

TAŞINMAZ SATIMINDA ŞEKİL VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

Doç. Dr. Ahmet Kılıçoğlu (*)

A) Taşınmazların Devrinde Şekil Kuralı :

BK. md. 11 f. 1 «Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tâbi değildir» şeklindeki hükümle hukuksal işlemlerde şekil serbestisi kuralını getirmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre hukuksal işlemlerde şekle bağlılık ancak kanunda öngörülen hallerde söz konusu olacaktır. Kanunda böyle bir şekil şartının arandığı hukuksal işlemlere örnek olarak evlenme (MK. md. 198), alacağın temliki (BK. md. 163/1), kefalet (BK. md. 484), kaydı hayatla irat (BK. md. 508), ölünceye kadar bakma (BK. md. 512), taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler (MK. md. 634; BK. md. 213) sayılabilir.

Bizim inceleme konumuzu taşınmazların mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerden olan satım sözleşmelerinde şekle bağlılık kuralı oluşturmaktadır. Konuyla ilgili MK. 634 f. 1 taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde «Mülkiyeti nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar» şeklinde genel bir hüküm getirmiştir. Maddede her ne kadar «mülkiyeti nakleden akitler»den söz edilmişse de bunu mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler» şeklinde anlamak gerekir. Zira Türk - İsviçre hukuklarında sözleşme mülkiyeti devir sonucunu doğuran bir hukuksal işlem olmayıp, sadece mülkiyeti devir borcu doğurur. Taşınmaz mülkiyetini devreden hukuksal işlem, devir sözleşmesinden sonra yapılan «tescil» işlemidir.

MK. md. 634'deki taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran bütün sözleşmelerde şekille ilgili olarak getirilen genel hüküm BK. md. 213'de, satım yoluyla taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler için «Gayrimenkul satımı muteber olmak

* A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

için resmî senede raptedilmek şarttır» şeklinde tekrarlanmaktadır.

B) Şekle Bağlılıkta Amaç :

Kanun koyucunun bazı hukuksal işlemler için şekil şartını öngörmesindeki amaçlar taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğuran sözleşmelerin şekle bağlı tutulmasında da aynen geçerlidir. Bu amaçlar şu şekilde özetlenebilir : Taşınmazlar kural olarak taşınırlara nazaran daha büyük değer taşırlar. Bu nedenle bunların başkalarına devrinde tarafları daha fazla dikkatli olmaya ve düşünmeye sevk etmek ¹, acele ve gelişigüzel kararlar vermektен alıkoymak gerekir. Öte yandan şekil kuralı sayesinde tapu siciline yapılacak olan tescil işlemi için sağlam ve güvenilir dayanak elde edilmiş olur ². Tarafların taşınmazın devrine ilişkin iradelerini resmî memur önünde açıklamaları ve bunun resmî senede geçirilmesi sayesinde, onların ehliyetsizlik, irade bozukluğu, sözleşme şartlarının resmî senettekinden farklı bulunduğu şeklinde değişik ve gelişigüzel itirazlarda bulunmaları güçleşir. Bir başka ifadeyle resmî şekil sayesinde ispat güvenliği ve kolaylığı sağlanarak taraflar arasında hukuksal güvenlik temin edilmiş olmaktadır. Bu nedendir ki, taşınmaz satımının resmî şekil şartına bağlı tutulmasında sadece tarafların değil, kamunun da yararı bulunduğu kabul edilmektedir ³. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, burada şekil şartı yine de tarafların yararına hizmet etmekte olup, ispat kolaylığı ve güvenliği de sonuçta bu yararı sağlamaktadır. Yoksa burada evlenmenin resmî şekil şartına tabi tutulmasında olduğu gibi kamu düzeni ve yararı düşüncesiyle konulmuş bir şekil söz konusu değildir.

C) Şeklin Gerçekleşmesi :

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeleri resmî şekle bağlı tutan MK. md. 634 ve satışla ilgili BK. md. 213 bu işleme resmiyet verecek makamı göstermemiştir. Bu husus uygulamada uzun süre tartışmalara ve belirsizliklere yol açmıştı. Yargıtay 10.6.1931 tarih ve 2/40 sayılı İçtihadı Birleş-

¹ BGE 87 II 28.

² Oğuzman - Seliçi, sh. 341; Edis, sh. 338; Gürsoy, Cansel, Eren, sh. 504.

