

TÜRKİYE NOTERLER BİRLİĞİ

HUKUK DERGİSİ

*"Adalet Mülkün Temeli,
Noterlik Bu Temelin İnşa Malzemesidir.,,"*

Sayı : 62
15 Mayıs 1989

SAHİBİ
Türkiye Noterler Birliği
Başkanlığı
Adına
Başkan

RASİM EYÜBOĞLU
(Ankara 24. Noteri)

★
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Avukat **REYHAN GÜNEŞ**

ÜÇ AYDA BİR ÇIKAR

★

ADRES
Çankırı Caddesi No. 18
ANKARA

★

TELEFONLAR :
310 49 35 - 310 49 36

★

FİATİ : 125,— TL.

★

BASILDIĞI YER:
TİSAMAT Basım Sanayii Tesisleri
Tel : 118 54 38 - 118 95 62 ANKARA

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
• Devre Mülk Hakkı ve Bu Konuda Noterlerin İşlevi	3
Dr. E. Saba ÖZMEN (G.Ü. İkt. İd. Bil. Fak. Öğr. Ele.)	
• Atatürk ve Kadın Hakları	12
Esat ŞENER (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı)	
• İcra ve İflas Kanununun Yeni Hükümleri Hakkında Düşünceler	17
Y. Semih ÖKTEMER (Yargıtay 12. Hukuk Daire Üyesi)	
• Veraset ve Belgeleri	26
Fahrettin TANJU (T.N.B. Fahri Üyesi)	
• Noterlerin Gelirleri-Giderleri ve Gelir Vergisi Beyannameleri	30
Hüseyin BOZKURT, (Beyoğlu Yedinci Noteri)	
• Noterlik İşlemlerinde Tanık	37
Nurun Cemal İDİKUT (Çankırı İkinci Noteri)	
• Tanıma Senedi Hakkında Düşünceler	43
Perihan VURAL (Elmadağ Noteri)	
• Kaymak Üzere Olan Bir Yıldızın Düşündürdükleri	46
Mehmet YAMAN (Adıyaman 2. Noteri)	
• Yargıtay Kararları	48
• Noterlerden ve Türkiye Noterler Birliğinden Haberler	61
• Nakil ve Atamalar	64
• 18. Birlik Kongresi Delege Listesi	66

DEVRE MÜLK HAKKI VE DEVRE MÜLK HAKKINA İLİŞKİN AKİT YAPMA VAADLERİ İLE BU KONUDA NOTERLERİN İŞLEVİ

Dr. E. Saba Özmen
G.Ü. İktisat İdari Bilimler Fakültesi
Öğretim Elemanı

I — GENEL OLARAK :

Bilindiği gibi, 3227 sayılı "Kat Mülkiyeti Kanununa Devre Mülk Hakkı İle İlgili Maddeler Eklenmesine Dair Kanun"la yeni bir ayni hak yaratılmış oldu. Böylece, aynı haklarda hakim sınırlı sayıda olma prensibi uyarınca (numerus clausus), sayıları sınırlı ayni haklara yeni bir adet eklenmiş ve devre mülk hakkı, Medeni Kanunumuzun sistemi içindeki yerini almıştır.

Sınırlı bir süreye bağlı tatil ihtiyacının karşılanması amacı ile taşınmazlardan sağlanan istifade hakkının zamana bağlı bölünmesi ve böylece aynı taşınmazdan birden çok kişiye istifade imkanı tanınması Amerika ve Avrupa'da yaygın bir şekilde uygulanmakta idi. Amerika (Time Sharing) ve onu izleyen Fransa (Multipropriété) ve diğer ülkelerde görülen ve taşınmazdan zamanla sınırlı istifade hakkı sağlayan sistemler çok farklı nitelikte karşımıza çıkmaktadırlar (1). İlginç bir uygulama olarak Amerika'da Time Sharing sistemi içerisinde yer alan Interval Ownership sistemi üç boyutlu mal üzerinde zaman boyutunu da eklemek suretiyle bu dördüncü boyuta bağlı mülkiyet hakkı dahi tanınmıştır. Başka bir ifade ile, herkes yararlandığı devre boyunca taşınmazdan, bağımsız mülkiyet hakkına sahip kılınmıştır.

Farklılık taşıyan tüm sistemleri iki başlık altına toplayabiliriz. Şahsi hakka ve ayni hakka dayalı sistemler olmak üzere. Aynı hakka dayalı sistemlerde, belirli bir taşınmazdan

sağlanan zamana bağlı istifade hakkı, aynı bir hakka dayanmaktadır. Buna karşılık şahsi hakka dayalı sistemlerde, hak sahipleri, başkasının mülkiyetindeki bir taşınmazdan yalnızca zamana bağlı bir istifade alacak hakkına sahiptirler.

Her iki sistemde temelde iki ana unsura dayanmaktadır. Belirli bir yer ve belirli bir devre (zaman). Belirli bir yer, sistemin özelliğine göre, aynı hakka konu bağımsız bir taşınmaz olabileceği gibi (kat mülkiyetine bağlı bir daire), aynı hakka konu bağımsız bir bölümün fiili olarak bağımsız kullanılmaya elverişli bölümleri (anataşınmazın odaları gibi) olabilecektir.

