline dair bir akitte intikal sebebi yalnız gösterildiği takdirde akit bâtil olur. Ezcümle taraf-

(12) Bk. FMK 49 II sh. 32, JdT 1923 sh. 374; *Becker* Madde 214 n 5

(13) Bk. FMK 67 II sh 304, JdT 1951 sh. 269; Oser-Schönenberger madde 106 m 21.

ların gerçek maksadı ve arzusu teminat tesis amacıyla mülkiyeti nakletmek olduğu halde akdin satış olarak gösterilmesi butlanı mucip olur. Zira bu takdirde akit, anlaşmanın esaslı bir noktasını ihtiva etmiyor demektir. Gerçekten mülkiyeti iktisap eden kimşenin mülkiyeti devir edenin kendisine karşı borcunu ifa etmesi halinde mülkiyetini ona tekrar devretmek taahhüdü (teminat tesis amacıyla mülkiyeti nakil) muamelesinin esaslı bir unsurudur.

4. Bir akdin şekil noksanı sebebiyle butlanı bu husustaki iddia hakkın açıkça kötüye kullanılması ve iyi-niyet kaidelerine aykırı bir hareket mahiyetini taşıdığı zaman dikkate alınmaz.

Hâkim şekil noksanı sebebiyle butlanı keyfiyetini re'sen tetkik eder; bu takdirde iyi-niyet kaidelerinin butlanı dikkate almağa engel olup olmadığını da re'sen tetkik etmek zorundadır.

5. Müşterinin bedeli ödemekte temerrüdü yüzünden satış akdini feshe hakkı olan satıcı bu hakkı kullanacağını müşteriye derhal bildirmezse hakkını kaybeder. Ancak borçların yerine getirilmemesi hakkındaki umumi prensiplere göre akdi feshetmek salâhiyetini muhafaza eder.

6. Borçlunun temerrüdü halinde borcun ifası için munzam bir mühlet veren alacaklı, bu süre içinde de borç ifa edilmezse kadi feshedebilir (Bk 100 II) ancak bu ciheti derhal borçluya bildirmesi lâzımdır. Bildirmemişse fesih hakkı zâyi olur. Bu takdirde yeniden munzam bir ifa müddeti vermeğe ve bu müddet içinde de borç ifa edilmezse derhal bildirmek şartile akdi feshetmeğe hakkı vardır.



3. MİRASI TAKSİM MUKAVELESİNİN ŞEKLİ, TANZİMİ TARZI, İHTİVA EDEBİLECEĞİ KAYITLAR

Federal Mahkeme tatbikî önemi büyük olan mirası tasim mukaveleleri ile ilgili bazı noktaları açıklayan bir karar vermiştir (1). Bu kararda Yüksek Mahkeme aşağıdaki hususları tesbit etmiştir:

I. Karara Konu Teşkil Eden Olaylar :

1. Murisin ölümü üzerine sekiz çocuğuna bir bina kalmıştır. Çocukların bina üzerinde iştirak halinde mülkiyeti mevcuttur.

2. Mirasçılardan altısı binanın içlerinden birine tahsisine muvafakat ettiklerini yazı ile bildirmişlerdir. Ancak bu mirascının binayı şahsi ihtiyaçları için kullanması gerektiğini şart koşmuşlardır.

3. Aradan 20 sene geçtikten sonra geri kalan mirasçılardan birisiyle binanın zilyedi olan mirasçı arasında ihtilâf çıkmıştır.

4. Bunun üzerine zilyed olan mirasçı aleyhine evvelce taksim senedini imzalayanlardan iki mirasçı bir dâva açmıştır. Bu dâvada binanın hâlâ 8 mirascının iştirak halinde mülkiyeti altında bulunduğu tesbiti, dâvalı mirascının gayrimenkulü yalnız başına idareye yetkisi bulunmadığını iddia, taksim mukavelesi yapıldığı günden beri idaresinin hesabının verilmesini istemişlerdir.