³ Merz, Art. 2, Nr. 469.

tirme Kararı ile ⁴ bu yetkinin tapu memurlarına ait olduğunu, noterlerin taşınmaz satımına ilişkin resmî senedi düzenleyemeyeceklerini belirtmişti. Daha sonra 21.11.1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesi ile sorun yasal bir çözüme bağlanmıştır. Bu maddeyle getirilen hükme göre «Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara mütedair resmî senetler tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından tanzim edilir». Bunun dışında eski Noter Kanunu'nun 44. maddesinde yapılan değişiklikte de noterlerin taşınmaz satımını değil, sadece «taşınmaz satış vaadi»ne ilişkin sözleşmeleri düzenleme yetkileri olduğu kabul edilmek suretiyle bu konudaki tereddütler de giderilmiştir. Yeni 1512 sayılı Noterlik Kanunu 89. maddesi de noterlerin düzenleme biçiminde yapabilecekleri işlemler arasında taşınmaz satımı vaadi sayılmış, taşınmaz satımı bilerek hariç tutulmuştur.

D) Şekle Aykırılığın Müeyyidesi :

1. Kural : Sözleşmenin Geçersizliği :

Resmî şekilde yapılmayan taşınmaz satım sözleşmeleri (haricen satım) hükümsüzdür. Ancak öğretide burada kendisine özgü bir hükümsüzlük türü olduğu, resmî şekilde yapılmayan böyle bir satım sözleşmesine mutlak butlan müeyyidesinin uygulanamayacağı, sözleşmenin iptal ile malûl olduğu kabul edilmektedir ⁵. Bu görüşün sonucu olarak satımın geçersizliğini sözleşmenin tarafları ve küllî halefleri dışında kalan kişiler ileri süremeyecek, yargıç da bu hususu re'sen nazara alamayacaktır ^{5a}. Bunun dışında bu görüşün kabul edilmesinin sonucu olarak sözleşme geçersizliği ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Resmî şekle uyulması nedeniyle geçersizliği ileri sürülen taşınmaz satımında alacağı garanti eden rehin ve kefalet gibi

⁴ RG. 13.3.1953, s. 8358.

⁵ Gürsoy, Cansel, Eren, sh. 510; İmre, sh. 322; Akipek, II, sh. 106 vd.; Doğanay, İsmail: H.G.K. 9.6.1982 tarih ve E. 1979/15 - 1613, K. 1982/565 sayılı karara muhalefet şerhi. YKD. 1982, c. VIII, s. 10. sh. 1389. Aksi görüş : Tekinay, Eşya Hukuku, sh. 463 - 464; Tandoğan, sh. 194; BGE 51 II 570 vd.; 78 II 226 vd. 85 II 565 vd.;

(^{5a}) Buna karşılık Yargıtay aksi görüşte olup, şekil kuralının kamu düzeniyle ilgili olduğunu ve yargıç tarafından re'sen nazara alınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Yarg. 11. HD. 17.2.1983, E. 1983/206, K. 1983/269 YKD. 1983, c. 9, s. 5, sh. 745; HGK. 9.6.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565, ABD 1983-1, sh. 68.

teminatlar ile edimin ifa edilmemesi için öngörülen cezai şart da ⁶ geçersiz olup taraflar için geçerli bir borç doğurmazlar. Sözleşme geçersiz olduğundan sözleşmeye aykırılık nedeniyle teminat talep edilmesi de söz konusu olamaz ⁷. Ancak şekle aykırılığın diğer tarafça kasten veya hileyle yaratılması halinde BK. 41 f. 1 veya f. 2 gereğince zararın tazminini talep etmek mümkün olabilir ⁸.

2. Kuralın Yargıtay Kararlarıyla Yumuşatılması :

Medenî Kanun'un taşınmazların devrini resmî şekil şartına tabi tutan yeni sistemine tam anlamıyla ayak uydurulmaması sonucu uygulamada halen sık sık bu tür satışların şekle uyulmadan yapıldığı görülmektedir. Bu nedenledir ki, öğretilerde yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi şekle aykırılık için özel bir hükümsüzlük müeyyidesi uygulanması kabul edilmektedir. Yargıtay öğretideki bu eğilim dışında uygulamadaki gerçeği gözönünde tutarak bu tür satışlara uygulanacak hükümsüzlük müeyyidesini yumuşatma amacıyla, özellikle alıcıyı koruyucu bazı esaslar getirmiş bulunmaktadır. Bunları şu şekilde özetlemek mümkündür :

a) Harici satış nedeniyle alıcının satıcıya ödemiş olduğu satış bedelinin iadesi davası bir yıllık sebepsiz zenginleşme zamanaşımına değil, sözleşmelere ilişkin on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur ⁹. Yargıtay bu sonuca haricen yapılan satışta, satıcının yetkili memur önünde taşınmazı devretmeyi, aksi halde aldığı bedeli iade etmeyi taahhüt ettiğinden, alıcının da satış bedelini bu şartla satıcıya verdiği gerekçesiyle varmış bulunmaktadır.