II — ÜLKEMİZDEKİ GELİŞME VE DEVRE TATİL SİSTEMİ :

İhtiyacın ve anılan sistemlerin gelişmesine yol açan ekonomik sebeplerin aynı olması, ülkemizde de benzer uygulamaları başlattı. İlk uygulama, şahsi hakka dayalı sistem içinde yer almaktaydı. Devre tatil (dönemsel tatil) olarak adlandırdığımız bu sistemde görülen aksaklıklar ve hak sahipleri açısından konumlarındaki yetersizlik kanunkoyucuyu daha güvenlik bir sistem yaratmaya itti. Anılan kanun değişiklik ile müşterek mülkiyet irtifak diye formüle edeceğimiz bir siste-

(1) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., ÖZMEN E. Saba: Devre Mülk Hakkı, Ankara 1988, s.31 vd.

DEVRE MÜLK HAKKI VE BU KONUDA NOTERLERİN İŞLEVİ

me bağılı olarak devre mülk hakkı kanuni düzenleme içerisindeki yerini aldı. Bu konudaki açıklamalarımıza geçmeden önce devre tatilin özelliklerini kısaca belirtmekte alternatif sistemi anlama açısından yarar görüyoruz.

Bu sistemde bir şirket, fiilen bağımsız kullanılabilir bölümleri ihtiva eden kendi mülkiyetindeki taşınmazın, bu bölümlerine bağılı olarak her sene ve senenin belirli bir döneminde (veya dönemlerinde) istifade hakkını genelde on-onbeş yıllık süreye bağılı olarak (süresiz de tanınması mümkündür) alacak hakkı olarak kişilere taahhüt etmektedir. Bu istifade hakkının yanında başka edimlerde yapılan devre tatil sözleşmesinde önem taşımaktadır. Bağımsız bölümlerin temizliği, onarımı, bakımı, sosyal tesislerden yararlanma hakkı, ücrete tabi hizmetlerden belirli bir indirim sağlama hakkı, yararlanmadığı dönemlerde hak sahibi adına kiralama hizmetleri gibi.

Hukuki nitelik itibarıyla bu sözleşmeler, sözleşmenin tipini ve muhtevasını belirleme özgürlüğü prensibi uyarınca geçerli olarak yapılabilecek "karma sözleşmeler"dendir (2). Bilindiği gibi, kanunda yer alan (tipik) sözleşmelere ilişkin unsurların kanunda öngörülme-yen biçimde biraraya getirilmesiyle oluşan sözleşmelere "karma sözleşme" denmektedir (3). Karma sözleşmeler başlığı altında ortaya çıkan bir alt başlık olarak konumuzu ilgilendiren sözleşme çeşidi "kombine sözleşme (ikiz sözleşme)" denir. Kombine sözleşmeler, sözleşme taraflarından birinin kanunda yer alan birden çok sözleşmeye ilişkin eşit değerde (denk kıymette) edimler taahhüt ettiği, buna karşılık diğer tarafın tek bir edimi ki bu genellikle para borcudur taahhüt ettiği sözleşmelerdir (4).

Devre tatil sözleşmesi nitelendirmeye dayalı olarak, sözleşme serbestisince tam bir irade özgürlüğü içinde istenilen muhteva ve şekilde yapılabilecektir. Şekil konusunda ise, BK. m.11 hükmünde yer alan, "akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir" kuralından hareketle, iradi şekil ile adi yazılı şekilde veya tarafların isteği ile noterde düzenlenmesi (re'sen ya da imza

tasdiki suretiyle) mümkündür. Bu koruyucu bağlayıcı bir kural yoktur.

III — DEVRE MÜLK HAKKI :

KMK. m.57 tanımlayıcı bir hükümle devre mülk hakkına açıklık getirmektedir. "Devre mülk olarak kullanılmaya elverişli bir taşınmaz veya bağımsız bölümün ortak maliklerinin her biri lehine bu yapı veya bölümden belli dönemlerinde istifade hakkı, müstakim mülkiyet payına bağılı bir irtifak hakkı olarak kurulabilir" (I. f.). "Bu hakka devre mülk hakkı denir (II. f.). Bu tanıma bağılı olarak KMK. m.57-65 hükümlerinden yararlanılarak suretiyle devre mülk irtifakı kurulması koşullarını şöyle sıralayabiliriz.

1 — Devre Mülk İrtifakı Müstakim Mülkiyet Konusu Taşınmazlarda Kurulabilir.

Devre mülk irtifakının zorunlu ön koşulu, müstakim mülkiyete konu bir taşınmazın varlığıdır. Aynı haklarda hakim tipe bağlı prensibi uyarınca, müstakim mülkiyete bağılı olmaksızın devre mülk irtifakı kurulamaz.

2 — Devre Mülk İrtifakı Mesken Niteliğindeki Bir Taşınmaz Üzerinde Kurulabilir.

Devre mülk irtifakının konusu ancak binalardır. Bunun dışında işyeri, depo ve telikteki yapıların zamana bağılı olarak birden çok müstakim malik tarafından kullanımı devre mülke vücut veremez. Mesken niteliğindeki taşınmaz türleri KMK. m.58 sınırlandırılmıştır. Buna göre meskenler, "mülkiyetine veya kat irtifakına çevrilmiş müstakim yapı" niteliğinde olacaktır. Bağımsız (müstakim) yapı ile amaçlanan, KMK. m.632 hükmüyle taşınmaz sayılan arazi üzerindeki mütemmin cüz (ayrılmaz) parçaları niteliğinde (MK. m.619) yapılardır. Bu tür yapılar, üst toprağa tabidir (MK. m.644/II) olarak uyarınca aslın (üzerinde bulunduğu arazinin) hukuki geleceğine bağlıdır.

(2) Özmen, age., s.56 vd.

