

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde adi ortaklık uygulamaları

Av. Özgür Can Geçim

I. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri

A. Niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi (bundan sonra “Sözleşme” olarak anılacaktır); arsa nitelikli gayrimenkulü olan kişinin, arsa üzerinde bina inşa edilmesi karşılığında, arsasının belirli paylarının mülkiyetini, arsa sahibi ve müteahhidin karşılıklı anlaşmalarına göre, binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslim edilmesi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesiyle gerçekleşen ve tarafları birbirine karşı yükümlü ve borçlu kılan bir sözleşme türüdür.

B. Geçerlilik şartları

Sözleşme, taşınmaz mülkiyetinin devrini gerektirdiğinden mutlaka resmi şekilde yapılması, buna yönelik olarak noter huzurunda düzenleme şeklinde akdedilmesi gerekmektedir. Bu şekilde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Ne var ki, taraflar geçersiz sözleşmenin ifası aşamasında birbirlerinin mal varlıklarına artı değer kazandırmışsa bunlar sebepsiz zenginleşmeye neden olacağından karşılıklı olarak istenebilir.¹

Bu çerçevede, Yargıtay bazı koşullarla adiyen yapılan sözleşmeleri de geçerli saymaktadır. Yargıtay’ın bu konudaki görüşüne göre sözleşme adiyen yapılmış olsa dahi, şayet taraflar sözleşme şartlarına uyup, kendi üzerlerine düşen edimleri yerine getirerek eseri tamamlamış iseler, artık sözleşme hükümlerine uyulması gerekir. Bu aşamada onun geçersiz olduğunu savunmak objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.²

Sözleşme mülkiyetin naklini gerektirdiği için, sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların da mahkeme yoluyla çözümlenmesi gerekecektir. Bu bakımdan uyuşmazlık halinde hakeme veya arabulucuya başvurulmasını öngören düzenlemeler geçersizdir.

C. Taraflar

1. Taşınmaz maliki

Sözleşmede, birbirlerine karşılıklı yükümlülüklerin bulunduğu, taşınmaz maliki ve yüklenici olmak üzere iki taraf vardır.

Taşınmaz maliki, sahibi olduğu taşınmazını üzerinde mutabık kalınan esaslar dâhilinde inşaat yapılmak üzere yükleniciye teslim eden taraftır. Genel olarak taşınmaz maliki, taşınmazını yüklenici olan diğer tarafa, inşaat yapılmaya uygun bir şekilde teslim etme ve inşaat süresince sözleşme uyarınca kendisine düşen yükümlülüklerini yerine getirme borcu altındadır.

Taşınmaz malikleri gerçek ve tüzel kişi olabileceği gibi paylı ve elbirliği mülkiyet şeklinde birden ziyade malik de olabilir.

Türk Medeni Kanunu’nun “Elbirliği Mülkiyeti” başlıklı 701. maddesinde;

“Kanun veya Kanun’da öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyettir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.”

yönündeki hüküm uyarınca, ortakların, elbirliği mülkiyetinde herhangi bir işlem yapabilmesi için birlikte hareket etmesi gerekmekte olup, ortaklardan hiçbiri diğerinin onayı olmadan mülkiyetin tamamı veya bir kısmı üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir.

Türk Medeni Kanunu’nun “Paylı Mülkiyet” başlıklı 688. maddesinde yer alan;

¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2003/2775 E. 6201 K.

² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 1990/1971 E. 5299 K.

“Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır. Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir.”

yönündeki hükme göre, birden çok kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan şeyin tamamına belli paylarla malik olması durumunda paylı mülkiyet söz konusudur.

2. Yüklenici

Yüklenici, taşınmaz malikine karşı inşaatın yapımını üstlenen bir veya birkaç gerçek ve/veya tüzel kişidir. Yüklenici, kendisine belli miktarlarda bağımsız bölüm verilmesi karşılığında, kararlaştırılan süre içerisinde arsa üzerinde sözleşmede ve tasdikli projede belirtilen vasıflarda inşaatı sonlandırma yükümlülüğü altındadır.

Sözleşmelerde birden fazla yüklenici varsa asıl olan, taşınmaz malikine karşı yüklenicilerin birlikte sorumlu olmasıdır. Yüklenici inşaatın yapımında, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, yapım işinin özelliği sebebiyle başka yüklenicilerle de çalışabilecektir. Bu durumda da taşınmaz malikine karşı sorumluluk yükü, taşınmaz maliki ile sözleşmeyi imzalayan yükleniciye aittir.³

II. Adi ortaklık ve tüzel kişiliği

Yeni Kanun da eski Kanun gibi adi ortaklığa ilişkin hükümlere bir tanımla başlamayı tercih etmiştir. TBK. m. 620'deki tanıma göre;

“Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir”.