b) Harici satışta alıcı satış bedelinin iadesine kadar taşınmazı işgal edebilir ve bu yüzden kendisinden semereleri tazmin etmesi veya ecri misil istenemez; alıcı bedel iade edilmedikçe taşınmazı iade etmeyeceğini bir def'i olarak ileri sürebilir ¹⁰. Bu-

⁶ Becker, Art. 11, Nr. 15; Yarg. 13 HD. 20.12.1979, E. 5455/67, YKD. 1980/4, sh. 547.

⁷ Merz, Art. 2, Nr. 490.

⁸ Becker, Art. 11, No. 15; Merz, Art. 2, Nr. 490; Edis, sh. 346; Feyzioğlu, Sempozyum, sh. 164.

⁹ İct. Bir. Kar. 29.2.1940, E. 31/K. 47, RG. 30.4.1940, sh. 4497.

¹⁰ İct. Bir. Kar. 10.7.1940, E. 2, K. 77, RG. 1.2.1941 s. 4723; HGK. 1.6.1968, E. 966 - 1 - 512, K. 391, ABD. 1968, sh. 715 - 716.

nun dışında satıcı bedeli iade etmedikçe, alıcı aleyhine müdahalenin men'i davasını açamaz ¹¹.

c) Haricen bir arsa satın alıp üzerinde bina inşa eden kimseye arsa sahibinin (satıcının) zimnen rıza gösterdiğinin kabulüyle malzeme sahibi alıcının iyiniyetli olduğu kabul edilir. Bunun sonucu olarak MK. md. 650 gereğince, binanın kıymetli arsanın kıymetinden fazla ise arsayı alan ve üzerinde bina inşa eden kişi uygun bir tazminat karşılığı arsanın ve binanın mülkiyetini isteyebilir ¹².

d) Noterler tarafından re'sen (düzenleme biçiminde) düzenlenen taşınmaz satışları tahvil yoluyla taşınmaz satış vaadi olarak kabul edilmektedir ¹³.

3. Kuralın İstisnası Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması :

a) Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması :

Objektif iyiniyetle ilgili MK. muzun 2. maddesi hakların kullanılmasının genel sınırını çizen ve hukukun her alanında uygulanabilen bir kural koymaktadır. Böyle genel bir kuralın konulmasının temeli hukukun bütün olayları ayrıntılarıyla düzenlemesinin mümkün olmamasına dayanır ¹⁴. Hakların amaçlarına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının ve sınırlarının aşıp aşılmadığının önceden tespit edilmesi olanaksızdır. Yargıç her olayda hal ve şartların özelliklerine göre hak sahiplerinin hakkın sınırlarını aşıp aşmadığını, bir başka ifadeyle hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tayin edecektir. Bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi müteaddit kararlarında bir hakkın ne zaman kötüye kullanılıp ne zaman kullanılmadığının önceden prensiplere bağlanamayacağını, bunu yargıcın her olayın şartlarına göre bizzat tayin edeceğini belirtmiştir ¹⁵. Yargıç her olayın şartlarına göre hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını talep olmasa dahi re'sen (kendiliğinden) nazara alacaktır.

¹¹ HGK. 23.11.1968, E. 61 - 8 - 1004, K. 774. Son İçt. 1969 No: 257, sh. 989 vd.

¹² İçt. Bir. Kar. 5.7.1944, E. 12, K. 26, RG. 19.1.1945, s. 5909.

¹³ HGK. 21.11.1954, E. 1 - 148, HGK. 10.2.1960, E. 4 - 6, K. 127, Son. İçt. 1956, sh. 2819; HGK. 10.2.1960, E. 4 - 6, K. 188, (Çenberci. M.: Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1973, s. 204). 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nun 60. maddesi açıkça noterlerin düzenleme biçiminde olmak şartıyla taşınmaz satış vaadi düzenleyebileceklerini hükme bağlamıştır.

¹⁴ Oğuzman, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, sh. 76.

