Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde HSYK Müzakeresi

HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU
HUKUKİ MÜZAKERE TOPLANTILARI
21-24 KASIM 2013 TEKİRDAĞ
Grup Adı : ÖZEL HUKUK 7. GRUP
Grup Konusu : ESER SÖZLEŞMELERİ
(ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ)

Grubumuzda yapılan müzakereler sırasında, eser sözleşmeleri ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ele alınmış, yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde önemli
bir değişiklik olmadığı tespit edilmiştir. Yerel Mahkemeler ile Yargıtay arasında uygulama birliğinin sağlanmasının, Türk Hukukunun gelişimine önemli katkılar sağlayacağı ve yerel mahkemelerin, daha hızlı ve verimli çalışmasına katkıda bulunacağı hususu dikkate alınarak, özellikle uygulamada sıkça karşılaşılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri üzerinde yoğunlaşılmıştır. Yapılan müzakereler sonucunda uygulama ve mevzuattaki görülen eksiklikler saptanarak sonuç ve öneriler bölümüne eklenmiştir.
Mevzuatımızda eser (istisna) sözleşmeleri BK. 355 vd, maddelerinde, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK 470 ile 486 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK madde 470'e göre "eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği, bir sözleşme türüdür. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere uygulamada küçük bir imalat ile devlet ihaleleri gibi geniş kapsamlı tüm işler, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilebileceğinden, çalışmamızın kapsamı uygulamada sıkça karşılaştığımız arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile sınırlı tutularak yürütülmesi, müzakereye katılanlar tarafından uygun görülmüş ve çalışma bu kapsam

çerçevesinde yürütülmüştür.
Müzakerelerimiz sırasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerlilik koşulları, görevli mahkeme ve uygulamada yüklenici, arsa sahibi ve üçüncü kişiler tarafından açılan ve sıkça karşılaşılan davalar tespit edilmiş ve bu konu başlıkları tek tek müzakere edilmiştir.

1-ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN YAPILMA ŞEKLİ VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI:

Uygulamada, her ne kadar kat karşılığı inşaat sözleşmesi tabiri kullanılmakta ise de, grubumuzda arsa malikinin yükümlülüğünün kendisine ait arsa payının devri olduğu göz önüne alınarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi kullanılması tercih edilmiştir. 2 Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, karma nitelikli bir sözleşmedir. Her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bir eser sözleşmesi türü ise de, eser sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri arasında, şekil ve geçerlilik koşulları bakımından farklı hükümler bulunmaktadır. TBK 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi için, anılan kanunda herhangi bir şekil koşulu getirilmemiştir. Kural bu olmakla birlikte, eser sözleşmesinin taraflardan birinin akdi ilişkiyi inkar etmesi halinde, uygulamada büyük sıkıntılar ve mağduriyete yol açan ispat sorunu ortaya çıkmaktadır. HMK 200 vd. maddelerinde, değeri 2500 TL’yi aşan hukuki işlemlerin yazılı bir belge ile ispatlanması gerektiğinden, eser sözleşmesinin inkarı halinde, varlığını iddia eden taraf, bu iddiasını yazılı bir belge ile ispatlamalıdır. Böyle bir yazılı belge sunamazsa, kural olarak karşı tarafın açık muvafakatı olmadıkça tanık deliline dayanmaz. Son olarak açıkça yemin deliline dayanmışsa yemin hakkını kullanabilir. Ancak görüldüğü üzere iyi niyetle veya karşı tarafa güvenerek, yazılı olmaksızın eser sözleşmesi ilişkisi kuran taraf bunu ispat edemeyeceğinden mağdur olacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine gelince: Eser sözleşmelerinden farklı olarak bu sözleşmelerin 6098 sayılı TBK’nın 237, Türk Medeni Kanunun 706, Noterlik Kanunun 60,89 ve Tapu Kanununun 26. maddeleri düzenlemeleri ışığında,