(3) Karma akit için bk.: KUNTALP Erden: Karışık Mülkiyetli Akit, Ankara 1971.

(4) TANDOĞAN Hâluk: Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, C.I/1, B.5, s.71.

3 — Devre Mülk İrtifakı Geçerli Bir İrtifak Hakkı Olarak Kurulabilir.

Müşterek mülkiyet konusu taşınmazdan devre mülk hak sahibi ortakların, belli dönemlerdeki istifade hakkı, bir irtifak hakkı olarak ilgili sütünâ tescil ile kurulabilecektir (5). Gerçi, KMK. m.57 vd. hükümlerinde devre mülk irtifakının nasıl kurulacağı konusunda tam bir açıklık bulunmamaktadır. Yalnızca, KMK. m.60'da "anasözleşme mal ile bağımsız bölümlerin ve müstakil yapıların tapu kütüklerinin beyanlar hanesine, bağımsız bölüm veya yapı üzerinde devre mülk hakkı kurulduğu işaret edilir ve düzenlenecek tapu senedinde de bu husus belirtilir" hükmü getirilmiştir. Ayrıca, bir diğer kuruluş şartı olarak, devre mülk sözleşmesinin de resmi senede eklenerek tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi gerektiği KMK. m.61 ile düzenlenmiştir. İşte, tapu senedi ve resmi senet kavramları tescile esas olmak üzere düzenlenmiştir (6). Ayrıca, KMK.'nın ilgili düzenlemesinde, bu gibi hüküm bulunmayan hallerde TMK. ve ilgili diğer kanun hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir (KMK. m.65). Bu kanuni atıf ile, bir irtifak hakkı olarak nitelendirilen devre mülk hakkına MK. m.704 vd. hükümleri uygulanacaktır. Bu alanda da yeterli düzenlemenin bulunmadığını biliyoruz. Bu konudaki boşluklarda yine ikinci bir kanuni atıf ile, "hıfâfına sarahat bulunmadıkça mülkiyet hakkındaki hükümler irtifak hakkının iktisap ve tescilinde dahi caridir. (MK. m.704/2. cümle) hükmünden hareketle MK. m.633-643; 910 vd. maddeleri konumuz açısından uygulanacak hükümler haline gelmiştir. **Sonuç olarak,** devre mülk irtifakının kurulabilmesi için, devre mülk resmi senedi (geçerli bir iktisap sebebi olarak irtifak sözleşmesi), tescil talebi ve tescil şartlarının yerine getirilmiş olması şarttır. Bu koşullara ilaveten işin niteliği gereği, geçerli bir devre mülk sözleşmesinin de yapılmış olması gerekmektedir.

4 — Devre Mülk Sözleşmesinin Varlığı.

Müşterek malikler, devre mülk irtifakı kurmak amacıyla, kendi aralarında yazılı bir devre mülk sözleşmesi yapmak zorundadırlar. Kanunkoyucu, KMK. m.57-67 hükümlerinde ayrıntılı bir düzenlemeye gitmeyerek aralarındaki ilişkiyi yine devre mülk hakkı hibi müşterek maliklerin düzenlenmesini zulamıştır. KMK.'nın 61 hükmünce, devre mülk sözleşmesi, devre mülke geçilecek pıda, "ortak malikler arasında dönem süresi, devir ve teslimi ile istifade şekil ve usulle yöneticilerin seçimi ile hak ve sorumlulukları büyük onarım için ayrılacak dönem, bakım masrafları gibi hususlar..." konusunda lüküm getiren ve getirdiği müsbet edim yükümlülükleri ile (verme, yapma gibi) fer'i anlaşma niteliğindedir. Fer'idir; çünkü, "şeyi yapma borcu başlı başına bir irtifak tikel etmeyip; ancak ona fer'i olarak raptedilebilir" kuralı (MK. m.703/II) uyarınca devre mülk sözleşmesi de bu niteliktedir. Bu haliyle devre mülk sözleşmesi, kat mülkiyetinde yönetim planının gördüğü fonksiyonu görmektedir. Belirtilen niteliği ile değerlendirmek gerekirse, yan edim olarak irtifak hakkının fer'i niteliğindeki borçların yaya bağlı borç olmasından hareketle (devre mülk sözleşmesi ile getirilen yükümlülüklerin eşyaya bağlı borçlar olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Devre mülk sözleşmesinin zorunlu muhtevasından olan devreler ile büyük onarım süresi ve bu devrelerde hangi ortağın istifade edeceği konusundaki anlaşma dışında zorunlu olmayan muhteva kapsamında her türlü düzenleme getirilebilecektir. Devre mülk sözleşmesi resmi senede eklenme ve evrakı müsbet (tamamlayıcı evrak) arasında yer alması koşuluna bağlı olarak asgari yazılı şekle düzenlenmek zorundadır.

IV — DEVRE MÜLKÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI :

A — Devre Mülk Hak Sahiplerinin İstifade Hakkı :

Devre mülk hak sahipleri, irtifak hakkı sütünunda belirli dönem süresi ve devreler bağli olarak taşınmazdan istifade hakkı

(5) Tescil dışı iktisap halleri de niteliği elverdiği ölçüde uygulama alanı bulabilecektir; bk., Özmen, age., s. 139 vd.

(6) Özmen, age., s.139.

(7) GÜRSOY K. Tahir/EREN Fikret/CANSEL Erol: T Eşya Hukuku, Ankara, 1982, B.2, s. 738, 746

sahiptir. Dönem süresi ve devre kavramlarına açıklık getirmek gerekirse, ortak malikler istifade hakkını bir takvim yılının belirli bir kesitinde veya kesitlerinde kullanabileceklerdir. KMK. m.59/1 c.de, "devre mülk hakkının yılın belirli dönemlerine ayrılması ve 15 günden daha az süreli olmaması gerekir". Bu hükümden yola çıkarak, her bir müşterek malığe tanınacak ve on beş günden aşağı düşmeyecek toplam süre "dönem süresi"dir. Başka bir ifade ile, dönem süresi, devre mülk hakkının takvim yılı içerisinde kullanıldığı toplam süredir (8). Devre ise, istifade haklarının kesintisiz kullanıldığı başlangıç ve bitiş anı ile belirlenmiş takvim yılı kesitidir (9). Asgari sınır onbeş güne uymak koşulu ile dönem süresi yılın çeşitli dönemlerinde kullanılabilir. Dönem süresi tek bir devrede kullanılabileceği gibi yıl içinde dağılabilecek birden fazla (iki ve daha fazla) devrede de kullanma imkanı sağlayabilecektir. Devre sırası gelen hak sahibinin istifadesine diğer hak sahipleri katlanmakla yükümlüdür. Görüldüğü gibi, ortak maliklerin devre mülk irtifakında hak sahibi-irtifak yükümlüsü olma sıfatları devrelere bağlı olarak değişmektedir.

B - Devre Mülk Hakkı İle İlgili Kazandırıcı İşlemler:

Devre mülk hak sahipleri, paya bağlı olarak kurulan devre mülk hakkı üzerinde bu hakla bağdaşan tasarruf yetkisine de sahip kılınmışlardır. KMK. m.58'de "devre mülk üzerinde bu hakla bağdaşan aynı haklar tesis edilebilir" (I.f.) ve "devre mülk hakkı bağlı olduğu müşterek mülkiyet payına bağlı olarak devir ve temlik edilebilir ve mirasçılara geçer" (II.f.) hükmü getirilmiştir. Şahsi haklar konusunda ise, "sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa devre mülk hakkı sahibi bu hakkın kullanımını başkalarına bırakabilir" kuralı ile, devre mülk sözleşmesinde aksine bir kayıt yer almadıkça devre mülk hakkının sağladığı istifade yetkisi çerçevesi içinde şahsi borç ilişkilerinin yaratılmasına imkan verilmiştir (KMK. m.59/2. c.). Son olarak belirtmek gerekirse, devre mülkle bağdaşan sınırlı aynı haklar da devre mülk hakkına bağlı olarak kurulabilecektir. Bu husus "devre mülk üzerinde bu hakla bağdaşan aynı haklar tesis edilebilir" (KMK. m.58/III) kuralı ile açık-

lığa kavuşturulmuştur. Görüşümüzce, sınırlı aynı haklara konu olma açısından irdelenecek olursa, sınırlı aynı hakkın müşterek mülkiyet payına bağlı olarak kurulduğu hemen anlaşılabacaktır. Paya bağlı kurulana devre mülkün sağladığı istifade yetkisinin somut hâle gelmesi ile birlikte, devre mülk hakkı üzerinde intifa ve sükna hakkının kurulması imkanı doğmuştur (10).

V — DEVRE MÜLK İRTİFAKINA İLİŞKİN ÖN AKİT (AKİT YAPMA VAADLERİ) VE NOTERLERİN İŞLEVİ

A — Genel Olarak :

Yukarıda, geçerli bir devre mülkün nasıl kurulması gerektiğini belirttik. Buna göre, devre mülk hakkı bir irtifak hakkı niteliğinde olması özelliği ile ancak tescil ile kurulabilecektir. Ancak, bir çok ekonomik ve hukuki sebeplerle devre mülk hakkının kurulması zaman alabilecektir. Örneğin, inşaatların bitmemesi veya sürmekte olması, inşaatlar bitmekle birlikte kat irtifakına veya kat mülkiyetine henüz geçilmemiş olması, tapunun devre mülk taahhüt eden şirket üzerine geçmemiş olması, devre mülk alıcılarının devre mülk bedellerini belirli aralıklarla ödemekte olmaları sebebi ile bedelin henüz tamamlanmamış olması gibi bir çok sebep bu arada sayılabilir.

Diğer yünden, uygulamada resmi şekil konusunda düzenlenen akit tablosu (resmi senet) ile tapuda yapılan işlem sırasında tescil beyanlarının da birlikte alınması sonucu taahhüt muamelesi (konumuz açısından devre mülk hakkı iktisap sebebi olarak irtifak hakkı sözleşmesi) ile (11) tescil arasına zaman girmemekte ve böylece vadeye ve koşula bağlı olarak tapu sicil muhafızlıklarında resmi senet düzenlenememektedir. Sonuç olarak, BK. m.214 hükmünün aksine vadeye veya koşula bağlı resmi sözleşmeler yapabilme imkanı fiilen ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Bu

(8) Özmen, age., s.174.

(9) Özmen, age., s.175.

(10) Ayrıntılı bilgi için bk., Özmen, age., s.184 vd.

(11) Devre mülk irtifak sözleşmesi, niteliği belirtilen devre mülk sözleşmesi ile karıştırılmamalıdır. Devre mülk irtifak sözleşmesi, devre mülk hakkının iktisap sebebini oluşturmaktadır.

konuda boşluğun doğurduğu ihtiyaç ülkemiz açısından ön akit (akit yapma vaadleri) ile doldurulmuştur. Taşınmaz satış vaadleri bu amaç doğrultusunda yaygın bir kullanım alanına sahip bulunmaktadır.