¹⁵ BGE 78 II 227; 90 II, 156 - 158; 92 II 325/326; 93 II, 104/105.

Hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakların kötüye kullanılmaması gerektiği ilkesi şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil eder. Her hakkın kötüye kullanılmasında olduğu gibi burada da şekle aykırılık iddiasının ne zaman kötüye kullanıldığını önceden kurallara bağlamak mümkün değildir. Ancak bu konuda öğretide ve mahkeme kararlarında genel bazı ölçülerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bunlar arasında şekle aykırılık nedeniyle butlanı ileri süren tarafın şekle uyulması halinde korunmaya değer bir yararının bulunmaması, ya da şekil şartından o işlemin şekle bağlı tutuluşundaki amacın dışında yararlanılmak istenilmesi, şekle aykırılığı bizzat yaratan ve öneren kişinin sonradan şekle aykırılık nedeniyle butlanı ileri sürmesi ¹⁶ tarafların şekle aykırılığı bildikleri halde istekleriyle sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeleri ¹⁷ veya ifa hareketlerine girişmeleri, gibi haller sayılmaktadır.

Taşınmaz satımlarında şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi özellikle son üç halde doğmakta ve uygulamada bu hallerle sık sık karşılaşılmaktadır.

b) İfa Halinde Hakkın Kötüye Kullanılması :

Şekle aykırı olarak yapılan bir sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesi geçersizliğin ileri sürülmesine engel teşkil eder mi? Bir başka ifadeyle ifa şeklen sakat işleme sıhhat kazandırır mı?

Alman Medeni Kanunu § 313 gayrimenkul mülkiyetini devir sözleşmesinin şekle uygun olarak yapılmamasına rağmen, tapuda teşkil işlemi yapılmışsa işlemin tamamen sıhhat kazandığını belirtmiştir. Bir başka ifadeyle burada ifaya, sakat işleme sıhhat kazandırma etkisi tanınmış bulunmaktadır.

Bizde kanunlarımızda yer alan münferit bazı hükümler, şeklen sakat olan bazı hukuksal işlemlere ifa edildikleri takdirde daha hoşgörüle bakılması gerektiğini kabul etmektedirler. Örneğin: BK. md. 238 f. 1'e göre bağışlama taahhüdü yazılı geçerlilik şekline tabidir. Bu şekle uyulmadan yapılan bağışlama taahhüdü batıldır. Buna rağmen böyle bir vaad yerine getirilirse artık butlan ileri sürülemez ve bağışlanan geri alınamaz (BK.

¹⁶ BGE. 42 II 681; 46 II 93; 49 II, 54; 64 II 289.

¹⁷ Bkz. aşağıda Not 18'deki yazarlar.

md. 238 f. III). Bunun dışında MK. md. 611'de de ifa şekle aykırı işlemde düzeltici bir etkiye sahiptir. Bu hükme göre mirasçılar arasında terekenin taksimi sözleşmesi yazılı şekilde yapılmak gerekirken bu şekle uyulmadan miras hisseleri fiilen ayrılmış ve mirasçılar bu hisseleri almış iseler artık taksim sözleşmesinin batıl olduğunu ileri süremezler.

Bu münferit hükümler dışında İsviçre - Türk Hukuklarında ifanın şeklen sakat işleme sıhhat kazandıracağına ilişkin genel bir kural ve hüküm yoktur. Bu nedenle özel bir hüküm bulunmadıkça şeklen sakat bir sözleşmenin ifası sözleşmeye sıhhat kazandırmaz. Ancak özel bir hüküm olmadığı halde bu tür sözleşmelerin ifadan sonra geçersizliğinin ileri sürülmesi MK. md. 2 gereğince dinlenmeyebilir. Nitekim öğretide baskın görüş¹⁸ şekle aykırılık nedeniyle sakat olduğunu bildiği halde isteğiyle ifada bulunan kişinin sonradan butlan iddiasında bulunmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini kabul etmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında¹⁹ şekle aykırılık bilindiği halde isteğe dayanan ifadan sonra butlan iddiasının hakkın kötüye kullanılması sayıldığını kabul etmektedir.