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri içerisinde mülkiyeti nakil borcu barındırdığından ve anılan bu maddelerde, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan, mülkiyetin naklinin resmi biçimde yapılması şartı getirildiğinden, bu sözleşmelerin tapu sicil müdürlüklerince ve noterlerce düzenleme şeklinde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Bu geçerlilik şartı emredici nitelikte olup sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususu hakim tarafından resen dikkate alınmalıdır. Noterlerce yalnızca imza onayı şeklinde yapılan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri anılan yasa şartını yerine getirmediğinden geçersizdir. Fakat Noterlik Kanunu 88/1. maddesi gereğince taraflarca haricen düzenlenen metnin, noter tarafından noter senedine işlenmesi suretiyle hazırlanan metnin, noter senedinin tamamlayıcı bir unsuru haline geldiği durumlarda bu sözleşme geçerli hale gelmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılmış olmamakla birlikte geçerli kabul edildiği iki durum söz konusudur. Bunlar, sözleşme resmi şekilde yapılmamış olmakla birlikte, arsa sahibi tarafından yükleniciye tapu devri yapılması ile, inşaatın büyük ölçüde başka bir ifade ile tamamına yakın bir oranda tamamlanmış olması ve arsa sahibi tarafından, gelen aşama itibarı ile şekle aykırılığın ileri sürülmesinin TMK’nın 2/1 maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması sayılması halidir. Bu iki durumda adi yazılı şekilde yapılmış sözleşme geçerli hale gelir.
İnşaatın arsa sahibi tarafından kabule icbar edilecek derecede, büyük ölçüde tamamlanmış olması yani tamamına yakınının bitirilmiş olmasından; Yargıtay uygulamalarına göre inşaatın %90 ve üzerinde tamamlanmış olma halinin anlaşılması gerekmektedir. TMK 692 maddesi uyarınca hisseli taşınmazlarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine tüm hissedarların katılması yasal zorunluluktur. Ancak tüm hissedarların aynı sözleşmede bulunma zorunluluğu olmayıp ayrı ayrı sözleşmeler yapılması da mümkündür. Arsa payı karşılığı inşaat

sözleşmelerinin daha sonra taraflarca anlaşılarak, hükümlerinin değiştirilmesi, ancak TBK 13. maddesi uyarınca kanunda öngörülen yazılı şekille yapılmalıdır. Başka bir ifade ile noterde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hükümlerinin asli unsurlarında (ağırlaştırıcı unsurlar) değişiklik yapılabilmesi ancak noterde 3 yapılacak ek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile mümkündür. Tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.
GÖREVLİ MAHKEME: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde; Asliye Ticaret, Asliye Hukuk ve Tüketici Mahkemeleri tarafların sıfatı ve sözleşmenin niteliğine göre görevli olabilirler. Arsa sahiplerinin gerçek kişi olduğu veya iki tarafın da tacir olmadığı yalnızca bir tarafın tacir olduğu durumlarda anılan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin her iki tarafı da tacir ise, bu sözleşme iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olduğundan, Asliye Ticaret Mahkemesi görevli olacaktır. Yükleniciden daire alan ve yüklenici ile temlik sözleşmesi yapan üçüncü kişiler, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4/c maddesi gereğince konut amaçlı taşınmaz edinen kişiler olarak tüketici sayılacaklarından, bu durumda tüketicinin açacağı davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Ancak hem yüklenicinin hem arsa malikinin davada birlikte hasım gösterilmesi gerekir.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYARINCA AÇILACAK DAVA TÜRLERİ:
Müzakerelerimiz sırasında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, arsa sahibi ve yüklenici tarafından açılabilecek dava türleri aşağıda belirtilmiştir.

1-ARSA SAHİBİ TARAFINDAN AÇILABİLECEK DAVALAR
A) Eksik ve Kusurlu İşler Bedeli
B) Gecikme Tazminatı – Cezai Şart
C) Sözleşmenin Aynen Yerine Getirilmesi

D) Nama İfa
E) Tapu İptal ve Tescil
F) Sözleşmenin Feshi – Kal ve Men'i Müdahale Davalarıdır.

2-YÜKLENİCİ TARAFINDAN AÇILACAK DAVALAR
A) Fesih Nedeniyle İmalat Bedeli
B) Arsa Sahibinin Haksız Feshi Nedeniyle Kar Kaybı
C) Sözleşme Dışı İmalat Bedeli
D) Tapu İptali ve Tescil
E) Cezai Şart İstemli Davalar

SÖZLEŞMENİN FESHİ (İLERİYE ETKİLİ FESİH-GERİYE ETKİLİ FESİH)
Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iki tarafa borç yükleyen karma nitelikte bir sözleşmedir. Arsa sahibinin yükümlülüğü mülkiyeti nakil olduğundan bu nevi sözleşmelerin tek taraflı olarak feshi mümkün değildir. (Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri dışında ki diğer eser sözleşmeleri tek taraflı olarak feshedilebilir.)