Bu tanımda görüldüğü gibi, adi ortaklığın bir sözleşme olduğu, kişilerin bir araya gelmesi, katılım payı olarak emek yahut mal konulabilmesi, ortak amaç unsurları vurgulanmaktadır. Fakat “müşterek amaç için ortak çaba” unsuru açıkça düzenlenmemiştir. Buna rağmen ortak çabanın da unsurlardan biri olarak kabulüne devam edilmelidir.⁴

Kural olarak adi ortaklığın yönetimi, bütün ortaklar tarafından yapılmalıdır. Ne var ki, bu durum uygulamada güçlükler yaratabileceğinden, yönetim yetkisinin ortaklardan veya dışarıdan bir veya birkaç kişiye devri kararlaştırılabilecektir. Yönetimin bir ortağa veya dışarıdan birine sözlü ya da yazılı olarak devredilmesinin işin doğası gereği anlaşılabilir nitelikte olması yeterlidir.

Adi ortaklıkta sorumluluk müteselsil olarak ortaklar arasında paylaşılmalıdır, nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin kararında, “... *Adi ortaklığın kendisine ait bir tüzel kişiliği olmadığından davada taraf olma ehliyeti de yoktur. Başka bir ifade ile adi ortaklığın dava ve taraf ehliyeti olmadığı gibi, ona karşı da bir dava açılmaz. Bu nedenle adi ortaklığa açılacak davalar adi ortaklığın kendisine karşı değil dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına, dava konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esasını geçerli olduğundan ortakların bir veya birkaçı aleyhine yöneltilmelidir.*”⁵ şeklinde ifade edilmiştir.

Kaldı ki, adi ortaklığın sözleşmeye taraf olması ve sözleşme hükümleri uyarınca kendisine tapu çıkarılması durumunda tapuda adi ortaklık olarak tescil yapılmamaktadır. Bu durumda adi ortaklığın ortaklarının adları tapu kütüğüne yazılarak pay oranları gösterilmeden elbirliği ile mülkiyet şeklinde kayıt yapılmaktadır. Bunun yanında tapuda elbirliği ile mülkiyet halini oluşturan sebebin, Tapu Sicili Tüzüğü'nün 28. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, “*Elbirliği mülkiyette elbirliğini doğuran neden, malik adlarının ortak paranteze alınmasından sonra belirtilir.*” hükmü uyarınca tapu kütüğünde belirtilmesi gerekmektedir.

³ **Av. Osman Oy, Av. Tahsin Emre Haşal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Beta Yayıncılık, Eylül 2014 s. 29

⁴ **Yrd. Doç. Dr. Zekeriya Kürşat**, “Yeni Borçlar Kanunu’muzda adi ortaklık hükümlerinin değerlendirilmesi” 2013, s.2

⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2002/6836 E. 2002/6852 K.

Elbirliği ile mülkiyette ortakların ancak birbirlerine paylarını temlik edebilmesi mümkün olup üçüncü bir kişiye satışı söz konusu değildir. Ortakların talebi üzerine adi ortaklığa düşen payın paylı mülkiyet olarak tescili de mümkün olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 857/3 hükmünde yer alan "Elbirliği mülkiyetine tabi taşınmaz, ancak bütün olarak ve maliklerin tamamı adına rehnolunabilir." hükmü nedeniyle, elbirliği mülkiyetine konu taşınmazdaki henüz oranları belirlenmemiş payların kendi başına rehnedilmesi mümkün değildir. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 33. maddesinin 4. fıkrasında, "*Elbirliği mülkiyeti, paylı mülkiyete çevrilmeden herhangi bir ortağın payı rehnedilmez.*" fıadesi yer almaktadır.

A. Unsurları

Adi ortaklığın unsurları arasında kişi, sözleşme, katılım payı, amaç, Affecito Societatis (müşterek gayeye ulaşmak için birlikte çalışmak unsuru) şeklinde belirtilebilir.

Kişi unsuru: Adi ortaklık bir kişi birliği olmakla birlikte, temel unsuru kişidir. Kanun'un lafzından da anlaşıldığı üzere, adi ortaklık ilişkisinin kurulabilmesi için, iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelmesi gerekmektedir.

Sözleşme unsuru: Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinde adi ortaklık tanımlanırken, "şirket bir akittir ki" denilmektedir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu öncelikle adi şirket ilişkisinin akdi bir ilişki olduğunu kabul etmiştir. Adi ortaklık; bir yönüyle borç sözleşmesi olmasının yanı sıra, bir yönüyle de ortak bir gayenin yerine getirilmesini amaçlayan sosyal bir birliktir.