Bilindiği gibi akit yapma vaadleri, BK. m.22 hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre, "akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir. Kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nevi şekle riayet etmeğe tabi kıldığı takdirde, bu şekilde o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur" (12). Genel hükümler açısından varlığı ve pratik faydası tartışmalı olan akit yapma vaadinin, taşınmazlar açısından önemini biliyoruz. Yine, taşınmaz satış vaadini resmi şekilde yapma görevine sahip tapu sicil muhafız veya memurlarının bu görevi de fiili uygulama sonucu yerine getirmemeleri noterlerce düzenlenen taşınmaz satış vaadlerinin önemini arttırmıştır (13). Noterlik K. m.60/2 ve 3 hükmünce noterler, taşınmaz satış vaadlerini ve kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan hukuki işlemleri yapma yetkisine sahip kılınmışlardır. Taşınmaz satış vaadleri, tapuda işlem yapılmasını gerektiren hukuki işlemlerden olması itibarıyla re'sen düzenlemek şeklinde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır (Noterlik K. m.89).

B — Uygulamadaki Geçersiz Şekil ve Sonuçları:

Uygulamada devre mülk irtifakının alıcı adına hemen kurulamadığı hallerde, devre mülk taahhüt eden gerçek veya tüzel kişi ile alıcı arasında adi yazılı bir sözleşme yapılmakta ve bu sözleşmede alıcı adına devre mülk hakkı devredileceği taahhüdü yer almaktadır (14). Hemen belirtmek gerekirse, bu şekil hiç bir geçerlilik taşımamamaktadır. Şöyle ki, devre mülk hakkı bilindiği gibi iki aynı hak üzerine oturtulmuş bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, muhtevası belirli bu aynı hak temeline mevcut müşterek mülkiyet payı ve irtifak unsurlarından oluşmaktadır. Müşterek mülkiyet payı, her ne kadar mehz kanun da olduğu gibi (ZGB. Art. 655) taşınmaz sayılma-

mışsa da her açıdan taşınmazmış gibi işlem görmektedir (15). Kanunun açık bir hükmü olmamasına rağmen bu sonuç tartışmasızdır. Bu nedenle, taşınmazlar üzerindeki müşterek mülkiyet paylarının iktisabına ilişkin hükümlere bağlıdır. Müşterek mülkiyet tescil edilirken payların da tapu kütüğünde açıkça gösterilmesi zorunluluğu bulunmaktadır (Tapu Sicili Nizamnamesi m.34). İrtifak haklarının da ve bu arada devre mülk irtifakının tescille kurulması kanuni bir zorunluluk olarak geçerlilik şeklindedir. Hal böyle iken, uygulamada adi yazılı şekilde yapılan devre mülk kurulması taahhütlerinin hiç bir geçerliliği bulunmamaktadır. Devre mülk, alıcısına devre mülk bedelini tamamen ödemesi halinde yalnızca şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması (MK. m.2) sebebi sayılması sebebi ile sınırlı bir koruma sağlar.

C — Devre Mülk Hakkına İlişkin İrtifak Kurma Vaadleri:

Yukarıda sıraladığımız sebeplerle, uygulamadan doğan ihtiyaç karşısında devre mülk kurulmasına ilişkin akti yapma vaadleri geçerli olarak yapılabilecek midir? Belirtmek gerekirse, MK.'muzda ve Noterlik K.'muzda yalnızca taşınmaz satış vaadinden söz edilmiş bunun dışında resmi şeklin geçerli olduğu taşınmazlar açısından (MK. m.633-634; 910 vd.; BK. m.213) medeni hukukumuzda, başkaca bir tür akit yapma vaadinden söz edilmemiştir.

Kanunun boşluğuna bağlanan yorumlar çeşitlidir. Bu konudaki görüş ve Yargıtay'ın

- (12) Genel hükümler açısından ön akit (akit yapma vaadi) hakkında ayrıntılı bilgi için bk., EREN Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, B.2, s.330 vd.
- (13) Taşınmaz satış vaadleri konusunda bk., TUNÇOMAĞ Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1977, s. 281; FEYZİOĞLU Necmeddin F.: Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, K. II, C. I, İstanbul 1980, s. 104.
- (14) Bir uygulamada, 'devre mülk satış sözleşmesi' olarak adlandırılan bu sözleşmeye aynı zamanda KMK. m.61 anlamında devre mülk sözleşmesi niteliği verilmek istenmiştir.
- (15) OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer: Eşya Hukuku, B. 3, İstanbul 1982, s.317.

değişik kararlarına geçmeden konumuzla ilgili sorunun değişik boyutlarını saptamakta yarar görüyoruz. Bu konuda üç tür aynı hakkın akit yapma vaadine konu olması söz konusudur. Bunlar, müşterek mülkiyet payına ilişkin devir vaadi, devre mülk irtifakı kurulması vaadi ve kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulması vaadine bağlı olarak müşterek mülkiyet payı ve devre mülk irtifakı kurma vadelerinin geçerliliği sorunu gündeme gelecektir.

