

**30.09.1988 TARİHLİ VE E. 1987 K. 1988/2 SAYILI İÇTİHADI
BİRLEŞTİRME KARARININ İNCELENMESİ**

Arş.Gör.Dr. İlknur Uluğ- Arş.Gör. Nihat Taşdelen¹

**İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARININ KONUSUNU OLUŞTURAN
MESELE**

Kat Mülkiyeti Kanununa (KMK) tabi olmak üzere başlanılan bir binada resmi şekle uyulmadan satıcıdan (müteahhitten) bağımsız bölümü satın alan kişinin, bütün borçlarını yerine getirdikten sonra daireyi teslim alıp oturmaya başlamasına rağmen; satıcının tescil talebinde bulunmaması nedeniyle alıcının satıcıya tescile zorlamak için açacağı cebri tescil davasının kabul edilip edilmeyeceği konusunda Yargıtay'ın 1, 8 ve 14. HD'leri ve HGK kararları arasında uyumsuzluk çıkmıştır. Bunun üzerine uyumsuzluğun giderilmesi amacıyla Yargıtay 1. Dairesi Başkan Vekili 2.4. 1987 tarihinde içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunmuştur.

YARGITAY HGK İLE 1, 8 VE 14. HD.' NİN GÖRÜŞÜ

Yargıtay HGK. Ve Yargıtay 1. HD. şekle uyulmadan yapılan bir sözleşmenin taraflarından biri diğer tarafa sözleşmenin ifa edileceğine dair güvence vermiş ve karşı tarafta buna inanarak borçlarını yerine getirmişse; güveni sağlayan kişinin şekil eksikliğini ileri sürerek sözleşmenin ifasından kaçınmasını sağlayan kişinin şekil eksikliğini ileri sürerek sözleşmenin ifasından kaçınmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmekte ve bu hallerde olayın özelliğine göre cebri tescil davasının edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (YHGK' nun 6.6.1979 gün ve 14/190-799sayılı kararı; 22.3.1985 gün ve 14/399-232, 14/544-223, 14/596-234, 144/597-235,14/598-236, 14/649-237 sayılı kararı).

Ancak sonradan YHGK VE 8 ile 14. HD'leri 10.7.1940 gün ve 2/77 sayılı ile 25.5. 1954 gün 8/18 sayılı İBK' larını dayanak göstererek geçersiz bir sözleşmenin ifasının istenemeyeceğini ve burada MK md. 2'nin

¹ D.Ü Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD öğretim elemanları.

uygulanamayacağını; zira bu maddenin geçersiz sözleşmeyi taraflar karşılıklı ve isteyerek serbest iradeleri ile ifa etmişlerse şekil eksikliğini gerekçe göstererek tescil davasının dinlenilemeyeceği yönünde karar vermişlerdir (YHGK 29.1.1986 gün ve 14/849-57, 21.3.1986 gün ve 1466541; 24.9.1986 gün ve 8/270-780).

Daha sonraları 14. HD. olayın özelliğine göre MK md. 2'nin gözetilerek tescil davasının kabul edilmesi gerektiği şeklinde kararlar vermiştir.

İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KARARINDA KABUL EDİLEN ÇÖZÜM

İçtihadı Birleştirme Genel kurulu şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşılmasını iki şekilde ele almıştır.

1. İfa Halinde

Eğer kanunun öngördüğü şekle uyulmadan yapılan sözleşmenin tarafları edimlerini bilerek ve isteyerek yerine getirmişlerse şekilsizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşılaşacak, sözleşme geçerli kabul edilecektir.

2. İfadan Kaçınılması Halinde

Yargıtay MKmd. 2'nin özel hükümler karşısında uyumsuzluğa uygulanmasında ki ikinciliği göz önünde bulundurarak somut olayın özelliği gerektirmedikçe, şekle riayet edilmeden yapılan taşınmaz satım sözleşmesinden doğan edimlerinin cebren istenemeyeceğini kabul etmektedir. Yani önce uygulanması gereken, şekli düzenleyen emredici hükümlerdir. MK md. 2 fevkalade zaruri olan hallerde uygulama alanı bulur.

İBK. Konusunu oluşturan olaylardaki özellik, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının uygulanmasını ön plana çıkarmakta ve şekil şartını düzenleyen kuralları bertaraf etmeyi gerektirmektedir. Çünkü uyumsuzluk konusu olaylarda satıcı, inşaatına başladığı binayı bitirmek için binadaki daireleri üçüncü kişilere; ileride adlarına tescil ettireceği konusunda güven vererek ; resmi şekle uyulmasının satıp para ile binayı bitirdikten sonra daire fiyatlarını enflasyon karşısında artmış olduğunu görünce, satıcının borcunu ifa edeceği hususunda verdiği güvenle bütün edimlerin ifa eden alıcılara karşı şekil eksikliği dolayısıyla sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tescile yanaşmamakta, daireyi başkalarına satmayı amaçlamaktadır. İşte Yargıtay bu noktada satıcının şekilsizliği ileri sürerek hakkını kötüye

kullandığını, alıcı aleyhine adaletsiz netice doğduğunu kabul etmekte ve bu hallerde hakimin durumu resen dikkate alıp adaletli bir karar vermesi gerektiğini, dolayısıyla şekil şartını düzenleyen hükümlerin MK md.2 karşısında ihmal edilebileceğini belirtmektedir.