Bizde Yargıtay da benzer yönde kararlar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu yöndeki görüşünü ilk olarak, sözleşme gereği taraflarca tapuda yerine getirilen şekle aykırı olarak yapılmış ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde sonradan şekil eksikliğinin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması sayarak ortaya koymuş bulunmaktadır²⁰. Bunun dışında bir HGK kararında²¹ «bir akdin, tamamen icra edildikten sonra şekil noksanı sebebiyle iptalini istemek, hakkın kötüye kullanılmasıdır» şeklindeki genel ve

¹⁸ Bucher, §. 11, VI, 2, sh. 148; Akipek, I, sh. 188 - 189; Gürsoy, Cansel, Eren sh. 511 - 512; Feyzioğlu, Sempozyum, sh. 181; Edis, sh. 342; İmre, sh. 323-324; Tekinay, Borçlar Hukuku, sh. 111 - 113; Karş.: Oğuzman, Şekil Noksanı Nedeniyle Butlan, sh. 257; aynı yazar Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, II, sh. 79.

¹⁹ BGE 78, II, 227; 84, II, 376; E. 2, b; 92, II, 325; 93, II, 105.

²⁰ HGK. 11.3.1953, E. 2, K. 9.; TİK. 1953/7, sh. 204; Benzer görüş aynı gerekçelerle evlat edinme sözleşmesi için de tekrarlanmıştır. (HGK. 11.1.1964, E. 2 - 953; K. 640.; ABD. 1965, sh. 192; AD. 1965 sh. 943).

²¹ HGK. 10.9.1958, E. 1 - 62, K. 83; TİK. 1958/I - II, sh. 162, No: 259; benzer yönde HGK. 22.1.1958, 1 - 7 Olgaç, Senai. sh. 755. Türk Borçlar Kanunu II, İstanbul 1966, md. 182 - 371.

açık bir ifadeyle Yargıtay'ın bu konudaki görüşü ortaya konulmuştur ²².

Bilindiği gibi taşınmaz satım sözleşmelerinde satıcı için mülkiyeti nakil borcu doğar. Bu borcun ifası tapuda yapılan bir tescil işlemi ile olur. Taşınmaz satımında resmî satım sözleşmesinin hazırlanması ve tapuda tescil işlemi birbirini takip eder. Bu nedenle taşınmaz satımlarında resmî şekle uyulmaması ve satıcının şekle aykırı olan böyle bir sözleşmeden doğan borcu ifa etmesi yani tapuda tescilin yapılması, daha sonra da şekle aykırılığın ileri sürülmesi olayına çok ender hallerde rastlanabilir. Fakat her nasılsa böyle bir satım sözleşmesi yapılmış ve tapu sicil memuru tarafından tapuda gerekli tescil işlemi bu sözleşmeye dayanılarak tamamlanmış ise bu tescil işlemi sakat sözleşmeyi sağlığa kavuşturabilir, bir başka ifadeyle geçerli hale getirebilir mi?

Taşınmaz satımının şekle bağlı tutulmasındaki amaç tarafları düşünmeye sevk etmek, tescil için sağlam ve güvenilir bir kaynak elde ederek ispat güvenliği sağlamaktır. Şekle uyulmadan yapılan satım sözleşmesine rağmen tarafların bunu bilerek tapuda tescil işlemini yaptıktan sonra artık bu amaçların gerçekleşmesi beklenemez. Bir başka ifadeyle artık olan olmuştur. Tarafların şekle aykırılığı bildikleri halde ifadan sonra sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğünü ileri sürmeleri bir çelişkinin ifadesidir ²³. Bu nedenle böyle bir iddia hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmeli ve nazara alınmalıdır ²⁴.

c) İfa Hareketlerine Girişilmesi Halinde Hakkın Kötüye Kullanılması :

Resmî şekle uyulmaksızın yapılan taşınmaz satımının ifa edilmesine, bir başka ifadeyle bu satıma dayanılarak tapuda gerekli tescil işleminin yapılmasına yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi ender hallerde rastlanır. Uygulamada daha çok karşılaşılan,

²² Yarg. 15. HD. de aynı görüşü «Sözleşmenin yerine getirilmesinden sonra biçim eksikliğini ileri sürmenin MK. 2'deki kuralla bağdaşmayacağı» şeklinde ifade etmiş bulunmaktadır (15. HD. 25.12.1975, E. 4714 - K. 5159, YKD. 1976/3, sh. 368).

²³ Edis, sh. 341.

²⁴ Oğuzman - Selici, sh. 341; Gürsoy - Cansel - Eren, sh. 511; Akipek, II, sh. 107 - 108; Haab, Art. 657, No: 37; Meier - Hayoz, Art. 657, Nr. 140; BGE 90, II, 154; 92, II, 323.

şekle aykırı olarak yapılan satım sözleşmelerine dayanılarak ve tescil yapılmadan taşınmazın alıcıya devredilmesidir.