a) Müşterek Mülkiyet Payı Devir Vadeleri

Medeni hukukumuz sistemi içinde taşınmaz sayılmamakla birlikte taşınmazmış gibi işlem gören ve pay oranı belirtilmek suretiyle tescile tabi tutulan müşterek mülkiyet paylarının devri vaadi, taşınmaz satış vaadi hükümlerine göre taahhüt edilebilecektir. Bunda kuşku yoktur. Buna göre, devre mülk irtifakı kurulması amacı ile, devre mülk alıcılarına noterde yapılacak işlemle belirli bir oranda ve belirli veya belirlenebilir bir taşınmazda geçerli (devre mülk konu yapı türlerinde, KMK. m.58) olacak pay satış vadeleri (devre mülk bedelinin payı beledini de içerdiği açıktır) geçerli olarak yapılabilecektir.

b) İrtifak Kurma Vadeleri ve Devre Mülk İrtifakı Kurma Vaadi

Bu konu tartışmalı bulunmaktadır. Sorun Yargıtay içtihatlarına yansımış ve değişik kararlar çıkmıştır. İlk olarak Yargıtay, irtifak hakkı kurulmasına ilişkin vadelerin (ön akitlerin) noterler tarafından düzenlenemeyeceğine karar vermiş bulunmaktadır(16). Kararın gerekçesine kısaca göz atmak gerekirse, "Borçlar yasasının 22. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bir sözleşmenin aslı hangi şekle bağlı ise, o sözleşmenin yapılması vaadi de aynı şekle bağlı kahr. Bu geçerlilik şekline uyulmadıkça, vaadi kapsayan sözleşme de geçerli olmaz. Gerçekten Medeni Yasanın 705. maddesi ile Tapu Yasasının 26. maddesi hükümünce irtifak sözleşmeleri tapu memurü önünde yapılmadıkça geçerli olmadığına göre, o şekle uyulmadıkça hukuken geçerli olmaz. Bu gibi sözleşmeleri Noterlik Kanununun 44. maddesinde (yeni m. 60) anı-

lan taşınmaz mal satışı vaadine ilişkin olan sözleşmelere benzetmeye yer olmadığı gibi, bu hükümde irtifak vaadi sözleşmelerinin noter önünde yapılabileceği esası da benimsenmiş değildir" sonucuna varılmıştır.

Daha sonra, HGK. soruna olumlu yaklaşmış, taşınmaz satış vadelerini geçerli bir biçimde yapmaya yetkili noterlerin, mülkiyetin devrine yol açmayan daha az önemli olan irtifak kurma vadelerini de yapabileceği sonucuna varmıştır(17).

İrtifak kurma vadelerinin, BK. m.22 hükümünce noterlerce geçerli olarak yapılamamasının gerekçesini, BK.'nın ilgili hükmünün mefhumu muhalifi (aksi ile kanıtı) oluşturmaktadır. Ancak, yorum biçimi evleviyetle tatbik olmalıydı (yeğlik yolu). Çünkü, çoğun içinde azın da bulunduğu mantık kuralından hareketle(18) taşınmaza ilişkin mülkiyeti nakleden bir akit olan satıma ilişkin vaadi geçerli olarak düzenleyebilen noterlerin, mülkiyetin nakletmeyip yalnızca onu tahdit eden irtifak hakkına ilişkin vadeleri geçerli olarak düzenleyebilmesi kabul edilemezdi. HGK. bu hususu, "hukuki sonuçları bakımından daha çok önemli bir akit olduğu halde böyle bir akte ilişkin sözleşmenin bile noterlerce düzenlenebileceğini kabul eden yasakoyucunun bundan daha az önemli bir akit olan irtifak tesisi vaadine ilişkin sözleşmenin noterlerce düzenlenemeyeceğini kabul etmesi düşünülemez" şeklinde ifade etmiş bulunmaktadır(19).

Bu konuda daha fazla ayrıntıya girmeyen sonuç belirtmek gerekirse, noterler anılan içtihatlarla getirilen haklı gerekçelerle, devre mülk kurmak isteyen müşterek maliklerin kendi aralarında veya devre mülk pazarlayan kuruluşların alıcıları ile yapmak isteyecekleri

(16) Bu karar ve benzer kararlar için bk.; KANETİ Selim: Yargıtay İçtihatlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu, Medeni Kanunun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, s.327-328.

(17) Kaneti, agm., s. 328.

(18) Bu görüşlerin ayrıntılı incelenmesi için Bk.: SUN-GURBEY İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963, s. 16.

(19) Karar için bk., Kaneti, agm., s.328; Benzer kararlar için ayrıca bk., KARAHASAN M. Reşit Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975, s.371-372.

devre mülk kurulmasına ilişkin ön akitleri (akit yapma vaadlerini) geçerli olarak düzenleyebilecek tek resmi mercidir. Bunun dışında yukarıda belirttiğimiz gibi uygulamada görülen adi yazılı şeklin geçerliliği bulunmamaktadır.

Yukarıda izah ettiğimiz müşterek mülkiyet payı ve buna bağlı olarak devre mülk irtifakı kurma vaadleri, bağımsız bir yapı ile geçerli olarak kurulmuş kat mülkiyetine bağlı bağımsız bölümler üzerinde taahhüt edilmekte ise hukuki sorun yoktur. Belirttiğimiz şekilde, bağımsız yapı veya kat mülkiyetine bağlı bağımsız bölüm belirli pay oranları ve devreler belirtmek suretiyle devre mülk irtifakı kurma vaadine konu olacaktır. Buna karşılık eğer, devre mülk irtifakı kurma vaadi yapıldığı sırada ortada geçerli olarak kurulmuş bir kat mülkiyeti veya kat irtifakı bulunmamakta ise sorun nasıl çözümlenecektir? Şimdi bu sorunu incelemeye çalışacağız.