Bu açıklamalar ışığında taraflar arasındaki ilişki gözden geçirildiğinde, bu ilişkinin sözleşmeye dayalı olduğu tartışmasızdır. Taraflar arasındaki sözleşme "Satış ve Hasılat Paylaşımli Konut Yapım Sözleşmesi" olarak adlandırılmıştır. Sözleşmenin taraflar arasında farklı şekilde isimlendirilmesi sonucu değiştirmez. Önemli olan sözleşmede düzenlenen hükümler dikkate alınarak, kanun hükümleri doğrultusunda sözleşmenin ne şekilde vasıf alabileceği hususudur.

Katılım payı unsuru: Eski Borçlar Kanunu madde 521/1'de değinildiği gibi, adi şirket ortaklarının katılım payı olarak amaçladıkları ortak gayeye erişebilmek amacıyla herhangi bir mal ya da emek koyması zorunludur.

Örnek bir olayda, arsa sahipleri ile A Konut A.Ş. arasında düzenlenen "Düzenleme şeklinde satış ve hasılat paylaşımı konut sözleşmesine" göre davalı arsa sahipleri Kaş mevkiindeki 100 dönüm arsayı, A Konut A.Ş.'ye teslim edecek buna karşın adı geçen şirket ise projeye uygun olarak inşaatı gerçekleştirecektir. Arsa sahiplerinin bahsi geçen arsayı teslim ederek adi şirket ilişkisine aynı sermaye koyduğu sözleşmenin diğer yanı olan şirketin ise yapım tanıtım ve satış işlerini üstlenerek emek ve nakdi sermaye getirdiği ifade edilmelidir.

Amaç unsuru: Amaç bir adi şirketin en önemli unsurlarından biridir. Adi ortaklığın hangi amaçla kurulması gerektiği konusunda kanunda bir kısıtlamada bulunulmamıştır.

Yine örnek bir olayda, arsa sahipleri sermayeleri arsayı ortaya koyarak diğer davalı şirket ile inşaat yapım işine girmiş ve elde edilen kazancı paylaşmayı hedeflemiştir. Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, konut yapım projesinden elde edilen kazancın % 23'ü arsa sahiplerine, % 77'si A Konut A.Ş.'ye ait olacaktır. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmenin kazanç paylaşımı amacını taşıdığı açıktır.

Affecito unsuru: Bir hukuki ilişkiyi adi ortaklık olarak kabul edebilmek için, tarafların kişisel bağımsız menfaatlerinin üstünde, ortak bir gayeyi gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmiş bulunmaları yetmez; tarafların ayrıca ortak amacı birlikte takibi ve onun gerçekleşmesi için gerekli faaliyetlerde aktif olarak katılmayı da borçlanmış bulunmaları şarttır. Sonuçta her ortak ortaklık amacının gerçekleşmesine faydalı olmalı ve buna erişmek için gerekli faaliyetlere katılmalıdır. Borçlar Kanunu madde 520/1'de "... müşterek bir gayeye erişmek amacıyla için birleşme ..." şeklinde ifade edilen bu unsura, doktrinde –affecito societatis- denilmektedir.⁶

⁶ **Av. Erhan Günay, Arsa Payı Devri Karşılığında İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Rehberi, Ocak 2015, s.56**

Uygulamada adi ortaklıkların yukarıda belirtilmiş olan tüm unsurları taşıdığı takdirde amaçlarını gerçekleştirdikleri aksi takdirde belirli bir amaç için kurulmuş olan adi ortaklığın amacını gerçekleştiremeden tasfiyeyle sonuçlandığı da bilinmektedir.

III. Sonuç

Günümüzde adi ortaklık daha çok ortak girişim projelerinde kullanılmakla birlikte taraflara bir projenin belirli bir kısmını ve/veya bağımsız bir bölümünü üstlenerek belirli bir işi tamamlama imkânı verirken, birlikte bir ticaret şirketi oluşturmanın külfetinden de kurtarmaktadır. Ancak adi ortaklıkta, ortakların şahsi sorumlulukların bulunması, tercih edilmemesi sonucunu doğurabilmektedir.

Ne var ki, uygulamada yabancı ortaklı şirketlerin Türkiye'de kurulu olan şirketler ile adi ortaklıklar kurdukları ve bu sayede inşaat projelerini tamamladıkları da bilinmektedir. Bu anlamda, sözleşmelerde dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de, sözleşmelerin hazırlanması ve imzalanması aşamalarının hukuki bir çerçevede değerlendirilerek, hem ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların en aza indirgenmesi hem de tarafların yükümlülüklerinden sözleşmenin imzalanması aşamasında bilgi sahibi olması açısından önem arz etmektedir.

Bu makalede yer alan açıklamalar, yazarının konu hakkındaki kişisel görüşünü yansıtmaktadır. Makaledeki bilgi ve açıklamalardan dolayı EY ve/veya Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.Ş. 'ye sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Mevzuatın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz.