

# **tamamlamayan yüklenicinin payının bir bölümünü 3. şahsa temlik etmesi**

Y.14.HD. E: 2010/3897 K: 2010/6681 T: 08.06.2010

Dava ve birleştirilen davada davacılar, davalı yüklenici şirket ile arsa maliki davalılar arasında 23.08.2004 tarihinde noterde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan 11 ve 14 numaralı bağımsız bolumleri yükleniciden temlik aldıklarını belirterek tapu iptali ve tescil isteğinde bulunmuşlardır.

Mahkemece dava ve birleştirilen davanın reddine dair verilen karar Dairemizin 2008/6584 E: 2008/11631 K. Sayılı ilamı ile “...arsa sahibi ile arasında arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunan yüklenicinin şahsi hakkını ucuncu kişiye temlik etmesi halinde ucuncu kişinin ifa talep edip edemeyeceğinin saptanmasında öncelikle yüklenicinin edimin (eseri meydana getirme ve teslim borcunu) yerine getirip getirmediğinin, ardından sözleşme hükümlerindeki diğer borclarını ifa edip etmediğinin açıklığa kavuşturulması zorunludur. Davaya konu olayın, temlik işleminin hukuki niteliği ve arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin borclarının neler olduğunun arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi hükümleri çerçevesinde incelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

Arsa sahibi ile arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunan yükleniciden sözleşmesinde ona bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü temlik alan ucuncu kişinin, arsa sahibini (borcluyu) ifaya zorlayabilmesi için öncelikle

temlik işlemini ve işlemin sıhhatini kanıtlaması gerekir. Fakat temlik işlemi kanıtlanmış olursa da yukarıda açıklandığı üzere ifa talebinin muhatabı olan arsa sahibi ifaya derhal uymak zorunda değildir. Gerçekten, Borclar Kanunu'nun 167. maddesine göre "Borclu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temelluk edene karşı dahi dermeyer edebilir".

Buna göre temlik öğrenen borclu temlik olmasaydı önceki alacaklıya karşı ne tür defiler ileri surebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan ucuncu kişiye) karşı da ileri surebilir hale gelir. Temlikin konusu yuklenicinin arsa payı devri karşılığı arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o alacağından, temlik eden yuklenicinin arsa sahibinden hak kazanmadığını ucuncu kişiye temlik etmesi arsa sahibi bakımından onemsizdir. Diğer taraftan yuklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine

1 Gonderen Av. Ahmet H. KIRIM (İstanbul Barosu Avukatlarından) getirmeden kazanacağı şahsi hakkı ucuncu kişiye temlik etmişse, ucuncu kişi BK m. 81'den yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz. Burada yuklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan borclarının neler olduğuna ilişkin bazı açıklamaların yapılması gerekmektedir. Genel olarak eser sözleşmelerinde yuklenici, belli bir sonucu meydana çıkararak onu iş sahibine teslim etmeyi taahhut eder. Eser sözleşmelerinde yuklenicinin "eseri meydana getirme borcu" dayanağını Borclar Kanunu'nun 355. maddesinden alır. Anılan hukme göre, "istisna bir akittir ki onunla bir taraf (yuklenici), diğer tarafın (iş sahibinin) vermeyi taahhut eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder". Yasada "şey" olarak ifade edilen "eser"dir. Bir iş görerek eseri meydana getirmek ve meydana getirilen eseri iş sahibine

teslim etmek (arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, binayı sözleşmeye, amacına ve fen ve sanat kurallarına uygun imal ederek arsa sahibine teslim etmek) yüklenicinin ana borcudur. Kural olarak da aslolan sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde eksiksiz ifasıdır. Aksi halde, sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Böyle bir durumda da bir taraf edimini yerine getirmiş kabul edilemez...” gerekcesi ile bozulmuştur. Mahkemece Dairemizin bozma kararına uyulmuş, 16.12.2009 tarihli bilirkişi raporuna dayanılarak dava ve birleştirilen davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hukmu, davalı arsa malikleri temyiz etmiştir.

Mahkemece Dairemizin bozma kararından sonra düzenlenen bilirkişi raporuna dayanılarak dava konusu bağımsız bolumlere isabet eden arsa paylarının davacılar adına tesciline karar verilmiştir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmeleri taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Yüklenicinin temel borcu eseri (binayı) meydana getirmektir. Bir bina inşasından maksat, o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir.

3194 sayılı İmar Kanunu’nun 26 ve 27. maddelerindeki hükümler gereğince yasadaki ayırık durumlar haric her türlü inşaatın yetkili mercideki alınacak ruhsat ve yetkili merciin onayladığı plana uygun yapılması gerekir. Şayet bir inşaat ruhsatsız başlanmış veya ruhsat olmakla birlikte inşaat ruhsatın eki olan projesine aykırı yapılmışsa o inşaat “kacak inşaat” kabul edilir ve aynı yasanın 32. maddesi uyarınca da yıkıma tabi tutulur. Yasalar uyarınca yıkımı zorunlu olan bir yerin ekonomik değer olarak varlığı da düşünülemez.

Her ne kadar 24.04.1978 tarihli ve 3 – 4 sayılı Yargıtay İctihatları Birleřtirme Buyuk Genel Kurulu Kararı'nda, uzerinde bina bulunan ancak kat mulkiyeti yada kat irtifaki henuz kurulmamış bir taşınmazdan bağımsız bolum satış vaadi gecerli kabul edilmiş ise de, İctihadi Birleřtirme Kararı'nın konusu yasalara uygun meydana cıkartılmış bir yapıdır. Kacak ve hakkında yıkım kararı olan bir yapıda anılan İctihadi Birleřtirme Kararı'nın uygulanması yasaların yaptırımı bağıladığı eylemin devamına neden olma sonucunu sağılayacağından kacak binada bağımsız bolum satışına konu satış vaadi sozleşmesine dayanılarak acılan tapu iptali ve tescil isteğinin reddi gerekir. Zira bu gibi yerler uzerinde kat mulkiyeti veya kat irtifaki kurulma olanağı yoktur.

Mahkemece bozma kararımızın gereğı yerine getirilmeyerek binanın fiziki ve hukuki durumu araştırılmadan eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması doğıru gorulmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

**SONUÇ:** Yukarıda acıklanan nedenlerle davalıların temyiz itirazlarının kabulü ile hukmun **BOZULMASINA**, 750,00 TL Yargıtay duruşma vekalet ücretinin davacılarından alınarak davalılar şaban ve Bahri 'ye verilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde yatırırlara geri verilmesine, 08.06.2010 tarihinde oybirliğı ile karar verildi.