Resmî şekilde yapılmamasına rağmen bir taşınmaz satım sözleşmesine dayanarak tarafların tescil dışında bazı ifa hareketlerine girişmiş olmaları mümkündür. Bunlar arasında alıcının satış bedelini ödemesi, satıcının taşınmazı kullanmaya başlaması örnek olarak gösterilebilir. Acaba tarafların bu nitelikteki ifa hareketlerine giriştikten sonra satıcının şekle aykırılığı ileri sürerek tescilden kaçınması hakkın kötüye kullanılması sayılarak tescile karar verilebilir mi?

Feyzioğlu²⁵ şekle tabi işlemlerde ifadan sonra bazı hallerde hakkın kötüye kullanılmasının şekil yokluğunda değil, ancak şekil şartlarındaki eksikliklerde düşünülmesi gerektiğini savunur. Bu yazara göre işlem için kanunun aradığı şekle hiç başvurulmamış ise istekle yapılan bir ifa olsa dahi şekil yokluğunu iddia etmek hakkın kötüye kullanılması sayılamaz; örneğin haricen satılan tapulu taşınmaz parası alınmış ve alıcıya teslim edilmiş olsa bile, satışın geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması değildir.

İsviçre Federal Mahkemesi 5 Şubat 1946 tarihli kararında şekil noksanlığı sebebiyle batıl bir taşınmaz satışında henüz tescil yapılmadan butlan ileri sürülmesi halinde, aynı hakların şekle ilgili hükümleri karşısında hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için dahi olsa yargıcın tapu memurunu batıl sözleşmeye dayanarak tescile zorlayamayacağını kabul etmiştir²⁶.

Yargıtay'ın, resmî şekle uyulmaksızın yapılan taşınmaz satımlarını geçersiz saymasına rağmen, alıcıyı korumak amacıyla sözleşmenin geçersizliği kuralını yumuşatıcı yönde bazı kararlar verdiğine yukarıda değinmiştik²⁷. Uygulamada taşınmazların resmî şekle uyulmaksızın satımı konusundaki eğilimin devam etmesi, bundan özellikle daha fazla zarar gören alıcıları, bu kararlar dışında daha fazla koruyucu çözümleri zorlamıştır. Ülkemizde özellikle son yıllarda müteahhitlerle şekilsiz ya da adi yazılı şekille yapılan inşaat halindeki bir apartmanın belirli katlarının satımı sözleşmelerinin artması soruna çözümü güç önemli boyutlar kazandırmıştır. Uygulamada müteahhitler çoğu kez mat-

²⁵ Feyzioğlu, Sempozyum, sh. 183.

²⁶ BGE. 72, II, 39.

²⁷ Bkz. yuk. sh. 212 vd.

bu olarak bastırdıkları ve resmiyet süsü verdikleri kâğıtlar üzerinde alıcıları satışın ciddiyetine inandırmakta, başlangıçta tapuda kesin satışın yapılmasını önleyen engeller (arsanın başkasına ait olması ve arsa sahibinin inşaatın tamamlanmasını şart koşması, arsanın müteahhide ait olmasına rağmen tapuda henüz kat irtifakının kurulmamış olması vb.) kalktığı halde aradan geçen sürede satış fiyatlarının artması nedeniyle kesin satış ve devir işlemine yanaşmamaktadırlar. Alıcı ise taşınmaz tapuda bir başkasına henüz satılmamışsa, ya müteahhidin talep ettiği yeni yüksek bedel nedeniyle aradaki farkı ödemek zorunda kalmakta ya da daha önce ödediği ve değeri bir hayli düşmüş olan parasını geri almakla yetinmek zorunda kalmaktadır.

Yargıtay 10.7.1940 tarihli oldukça eski bir İçtihadı Birleştirme Kararında ²⁸ şekil kurallarına çok sıkı bir şekilde bağlı kalarak «Haricen gayrimenkul satılıp da bedeli satana ve gayrimenkul de alana teslim ve bu suretle gayrimenkul alanın intifama terkedildiği ve ahiren bunlardan biri ferağdan veya teferuğdan imtina ettiği takdirde muteber olmayan bu satım zımında her iki tarafın verdiğini istirdada hakkı mevcut...» olduğu görüşünü savunmuştur.