— Henüz Kurulmamış Kat İrtifakı veya Kat Mülkiyetine Bağlı Olarak Devre Mülk İrtifakı Kurma Vaadleri

Bu soruna bağlı ön bilgi olarak belirtmek gerekirse, genel olarak taşınmaz satış vaadlerinin konusu taşınmazların belirli olması yanında belirlenebilir nitelikte olması da yeterli görülmektedir(20). İşte, devre mülke ilişkin devre mülk irtifakı kurma vaadlerinin yapıldığı sırada genellikle taşınmazlar (KMK. m.58/II'de sayılan) tamamlanmamış olmaktadır. Buna göre, ileride tamamlanarak aynı hak konusu bağımsız bir varlık kazanarak belirlilik kazanacak kat mülkiyetine bağlı bölümlerin devre mülk irtifakına konu olması mümkün olacak mıdır?

Sorun ilk olarak kendisini, Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte, taahhüt muamelesi olarak ileride kat mülkiyetine veya buna esas olmak üzere kat irtifakına geçilecek bağımsız bölümlerin satışının tapu sicil muhafızlığında fiilen yapılamaması nedeni ile doğan ekonomik ihtiyaç sonucu, çözümün yine noter senetleri ile gerçekleştirilen vaadlerde aranması ile göstermiştir. Görüldüğü gibi sorun iki boyutludur. Yapılacak vaadle, ileride belirlenecek bir taşınmaz devir vaadi yapılmakta ve bu kurulacak kat mülkiyetine bağlı olmaktadır.

Yargıtay bu soruna bağlı uyuşmazlık çözümünde ilk olarak olumsuz sonuca mııştır. Gerekçe olarak, "634 sayılı Kanun 10. maddesi gereğince kat mülkiyeti ve irtifakı resmi senetle ve tapu siciline tesadüf eder. Bu hükme göre Kat Mülkiyeti Kanununa göre yürürlüğe girmesinden sonra noter tarafından düzenlenen kat mülkiyeti ve kat irtifakı senetlerine ilişkin satış saadi sözleşmeleri geçerli değildir"(21). Ancak, daha sonra bu içtihat 1984 yılında değiştirilmiş ve arsa karşılığı kat sözleşmeleri ile ilgili olarak doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak 634 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra da, ileride kat mülkiyetine geçilecek taşınmazın bağımsız bölümlerinin devre vaadlerine konu olması ve bu sözleşmeler noterler tarafından yapılabileceği kabul edilmiştir(22).

— Soruna olumlu yaklaşan bu karar gerekçesini kat mülkiyetin kendine özgü bir yapı olduğunu belirtmektedir. Buna göre, yapılmamış kat mülkiyeti katlardan tek başına yararlanma hakkı veren mülkiyet payı, yapılacak ya da yapılmakta olan yapılar kat mülkiyeti katlardan tek başına yararlanma hakkı verecek mülkiyet payıdır(23).

Gerçekten, kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerde tek başına yararlanma hakkı veren arsa payının kat mülkiyeti tüğünde ayrı sahifeye geçirilmesi ve böylece ayrı bir taşınmaz niteliği kazanması gözönüne alınmalıdır. Böylece, kat mülkiyeti satışının aslında bir taşınmaz satışı olduğu sonucuna bağlı olarak, buna yönelik satış adlerini noterlerin yapamaması görüşü doğru değildir.

Bu konuda doğan içtihat çelişkisi en geç birleştirmeye karar ile bağlayıcı olarak kavuşturulmuştur. 24.4.1978 T. ve E. no.lu İBK'nun (24) gerekçesi de son der

(20) FEYZİOĞLU Necmeddin F.: Borçlar Hukuku, A. Muhtelif Nevileri, Kısım 2, B.4, C.1, İstanbul 1 s.279.

(21) Yargıtay HGK. 4.7.1973 T., 1-388/598 sayılı karar bk., Karahasan, age., s.368.

(22) Kararlar ve ayrıntılı incelenmesi için bk., Karahasan, age., s.329-333.

(23) Sungurbey, age., s.22.

(24) İBK'nın metni için bk., Arcaç, age., s.270-271; ÇEMBERÇİ Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1986, s.107-110.

isabetlidir. Buna göre, "konumuzdaki bağımsız bölüm satış vaadi yasalara aykırı olmadığı gibi objektif anlamda imkansız da değildir. Satış konusunun ifa zamanında var olması veya satıcının tasarrufunda bulunması yeterlidir. Satış vaadine konu olan bağımsız bölümün ifa zamanında varolması mümkün bulunduğundan sözleşme geçersiz değildir. Çünkü, satış vaadeden yüklenicinin inşaatı bitirmesi, taşınmaza tek başına malik ise kendisi kat mülkiyetini kurması ve taşınmazı tapuda temlik etmesi... bağımsız bölümü alıcıya satması olanağı bulunduğundan objektif imkansızlık yoktur. Kat irtifakı için de durum böyledir" denmektedir. Bu gerekçeye bağlı olarak İBK ile, "634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ana-taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmadan önce bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız eş deyişle arsa payı belirlenmiş veya belirlenmemiş olarak noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmeleri geçerlidir" sonucuna kesin bir kararla varılmıştır.