Fesih ikiye ayrılır. Tarafların rızalarının uyuşması suretiyle rızai fesih, eğer taraflar fesihte anlaşamamışlarsa, mahkemeye müracaat sonucu fesih. Buna da kazai fesih denir. Rızai fesihte taraflar bir araya gelmişler, sözleşmeyi fesih hususunda bir protokol yapmışlarsa, taraf iradeleri uyuştuğundan, sözleşmenin feshi gerçekleşmiştir. Eğer taraflardan biri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini feshettiğini, karşı tarafa bildirmiş karşı taraf da cevabi ihtarnamesi ile bu fesih iradesini kabul etmiş ise bu durumda da tarafların iradeleri fesih konusunda birleşmiş olup, cevabi ihtarnamenin düzenlendiği anda, fesih gerçekleşmiş kabul edilir. Taraflar iradeleri bu şekilde birleşmezse, taraflardan biri mahkemeye müracaat ederek sözleşmenin feshini talep edebilir. Bu şekilde fesih geriye etkili olabileceği gibi inşaatın durumuna göre ileriye etkili de olabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kural olarak ani edimli sözleşmelerden olduğundan geriye etkili olarak feshedilir. Kural olarak geriye etkili fesihle sözleşme tasfiyesi parasal olarak; ileriye etkili fesihte ise

sözleşmenin tasfiyesi tapu ile yapılır. Mahkemece inşaatın gerçekleşme oranı tespit edilir. Söz konusu oran % 90'ın altında ise ve teslim süresi geçmekle yüklenici temerrüdü gerçekleşmişse hakim taraflar arasındaki sözleşmeyi sanki sözleşme hiç yapılmamış gibi, geriye etkili olarak fesheder. Bu durumda tarafların durumu sözleşme öncesindeki hale döner. Arsa sahibi arsa payı devri yapılmışsa bunu geri alacağı gibi yüklenici de yaptığı imalat yasal ve arsa sahibinin işine yarayacak durumda bir inşaat ise yaptığı işin bedelini isteyebilir. Geriye etkili fesihte yalnızca menfi zarar istenebilir, gecikme tazminatı veya cezai şart istenemez.
İleriye etkili fesih; inşaatın % 90 ve üzerinde tamamlanmış olması yüklenicinin süresi içerisinde inşaatı bitirememesi nedeniyle temerrüdü gerçekleşmişse söz konusu olur. İnşaat belirtilen oranda bitirilmiş yasal ise hakim bilirkişiden rapor almak suretiyle inşaatın seviyesine göre yüklenicinin hak ettiği bölüm sayısını ve bu bölümlerin hangileri olduğunu tespit eder ve sözleşmeyi ileriye etkili olarak fesheder.

TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVALARI:

1-ARSA SAHİBİNİN AÇTIĞI TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVALARI:

Arsa sahibi iki durumda bu davayı açabilir. Birinci durum, sözleşmenin arsa sahibi tarafından, geriye etkili feshi halinde yükleniciye veya yükleniciden devralan üçüncü kişilere geçen tapuların iadesi gerekeceğinden arsa maliki sözleşmeye güvenerek devrettiği hisse veya kurulmuşsa kat irtifaklı bağımsız bölümlerin iadesi için yüklenici ve üçüncü kişiler aleyhine tapu iptali ve tescil davası açar. Bu durumda eğer sözleşme geriye etkili feshedilmiş ve kesinleşmişse mahkemece kesinleşen dava dosyası getirtilerek incelenir tapu iptal ve tescil kararı verilir.

İkinci durum; eğer arsa maliki sözleşmeye güvenerek veya sözleşmeye konulmuş açık hüküm gereği yükleniciye arsa payı devri yapmış ve daha sonra sözleşmeye uygun inşaat bitirilmiş fakat arsa sahibine düşecek bağımsız bölümlerin tapusu arsa

sahibine devredilmemişse arsa sahibi yüklenici aleyhine dava açarak kendisine verilmesi gereken bağımsız bölümler yönünden tapu iptal ve tescil talebinde bulunabilir.