Uygulamada bu konuda sözünü ettiğimiz sorunların artması karşısında Yargıtay HGK.'nin 6.6.1979 tarihinde ²⁹ yani aşağı yukarı kırk yıl sonra farklı bir görüş getirdiğini görmekteyiz. Bu kararlar alıcıyı daha fazla korumak amacıyla resmî şekle uymayan taşınmaz satım sözleşmesinin geçersizliği kuralını yumuşatma yönündeki eğiliminde Yargıtay bir adım daha ileri giderek sözleşmeyi hakkın kötüye kullanılması şartlarının varlığı halinde geçerli saymıştır.

Bu karara konu olan olay şudur :

Taraflar arasında yapılan adi yazılı satım sözleşmesi ile satıcı (müteahhit) kendi arsası üzerinde inşa edeceği binanın bodrum ve zemin katını plan ve fenni şartlara uygun olarak inşa etmeyi ve bunlara isabet eden arsa paylarını devir ve ferağ etmeyi taahhüt etmiştir. İnşaat tamamlanmış alıcı satın aldığı bağımsız bölümlere yerleşmiş, burada ticarî faaliyetlerini sürdür-

²⁸ İçt. Bir. Kar. 10.7.1940, 2/77, RG. 1.2.1941, sh. 4723.

²⁹ HGK. 6.6.1979, E. 78/14 - 190, K. 79 - 799, Batider 1980, c. X, s. 3, sh. 809 vd. Aynı yönde : HGK. 9.6.1982, E. 1979/15 - 1613, K. 1982/565, ABD. 1983 - 1, sh. 68.

meye başlamıştır. Ancak satıcı alıcı lehine tapuda tescil işlemine yanaşmamış ve alıcının öngördüğü şekilde düzenlenmemiş olması nedeniyle geçersiz olduğunu, bu nedenle tahliye isteğinde bulunacağını bildirmiştir.

HGK. alıcının tescil talebini şu gerekçeyle kabul etmiştir : «Bir sözleşmenin taraflarından birini 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 sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu savunma yasal himayeden yoksun kalır. Olayda da davalının şekle aykırılık nedenine dayanan savunması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunmaktadır».

Bu kararda savunulan görüş benzer bir olayda Yargıtay 15 HD'nin daha yeni tarihli bir kararında da aynen tekrarlanmış ve kabul edilmiştir ³⁰.

Kanımızca Federal Mahkeme'nin yukarıdaki bir kararında da haklı olarak belirttiği gibi hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının önceden bazı kural ve prensiplere bağlanması mümkün değildir. Bunun varlığı her olayın şartlarına ve özelliklerine göre tespit edilmelidir. Hakkın kötüye kullanılmaması gerektiği ilkesi hukukun her alanında geçerli olan bir ilkedir. Bunun sonucu olarak bu ilke bütün şekle aykırılık iddiaları için de aynen geçerlidir. O halde yargıç bir taşınmaz satımında şekle aykırılığı iddia eden kişinin bu iddiada bulunma hakkını kötüye kullandığını tespit ederse tapuda tescil işleminden bir başka ifadeyle mülkiyetin devrinden kaçınan satıcıyı ifaya mahkûm edebilir. Bu nedenle Oğuzman'ın da haklı olarak belirttiği gibi ³¹ Federal Mahkeme'nin borcun konusunun taşınmaz mülkiyetinin devri olan hallerde hakkın kötüye kullanılması ilkesinden hareketle tescile karar verilemeyeceği görüşüne katılmak güçtür. Hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu hallerde, ifanın konusu bu hakkı kötüye kullanan kişinin taşınmazın mülkiyetini devir borcu ise, farklı şekilde hareketi gerektiren bir sebep olma-

³⁰ Yargı. 15 HD. 12.11.1981, E. 1981/2098, K. 1981/2240, YKD. Mayıs 1982, c. 8, s. 5, sh. 686 vd.

³¹ Oğuzman, Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan, sh. 257 - 258; aynı yazar: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, sh. 80.