5. Bunun üzerine zilyed olan mirasçı, mirası taksim sözleşmesindeki iki imzayı senedi kendisi imzalayarak ve imzalamayan bir mirascıya daha imzalatarak tamamlamıştır. Aynı zamanda dâva dilekçesine verdiği cevapta, bu taksim sözleşmesi suretiyle mülkiyetin kendisine tefvizi gerektiğini iddia etmiş ve bu iddiası kabul edilmediği takdirde gayrimenkule yaptığı masraflar karşılığının kendisine ödenmesini mukabil dâva yoluyla talep etmiştir.

6. Dâvacı iki mirasçı, dâvalının savunmasının reddini istemişlerdir. Kanaatlerine göre 25 yıl önce imzaladıkları taksim sözleşmesindeki eksik imzaların tamamlanmasıyla akdin muteber bir hale gelebileceğini iddia etmişlerdir.

7. İlk derece mahkemesi, taksim sözleşmesinin muteber olmadığına ve dolayısıyla dâvalı mirascının ev üzerinde bir hakkı bulunmadığına karar vermiştir. İkinci derece mahkemesi ise aynı sözleşmenin muteber olduğuna ve bu sebepten dâvalı mirascının ev mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep hakkı olduğuna karar vermiştir. Bu mahkemeye göre miras sözleşmesinin evin bizzat kullanılması hakkındaki kayıt teknik ve hakiki mânada bir şart (BK 151) olmayıp akdin bir unsuru, yâni ev kendisine terk edilen mirascının üzerine aldığı ve fiiliyatın yerine getirdiği bir borçtan ibarettir. Halen dahi ev iştirak halinde mülkiyete tâbidir. Ancak diğer mirasçıların vaktile evi devir hususunda verdikleri muvafakatın zaman aşımına uğradığını iddia etmeleri hakkı kötüye kullanmak demektir.

8. Federal Mahkeme ikinci derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

II — İlgili Hukukî Prensipler

1. Taksim mukavelesinin şekli :

Gayrimenkul mülkiyetinin nakline mâtuf olsa dahi miras taksim mukavelesinde yazılı şekil kâfidir (MK 611 II). Bu itibarla mirasçıların terekeden bir gayrimenkulü içlerinden birine tahsis etmek üzere yaptıkları yazılı bir senet muteberdir. Ancak bu tahsis bir bedel mukabilinde yapılıyorsa satış demektir ve bu takdirde resmî şekilde satış senedi tanzimi gerekir.

2. Birden çok kimsenin imzalaması gereken akit ne zaman tamam olur?

Birden çok kimsenin imzasını gerektiren bir akit, bu imzaların hepsi atıldığı anda muteber bir surette aktedilmiş olur. Böyle bir akitte imza tamamlanıncaya kadar durum nedir? İlk atılan imzalar bir **akit yapma teklifi** mahiyetini taşır. Bu teklifi yapanlar (gaipler arasında yapılan bir teklif söz konusu olduğundan) ancak zamanında ve muntazaman gönderilen bir cevabın gelmesi için gerekli süre kadar tekliflerle bağlı kalırlar (BK M. 5). Bu itibarla öteki mirasçılar taksim senedini 20 yıl önce imzalamışlarsa bu teklifler hükümsüz kalır. Eksik kalan imzaların sonradan tamamlanması ile taksim senedi muteber bir hale gelemez.

3. Taksim Sözleşmesinde mülkiyetin istimalini tahdit eden bir şart muteber midir?

Miras taksim mukavelesinde bir mirasçıya bırakılan gayrimenkulü yalnız şahsî ihtiyaçları için kullanması ve spekülasyon konusu yapmaması hususunda konan kayıt muteber değildir. Zira mülkiyet hakkını caiz olmayacak derecede tahdit eden bir kayıttır. Böyle bir kaydı ihtiva eden taksim sözleşmesi de hükümsüzdür.

4. Mirasçılardan biri tereke malına zilyed bulunur ve diğer mirasçılar buna muvafakat etmezlerse bu mirasçı taksim talebinde bulunabilir ve bu münasebetle gayrimenkulün kendisine teffizini veya yaptığı zaruri faydalı masrafların tediyesini isteyebilir. Taksim yapılmadıkça ve binanın kendisine verilip verilmediği bilinmedikçe tazminat talebi hukukî bir esasa dayanmaz. Mirasçılar arasındaki mahsup taksim sırasında yapılır, daha önce yapılmaz.