2-YÜKLENİCİNİN AÇTIĞI TAPU İPTALİ DAVALARI:

Yüklenici tarafından açılacak bu davalar ancak sözleşmenin feshedilmemiş olduğu durumlarda açılabilir. Görülen davada yüklenicinin talep ettiği bağımsız bölümleri hak edip etmediği taraflar arasındaki sözleşme koşullarına göre belirlenir. Eğer sözleşmede yükleniciye verilecek bağımsız bölümler belirtilmişse bu durumda öncelikle kat irtifakının kurulması sağlanmalıdır. Kat irtifakı kurulmamışsa kurulması için yükleniciye süre verilmeli bu şekilde arsa payları ve bağımsız bölümleri belirleyen bilirkişi raporu alınmalı, yüklenicinin getirdiği seviye sonucu hak ettiği bağımsız bölümler yönünden hüküm kurulmalıdır. Bu davalarda özellikle, yapının imar kanununa, plan ve projesine uygun olup olmadığına dikkat edilmelidir. Yapılan inşaatta imara ve projeye aykırılık tespit edilirse, mahkemece yükleniciye bu aykırılığı gidermesi için süre verilmeli, yasal hale gelip gelmemesinin sonucuna görede tapu iptali tescil hakkında hüküm kurulmalıdır.

ARSA SAHİBİ TARAFINDAN AÇILACAK GECİKME TAZMİNATI-CEZAİ ŞART DAVASI

Bu davalarda öncelikle taraflar arasında geçerli bir sözleşme olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer geçerli bir sözleşme yoksa geçersiz sözleşmelere dayalı gecikme tazminatı ve ceza istenemez. Bu husus hakim tarafından doğrudan dikkate alınmalıdır. Ayrıca sözleşme feshedilmemiş olmalıdır. İnşaatın teslim edileceği tarih taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre belirlenmeli bu tarih gecikme tazminatının başlangıcına esas alınmalıdır. Teslim tarihi yönünden yüklenicinin sözleşme dışı iş yapıldığı, arsanın kendisine geç teslim edildiği vs. savunmaları varsa bu hususlar incelenerek eğer teslime etkisi varsa bunlar dikkate alınmalıdır.

Teslim maddi bir durum olduğundan ispatı için yazılı belge gerekmez, teslim her türlü delille ispatlanabilir.

Arsa sahibi kendisine düşen bir kısım yerleri satmışsa ancak

satış tarihine kadar olan süre için gecikme tazminatı ve cezai şart isteyebilir. Satış sonrası dönem için bunlar istenemez. Gecikme tazminatı istenebilmesi için arsa sahibinin teslim sırasında ihtirazi kayıt koyması gerekmez. Fakat cezai şart yönünden teslim sırasında ihtirazi kayıt koyması gerekir.

NAMA İFAYA İZİN DAVASI

TBK 113. maddede düzenlenen bu dava; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, edimini yerine getirmeyen yani inşaatı eksik bırakan yüklenicinin, eksik bıraktığı bu işleri onun nam ve hesabına arsa sahibi veya yükleniciden temlikname ile almak koşuluyla bağımsız bölüm satın alan kişiler tarafından açılabilir. Burada davacılar hem kendilerine düşen bağımsız bölümleri hem de ortak alanlardaki eksik işler bedelini isteyebilir. Yargılama sırasında teknik bilirkişiden alınacak raporda, nama ifaya konu eksik işlerin hangileri olduğu tek tek belirlenmeli ve bunların ayrı ayrı maliyetleri çıkarılmalıdır. Tüm bu hususlar hakim tarafından hüküm fıkrasında ayrıntılı biçimde gösterilmelidir. Talep halinde belirlenecek bu eksikliğin bedelinin karşılanması için (belirlenen eksik işler bedeline yetecek sayıda) yükleniciye ait bağımsız bölümlerin satışına izin verilebilir. Bu nedenle satışına karar verilecek bağımsız bölümlerin bedeli mutlaka belirlenmeli ve hüküm fıkrasında, belirlenen bu bedelden aşağı bedelle satış yapılamayacağı açıkça belirtilmelidir.