maktadır. Bu genel açıklamaları yaptıktan sonra Hukuk Genel Kurulunun kararına konu olan olayda hakkın kötüye kullanılmasının açık bir örneğinin gerçekleştiğini ve kararda varılan sonucun isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Bu karara konu teşkil eden olayda olduğu gibi alıcının kendisine düşen bedeli ödeme borcunu yerine getirdikten, satıcının da taşınmazı alıcıya teslim edip orada yerleşmesini sağladıktan sonra şekle aykırılığı ileri sürmek, şeklin tarafları düşünmeye sevk etmek amacına değil başka amaçlara hizmet eder. Hakların amaçları dışında kullanılmasına ise hukuk düzeni müsaade etmemelidir. MK. md. 2'deki hakların kötüye kullanılmasının korunmayacağına ilişkin kuralın kabul edilmiş sebeplerinden birisi de budur. Olayda olduğu gibi satıcı satış bedelini alırken ve özellikle inşaatı tamamlanan apartmanın satım konusu bağımsız bölümünü alıcıya teslim ederken taşınmazın elden gideceğini düşünmemiş olabilir mi? Böyle bir iddianın iyiniyet kurallarıyla bağdaştırılması mümkün değildir. Bu nedenle böyle hallerde yargıç taşınmazın, şekil şartına uyulmamış olmasına rağmen, alıcı lehine tesciline karar verebilir. Ancak bunun için bu arada taşınmazın tapu sicilinin doğruluğuna güven ilkesi gereğince bir üçüncü kişi tarafından kazanılmamış - ki karar konusu olayda böyle bir durum görülmemektedir - olmalıdır.

d) Şekle Aykırılığın Bizzat Yaratılması Halinde Hakkın Kötüye Kullanılması :

Gerek öğretide ³² gerek mahkeme kararlarında ³³ şekle aykırılık iddiasının tartışmasız olarak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği bir hal vardır ki, o da bu iddiada bulunan kişinin bizzat kasten veya hileyle bunu yaratmasıdır. Buna göre taşınmaz satımını şekle uyulmadan yapmayı öneren veya bu konuda karşı tarafı yanıltarak şekle uymayı engelleyen kişinin sonradan geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu durumda şekle aykırılık iddiası dinlenmeyerek taraflar edimlerini yani alıcı bedeli satıcı da taşınmazın mülkiyetin devrini ifaya mahkûm edilmelidir.

³² Soergel/Siebert, s. 2421, No: 340; Feyzioğlu, Sempozyum, sh. 165; Akipek, I, sh. 188; Tekinay, Borçlar, sh. 114; Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, sh. 172; Edis, sh. 344.

³³ BGE 42, II, 681; 46, II, 93; 49, II, 54; 64, II, 289; 87, II, 28; 88, II, 24; 90, II, 27.

YARARLANILAN ESERLER

- Akipek, J.G. : Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri - Şahsın Hukuku, Birinci Cüz, Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri, Ankara 1966 (Akipek I).
- Akipek, J.G. : Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), II. Kitap. Mülkiyet, 2. Baskı, Ankara 1973 (Akipek II).
- Bucher, E. : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne Deliktsrecht, Zürich 1979.
- Becker, H. : Berner Kommentar, B. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 - 183, OR. 2. Auflage Bern 1941/1945.
- Edis, S. : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979.
- Feyzioğlu, F.N. : Medenî Kanununun 50. Yöldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medenî Kanununun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, sh. 147 - 188.
- Haab, R. : Das Sachenrecht, Kommentar, 1. Abt. Zürich 1929.
- İmre, Z. : Medenî Hukuka Giriş, 3. Bası İstanbul 1980.
- Gürsoy, K. - Cansel, E. - Eren, F. : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- Merz, H. : Berner Kommentar Band I, Einleitung und Personenrecht 1. Abteilung Einleitung, Art. 1 - 10, Bern 1966, Art. 2.
- Meier/hayoz : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bd. IV, Sachenrecht, Bern 1966.
- Oğuzman, K. - Seliçi, Ö. : Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1978.
- Oğuzman, K. : Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları II, Borçlar Hukuku, - Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978 (Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları).
- Oğuzman, K. : Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali İstanbul Barosu Dergisi, 1955, c. XXIX, s. 6, sh. 249 - 258. (Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan).

- Soergel/Siebert. : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band II, Schuldrecht I, Stuttgart 1967.
Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri c. I, 2.
Bası, Ankara 1974.
Tekinay, S.S. : Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 1979.
Tekinay, S.S. : Eşya Hukuku, 3. Bası, c. 1, İstanbul 1978.

KISALTMALAR

- ABD. : Ankara Barosu Dergisi
Art. : Artikel (Madde)
Bkz. : Bakınız
Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE : Bundesgerichtsentscheidungen (İsviçre Federal Mahkeme kararları)
c. : Cilt
HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İçt. Bir. Kar. : Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı
Nr. : Nummer (Numara)
RG. : Resmî Gazete
TİK. : Türk İçtihatlar Külliyyatı
sh. : Sahife
Son İçt. : Son İçtihatlar Dergisi
yuk. : Yukarıda