KANAATİMİZ

Tapuya kayıtlı taşınmaz mülkiyetinin devir borcunu doğuran sözleşmelerde şekil: Kanunda düzenlenen istisnai durumlar hariç, MK'nun 706. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin devrini hedef tutan sözleşmeler resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmazlar. Keza BK'nun 213.maddesine göre de taşınmaz satımı ile satış vaadi sözleşmelerinin geçerli olması resmi senedin düzenlenmesine bağlıdır. Bu sözleşmelere resmi şekli veren tapu memur veya muhafızlarıdır. Bu konuda MK ve BK'da bir açıklama mevcut değildir. Ancak Tapu Sicili Nizamnamesinin 19. Maddesi ile Tapu Kanununun 26.maddesindeki düzenlemeye bakıldığında taşınmaz mülkiyetinin devredilmesine yönelik sözleşmelerin tapu sicil memur veya muhafızlarınca düzenlediği anlaşılmaktadır.

ŞEKLE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan bur sözleşme BK' nun 11. maddesinin göre geçerli değildir.; yani geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur (Geniş bilgi için bkz. Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 1991, s.356 vd.).

1.Görüş

Doktrinde baskın görüşe göre söz konusu geçersizlikten butlanı anlamak gerekir. Yani şekle uyulmadan yapılan akdi baştan itibaren hiç bir hak ve borç doğurmaz. Butlan herkes tarafından da resen nazara alınır. Batıl olan sözleşme tarafların teyit, icazet veya borçların ifasıyla geçerlik kazanmaz.

Taraflar ifada bulunmuşlarsa sebepsiz zenginleşme veya istihkak davasıyla verilen şeyi geri isteyebilir (**Tekinay** Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s.102; **Oğuzman/ Öz** , Borçlar Hukuku, İstanbul 2000, 123 vd.; **Von Turh**, Borçlar Hukuku, 1-2 Çev. Cevat Edege, Ankara 1983, 222-223-232).

2.Görüş

Kendine Özgü Geçerlilik Görüşü; Bu görüşe göre sıhhat şekline riayetsizliğin yaptırımı mutlak butlan değil, kendine özgü bir geçersizliktir. Şekil eksikliğini sadece taraflar ileri sürebilir. Hakim şekil eksikliğinin resen nazara almaz. Eğer taraflar isteyerek şekil eksikliğine rağmen borçlarını ifa etmişlerse, şekil kuralının getirilmesindeki "tarafların korunması amacından" vazgeçildiği kabul edilmeli ve işlem geçerli sayılmalıdır. (Bkz. **Antalyalı**, Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları, YD. C.18, S.3, 1992, S.368 vd.) Türk hukukunda Eren bu görüştedir (age. s.359).

3.Görüş

Yokluk Görüşü, Keller/ Schöbi tarafından ileri sürülen bu yeni görüşe göre şekil, geçerlilik şartı değil; aktin kuruluş şartıdır. Dolayısıyla kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan bir sözleşme kurulamaz (Bkz. Eren, age. s.361).

ŞEKLE AYKIRILIĞIN YARATTIĞI GÇERSİZLİĞİN MK MADDE 2 YARDIMIYLA AŞILMASI

Şekil eksikliği olan bir sözleşme kural olarak batıldır ve emredici hükümle düzenlemiş olduğundan hakim resen nazara almak zorundadır. ancak şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin dermeyanı dürüstlük kuralına aykırı ise hakim bunu nazara alıp; sözleşmenin geçerli sonuçlar meydana getirmesini sağlamalıdır.

Hangi hallerin, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu hususu ise hakim her somut olayın hal ve şartlarını değerlendirmesine bağlıdır. Federal Mahkeme Kararları da bu yöndedir (Jdt 1953 I239; 19591 I69, **Oğuzman**, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994, s.166, dp.13). Dolayısıyla hangi hallerin, hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olduğu önceden tespit edilemez. Ancak bu konuda Federal Mahkeme ve Yargıtay'ın kararları ile doktrin fikirleri ışığı altında aşağıdaki hallerin hakime yol gösterici olduğunu söylemek mümkündür. Yine tekrarlamak gerekir ki bu haller kesin prensipler değildir. Hakim olayı kendi şartları içinde değerlendirmelidir(**Oğuzman / Öz**, Borçlar Hukuku, s.125).