AYIPLI VE EKSİK İŞ BEDELLERİ DAVASI

Eksik iş, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle yapılmayan işleri kapsar. Bu nedenle herhangi bir sınırlama olmaksızın ve ihtar gerekmeksizin, arsa sahibi TBK da öngörülen zamanaşımı süreleri içerisinde eksik işler bedelini isteyebilir. Eser sözleşmelerinde ayıp durumu, açık veya gizli ayıp şeklinde gerçekleşir. Açık ayıplar, ortalama bir insan tarafından ilk bakışta fark edilebilen ayıplar olup, gizli ayıplar ise kullanma ile ortaya çıkan ayıplardır. Eseri teslim alan iş sahibi veya arsa sahibi, bu teslimden sonra açık ayıp ise teslimden itibaren hayatın olağan akışına göre imkan bulur bulmaz, eseri gözden geçirmek ve varsa ayıbı uygun

bir süre içerisinde bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Bildirim her türlü delille ispatlanabilir. Uygun süre yapılan işin niteliğine göre takdir edilir.
Eseri teslim alan iş sahibi veya arsa sahibi, kullanma sonucu eserde bir gizli ayıp olduğunu tespit ederse TBK 477 son maddesi uyarınca gecikmesizin bu ayıbı yükleniciye bildirmelidir. Aksi halde eseri ayıplı haliyle kabul etmiş olup, TBK da düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinden (TBK 475) yararlanamayacaktır.
Eğer eser ayıplı ise TBK'nın 478. maddesinde (süresinde ayıp ihbarı yapılması koşuluyla) belirtilen zamanaşımı süreleri içerisinde ayıp nedeniyle dava açılabilir. Taraflar arasında düzenlenen sözleşmede veya ek sözleşmede kanunda belirtilen sürelerden daha uzun bir süre için yüklenici tarafından garanti verilmişse bu durumda verilen bu garanti süresi içerisinde iş sahibi veya arsa sahibi herhangi bir zamanda ayıp ihbarında bulanabilir.

TAVSİYELER

Her ne kadar eser sözleşmeleri Türk Borçlar Kanunun da açıkça düzenlenmişse de, uygulamada eser sözleşmesinin çok büyük bir kesimini teşkil eden ve milyonlarca insanı doğrudan ilgilendiren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, açıkça ve ayrı olarak bu kanunda düzenlenmemiş olması çok büyük bir eksiklik olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle olası bir kanun değişikliği kapsamında bu hususunun değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.
Yapılması istenen bu düzenlemede arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerlilik koşulu olarak yazılı şekil şartı getirilmeli, yine aynı düzenlemede yüklenici, arsa sahibi ve üçüncü kişilerin hak ve yetkileri açıkça ve tüm tarafları mağdur etmeyecek bir şekilde ortaya konulmalıdır.
Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin profesyonel tarafını oluşturan ve arsa sahibine karşı daha donanımlı olduğu kabul edilen yüklenicilik müessesesi mutlaka bir kurumsallaşmaya gitmeli her isteyenin müteahhitlik belgesi alarak inşaat

yapmasının önüne geçilmelidir. Bunun sonucunda üçüncü kişiler ve arsa sahiplerinin mağduriyeti önlenerek günümüzde büyük şehirlerin temel sorununu oluşturan kaçak ve düzensiz yapılaşmanında azaltılmasına yardımcı olacağı düşünülmüştür. Ayrıca günümüzde sık karşılaşılan yüklenici tarafından proje halindeki konut satışı sınırlandırılmalı hatta yasaklanmalıdır. Yine arsa sahibi ve üçüncü kişilerin mağduriyetinin önüne geçilebilmesi için yüklenicinin üçüncü kişiye satışları arsa sahibinin onayına bağlanabileceği gibi bu satışların mutlaka resmi ve tapuda devir şeklinde düzenlenmesi gerekli görülmektedir.

Çalışma sırasında yerel Mahkemeler ile Yargıtay arasında bilgi akışı noktasında yetersizlik bulunduğu görüldüğünden özellikle eser ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri alanında bu davalara bakan ilgili Yargıtay Dairesinin bu davalarda yerleşik içtihatları ile nelere dikkat edileceği hususları UYAP sistemi üzerinden açıkça ulaşabilir olmasının faydalı olacağı düşünülmüştür. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı ile ortak bir çalışma yapılarak tenkis, nama ifaya izin vs. davalarda örnek tensip zaptı ve hüküm fıkrasının sisteme eklenmesinin sağlanması yararlı olacaktır. Son olarak da yapılan hukuki müzakere toplantıları tüm katılanlar tarafından takdirle karşılanmış ve değişik çalışma konuları, değişik zaman ve değişik yerlerde devam ettirilmesinin çok faydalı olacağı düşünülmektedir.