Şimdi, bu bulguların konumuzla ilgili sonuçlarına dönmek gerekirse, devre mülk satıcıları iki ihtimale bağlı olarak hareket edebileceklerdir (yapılacak ya da yapılmakta olan yapılarda). Buna göre, kat irtifakı kurulmuş ya da kurulmamış olabilir. Bu noktada, kurulacak kat irtifakına bağlı devre mülk irtifakı kurulması vaadi amaçsızdır. Çünkü, KMK. m.1/II f.'da kat irtifakının kat mülkiyetine esas olmak üzere arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından kurulan bir irtifa hakkı olduğu belirtilmiştir. O halde kat irtifakına geçilmemiş yapılacak ya da yapılmakta olan taşınmazda doğrudan kat mülkiyetine bağlı vaad yapılmalıdır. Halihazırda kurulmuş kat irtifakına bağlı devre mülk irtifakı vaadlerinde artık KMK. m.58 hükmüncel kat irtifakının vaadle ilgisi yoktur(25). Yalnızca kat irtifakına esas arsa payının ileride belirli bir oranını karşılayacak müşterek mülkiyet payı ve buna bağlı devre mülk irtifakı vaadi taahhüt edilebilir.

Kat irtifakına geçilmiş ya da ileride kurulacak kat mülkiyetine bağlı olarak gerçekleştirilecek devre mülk irtifakı kurma

vaadlerinde ortaya ilginç görünüm çıkmaktadır. Bu noktada, kat irtifakına geçen ortaklar ile (hissedarlar)kat irtifakına geçen arsanın bağımsız bölümlere tahsis edilen payı ortakları dikkatle ayrılmalıdır. Bilirgibi, arsanın bu konuda yazılı esaslara bağımsız bölümlere tahsis edilmiş ortak mülkiyet (müşterek mülkiyet) paylarına "arsa payı" denmektedir (KMK. m.2/b). İşte kat irtifakına geçilmiş bir yapıda devre mülk irtifakı kurulacak olursa devre mülk sahipleri payın ortakları (hissenin hissedarı) olarak

Sonuç olarak, devre mülk irtifakı kurma vaadi yapıldığı sırada taşınmaz henüz kat mülkiyetine veya buna esas olmak üzere kat irtifakına geçilmemiş durumda ise kat mülkiyetine bağlı devre mülk irtifakı kurma vaadleri noterler tarafından geçerli olarak yapılabilecektir.

D — Noterlerce Yapılacak Devre Mülk irtifakı Kurma Vaadlerinin Maddi Geçerlilik Koşulları :

BK. m.2/1. fıkra hükmünce bir akdin esaslı unsurları üzerinde tarafların iradelerinin uyuşması akdin kurulması için yeterlidir. Eğer ikinci (talî) noktaların hükümsüz geçiş-tilmesi veya tarafların uyuşmamış olmaları aktin geçerliliğini etkilemez.

Resen düzenlenmesi zorunlu devre mülk irtifakı ile ilişkili vaadlerin geçerli olarak yapılabilmesi bu konuda bazı unsurların noterler tarafından araştırılması ve sözleşme metnine alınması mümkün olacaktır.

1 — İlk olarak, devre mülk irtifakı müşterek mülkiyet payına olan zorunlu bağımlılığı nedeni ile, payın üzerinde söz konusu olduğu taşınmazın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Taşınmaz KMK. m.58'de sayılan devre mülke konu olabilecek yapı türlerinden olarak belirli ise sorun yoktur. Bunun karşılık, yukarıda ayrıntısı ile incelediğimiz şekilde ileride kat mülkiyetine geçilecek ana taşınmazın belirlenecek bağımsız bölümlerinde olduğu gibi belirlenebilir olma halinde de geçerli vaadler yapılabilecektir.

(25) Bu konuda bk., Özmen, age., s.128 vd.

2 — Müşterek mülkiyet payının oranı da devre mülk irtifakı kurma vaadinin esaslı unsurudur. Bu oran tam sayı üzerinden kesin olarak ifade edilecektir. MK. m.623'le getirilen kural uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça payların oranının eşit olmasının asıl olduğundan hareketle, pay oranının belirtilmesinin gerekmediği söylenemez. Çünkü, eşit belirlemeye yarayan ölçüt paydaş sayısıdır. Devre mülk pazarlayan kuruluş veya kişinin, sözleşme yaptığı kişilerin sayısı belirli olmadığı için pay oranının belirli olması zorunludur.

Ancak, yukarıdaki İBK. ile kat irtifakına vay kat mülkiyetine geçilecek yapılarda arsa payının belirlenmiş olması zorunluluğu aranmamaktadır.

3 — Belirlenmesinde zorunluluk bulunan devre mülke özgü iki unsur. Dönem süresi ve devrelerdir. Dönem süresi ve devre belirtilmeksizin devre mülk irtifakı vaadinde bulu-

nulamaz. KMK. m.59 hükmünün emred özelliği karşısında noter bir devre mülk h sahibine tanınan toplam istifade süresinin günden aşağı olmamasına özen gösterecektir. Devrelerin, (başlangıç ve bitiş tarihi ile bel istifadelerin kesintisiz kullanıldığı takvim kesiti) saptanması irade özgürlüğüne ba olarak serbetsçe kararlaştırılabilecektir. arada noterlerin zorunlu olarak varlığını a yacağı süre büyük onarım süresidir. Bu si işin niteliğine bağh olarak taraflarca şapta caktır.

Uygulamada görüldüğü gibi anılan va lere ayrıntılı bir düzenleme ile çeşitli hükü ler getirilmektedir. Örneğin devre mülk niteliği gereği döşenmiş ve mesken niteliğ bağh olarak çeşitli mütemmim cüz (ayrılır parça) ve teferruatının (ekleni) dökümü pılabilmekte, cezai şart ve sözleşmeden d meye ilişkin hükümler konabilmektedir.