1-Taraflar resmi şekle uyulmadan yaptıkları sözleşmeden doğan edimlerini tamamen hiç bir etki altında kalmadan isteyerek yerine getirmişlerse, taraflardan birinin şekil eksikliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir.

Federal Mahkeme muhtelif kararlarında tarafların sözleşmenin geçersizliğini bilmelerine rağmen bilinçli olarak sözleşmeden doğan edimlerini tamamen yerine getirmeleri halinde şekil eksikliğinin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmektedir (Bkz. Nihat **Yavuz**, Tapulu Taşınmazların Haricen Satışı, YD., C.19,S.3,1993, s.280; Antalyalı, agm., s.273, 380).

Yargıtay'ın 15.HD; 6.4.1977 gün E.1977/511, K. 1977/821 ve 29.5.1979 gün, E. 1979/1126, K.1979/1282 sayılı kararlarında, tarafların borçlarını ifa etmelerinden dolayı şekil eksikliğinin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak benimsenmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki belirtilen ve sonraki bazı karalarında Yargıtay taşınmazların teslimini ifa olarak dikkate almıştır. Oysa bu yanlıştır. Çünkü taşınmaz mülkiyetinin devrini hedef tutan sözleşmelerde satıcının borcunu ifa etmesi (mülkiyeti alıcıya geçirmesi) ancak tescil ile mümkündür. Yani tescil işlemi, ifayı oluşturur (Von Turh , age. .464; Eren, age. s.360).

2- Hileli davranışlarıyla şekil eksikliğine sebep olan tarafın, şekil eksikliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı sayılmaktadır. Çünkü kişi burada ahlaka aykırı davranışına dayanmaktadır. Çünkü kişi burada ahlaka aykırı davranışına dayanmaktadır (Kenan **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku ,C.2., Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1974, s.164; Oğuzman, Medeni Hukuk, s.171).

3-Sözleşme yapılırken şekil eksikliğini gören veya bu eksikliği kendi menfaati için isteyen tarafın bu eksikliğe sonradan dayanması da hakkın kötüye kullanılmasıdır (Tekinay, Borçlar Hukuku, s.107).

4- Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duyguları incitici nitelikte ise veya şeklin kuruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil de sırf borcunu yerine getirmemek için şekle riayetsizliği ileri süren kişi dürüstlük kuralını ihlal etmiş olur (Y.13.HD'nin 1.12.1991 gün, E.1991/2217,K. 1991/10901 sayılı kararı, YKD 1992, C.18, S.2, s.237 vd.; BGE. 72 II, 39, Tekinay, Borçlar Hukuku, s.108, dp.15)

5- İki taraftan biri, taahhütlerini ifa edeceğini sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş; davranışlarıyla karşı tarafın sözleşmeye olan güvenini sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmiş ise şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır (4. Şıkta verilen Yargıtay bkz. , BGE 88 II313= jDDT 1973 I 545, Tekinay Borçlar Hukuku, s.109, dp. 15a).

Son olarak bir noktayı daha belirtmekte olayımız açısından fayda vardır. Şekil eksikliğine bir sözleşmenin taraflarından biri edimini tamamen yerine getirmiş olsa bile kural olarak diğer taraftan edimin ifasının talep edilebilmesi için, şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi lazımdır. Yani şekil eksikliği dürüstlük kuralı gereğince ileri sürüleliyorsa, karşı taraftan edimin ifası istenebilir.

KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay'ın söz konusu kararda vardığı sonuç yerindedir. Çünkü şekil eksikliğinin ileri sürülmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması sayılmaz ve bu hallerde taraflardan birinin edimini yerine getirmiş olması, kendisine karşı taraftan ediminin ifasını isteme hakkını vermez. Ancak yüksek mahkemenin gerekçe kısmında detaylı olarak verdiği olayın özelliği, şekil eksikliğinin ileri sürülmesine engeldir.

Bu hususun kullanılması yasanın vermiş olduğu hakkın amacının aşmaktadır. Zira satıcı, karşı tarafa sözleşmenin icra edileceğine dair güven vermiş ve alıcı bu güvene dayanarak bütün edimlerini ifa etmiştir. Ayrıca satıcının şekil eksikliğini ileri sürmesi, şeklin koruyucu etkisinden yoksun kalmasından kaynaklanmamaktadır.; amacı edimini ifa etmektir. Satıcının olaydaki davranışları ahlaki duyguları incitici niteliktedir. Belirttiğimiz bu nedenlerden dolayı alıcının, satıcıdan ediminin ifasını istemesi dürüstlük kuralı gereğidir.

Yargıtay'ın vardığı olumlu sonuca rağmen kararın gerekçe kısmında MK 650'ye dayalı mülkiyetin iktisabına yer vermesi kanaatimize göre yersizdir. Ayrıca kararın sonuç kısmında sanki gayrimenkulun teslimini ifa olarak kabul ettiği izlenimi verilmektedir. Oysa alıcıya cebri tescil davasını açma hakkının verilmesi, gayrimenkulun teslimi ile ilgili değildir. Bu hakkın alıcıya tanınmasındaki önemli etken olayda satıcının alıcıda uyandırmış olduğu aşırı güvendir ve kararın gerekçe kısmında buna yer verilmiştir.

KARŞI OY YAZILARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Her karşı oy yazısının tek tek değerlendirilmesi yerine karşı oy yazılarındaki eleştirilerin topluca değerlendirilmesinin daha yararlı olacağı fikrinden hareketle ileri sürülen görüşleri inceleyeceğiz:

1. Eleştiride bulunanlar, sorunu MK hükümleri ile çözmek yerine, kendilerini haklı çıkarmak için Anayasa' yı Trafik Kanununu, İmar Kanununu, Kadastro Kanununu, Tapu Kanunu gibi bir çok kanunu dayanak göstererek yaptıkları eleştiriler bize kavram hukukçuluğunu hatırlatmaktadır.
2. Karşı oy yazılarında KMK' na tabi bağımsız bölümün taşınmazlardan ayırt edilip taşınır mal hükümlerine tabi tutulduğu eleştirisi haksız bir eleştiridir. Ayrıca sanki Yargıtay resmi şekli kaldırmış ve bu şekle aykırılığı kural haline getirmiş türünden yapılan eleştiriler de yerinde değildir. Çünkü MK'nun 2. maddesi gereği şekil eksikliğinin aşıldığı durumlar bütün taşınmazlar için geçerlidir.; doktrin ve uygulama bu yöndedir. Kararda KMK'na tabi bağımsız bölümün ön plana çıkması, İBK'nın konusunu oluşturması nedeniyledir. Ayrıca kararın gerekçesinde olayın özelliği gerektirdiğinde bu yola gidilmesini, aksi halde şekli düzenleyen kuralların öncelikle uygulanmasının gerektiği vurgulanmıştır. Kısacası Yargıtay'ın vardığı çözüm istisnai bir çözüm tarzıdır.
3. Diğer bir eleştiri, taşınmaz zilyetliğinin devri ifa olarak değerlendirilmez. Bu düşünce doğrudur ve taşınmaz zilyetliğinin devri edimin ifası olarak kabul edilmez. İfa tescil ile mümkündür. İBK. da her ne kadar Yargıtay sonuç kısmında değinmemişse de vardığı çözüm tarzının olayın özelliğinden kaynaklandığını gerekçe kısmında geniş biçimde açıklanmıştır. Yani zilyetliğin devrini ifa olarak benimseyip karar vermiş değildir. Bu eleştiri yapanlar Yargıtay'ın eski kararlarının etkisinde kalmışlardır.
4. Diğer bir eleştiri, MK'nun 2. maddesine kesin sınırlar çizilemeyeceğine ilişkindir. Ancak bu tür kararlar kanun kesin sınırlar çizmemekte, hakime yol göstermektedir. Çünkü somut olayın özelliğinin değerlendirilmesi hakimin takdirine bırakılmaktadır.

5. Bir eleştiriyeye göre de hukukumuzda taşınmaz mal satımıyla ilgili şekli düzenleyen hükümler kamu düzenini ilgilendiren emredici hükümler olduğundan ikinci derecede ve düzeltici nitelikte olan MK'nun 2.maddesiyle bertaraf edilemezler.

MK'nun 2. maddesinin düzeltici ve ikinci derecede uygulanan bir hüküm olduğu doğrudur. Zira örtülü başlıkların doldurulmasında uygulanacak hükümlerin düzeltilmesinde önemli fonksiyonu vardır. Dürüstlük kuralının düzenleyen bu hükmün emredici niteliği hakkın kullanılmasının amacını aştığı durumlarda bu hüküm öncelikle uygulanmakta ve hakim bunu resen nazara almaktadır.

6. Eleştirilerde resmi şeklin bertaraf edilmesiyle, şeklin taraflarını koruma amacı zedelenmiştir denilmektedir. Olaya bakıldığında, satıcının edimini ifaya yanaşmaması şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil; karşı tarafı mağdur durumda bırakırcasına aşırı menfaat temin etme niyetinden kaynaklanmaktadır.

7. Şeklin yokluğu eleştirisine gelince, kanaatimizce şekil yokluğu değil şekil eksikliği söz konusudur. Çünkü yokluk, irade beyanlarının mevcut olmadığı haller için uygulanan bir yaptırımdır. Oysa olayımızda tarafların iradesi vardır.