

6306 SAYILI KANUN VE UYGULAMA YÖNETMELİĞİ DEĞİŞİKLİKLERİ İLE BİR TÜRLÜ ÇÖZÜLEMİYEN HUSUSLARA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Etem Sabâ ÖZMEN*

Av. Burcu Nur TURGUT*

I- ARAŞTIRMANIN SUNUMU

Bu makalede, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun¹ ve bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde² yapılan değişiklikler, bu değişikliklere rağmen uygulamadaki problemlerin halen çözülüyor olması ve bu problemlerin altında yatan sebeplere, araştırmanın hacmi müsaade ettiği ölçüde değinilecektir. 6306 s. Kanun, özünde doğru bir kanun olmasına rağmen, birçok teknik hata ile yürürlüğe girmiş ve bu hatalar, Uygulama Yönetmeliği ile telafi edilebilecekken, ne yazık ki yapılan çok sayıda değişiklik ile pekiştirilmiştir.

Uzmanlarca, yakın zamanda gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılan depreme rağmen, 6306 s. Kanun'un ve Uygulama Yönetmeliği'nin kentsel dönüşüm sürecini tıkayan hükümleri, Kanun'u amacıyla bağdaşmaz hale getirmektedir. Nitekim işbu makalenin yazılış amacı kentsel dönüşüm sürecine ilişkin problemlerin sebeplerini gözler önüne sermek ve beklenen deprem öncesi Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'ndeki teknik hataların giderilmesine katkıda bulunmaktır.

II- 6306 Sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği Değişiklikleri

6306 sayılı Kanun'un özensiz bir çalışmanın ürünü olmasına bağlı olarak uygulamasında sorunların doğması kaçınılmazdır. Özel hukuk temelli kurumlardan haberdar olmaksızın yapılan kanunlarda bu tür sıkıntıların yaşanması artık kanıksanmıştır. Kentsel dönüşüm uygulaması, on bir ayrı gayrimenkul hukuku branşını ilgilendirmektedir. 6306 sayılı Kanun ve bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği hükümlerinin bu branşlara hâkimiyet olmaksızın hazırlanmış olmasının sorunlar yaratması şaşırtıcı olmamıştır.

Bazı muhalif çevrelerce bilimsel temelden yoksun eleştirilerle "rant kanunu" olarak adlandırılrsa da 6306 sayılı Kanun özünde doğru bir amaç taşımaktadır. İncelendiğinde anlaşılacağı üzere Kanun'un hiçbir hükmünde rant düzenlemesi yoktur. Rant ve spekülasyon arsa kazancı yaratıldığı iddiaları hükümlerden kaynaklı değil; uygulamasındaki sorunlardan doğmaktadır. Bu noktada Montesquieu'den ilhamla ünlü İsviçreli hukukçu Jhering'in "*Ben bir ülkede kanunların iyi olup olmadığına bakmam; iyi uygulanıp uygulanmadığına bakarım*" şeklindeki yorumunun Türkiye'den başka bu denli haklı çıkacağı bir ülke bulmanın zor olacağı ifade edilmelidir.

Almanya'dan iktibas edilmiş olan Orman Kanunu ve İmar Kanunu'nun hükümlerine göz atıldığında, orman kaybımızın ve imara aykırı yapıların endişe verici boyutlarda çok oluşu başka türlü nasıl izah edilebilir? İmar Kanunu m. 32 hükmünce yıktırılacak yapı faillerine 42. madde hükmünce getirilmiş cezai müeyyideler mevcut olmasına rağmen metropollerde büyük oranlara varan kaçak yapılaşma, her sağduyulu hukukçunun kanını dondurmaktadır. Ayrıca hukuk hayatımıza inanılmaz bir garabet olarak girmiş İmar Kanunu geçici m.16 hükmü , "af" tabiri içermeksizin "imar barışı" tabiri ile ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı ve yapı kullanma izin belgesi bulunmayan yapıların varlığını yasallaştırmıştır. Aslında İmar Kanunu m.39 hükmünce "yıkılacak derecede tehlikeli yapı" niteliğiyle belediye encümenince yıkım kararına konu olacak iken; bu tür yapı sahiplerinin imar barışı başvurusuyla yıkım olasılığı ortadan kaldırılmıştır. İmar Kanunu geçici m.16/X. fıkra hükmü ile 6306 s. Kanun'un uygulanmasının önüne geçilmediği yolunda hüküm getirilmiş³ olsa da, depremde yıkılarak ciddi can ve mal kayıplarına sebebiyet verecek binalar yaratıldığı gerçeği örtbas edilememiştir. Nitekim Kartal'da Yeşilyurt apartmanında yaşanan facia bu gerçeği bir kez daha gözler önüne sermiştir. Bu geçici hükmün en komik tarafı ise "*Yapının depreme dayanıklılığı hususu malikin sorumluluğundadır*" şeklindeki hüküm ile imar

* T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

* İstanbul Barosu

¹ Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, Kanun No: 6306, Resmi Gazete 31.5.2012, S. 28309 (Bundan sonra "*6306 Sayılı Kanun*") olarak anılacaktır).

² Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uygulama Yönetmeliği, Resmi Gazete 15.12.2012, S. 28498 (Bundan sonra "*Uygulama Yönetmeliği*") olarak anılacaktır).

³ "Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir".

barışına tabi yapıların deprem sorumluluğunun yapı kayıt belgesi sahibi kişilere atılmış olması ve dolayısıyla devletin hizmet kusuruna dayalı tam yargı davalarından doğan sorumluluğunun kaldırılmış olduğunun düşünülmesidir.⁴

İfade etmiş olduğumuz olumsuzlukların varlığı bir yana, 1999 Ağustos depreminin acı anılarının tazeliğini koruması ve bilimsel verilere dayalı olası Marmara Depremi gerçeği karşısında, 6306 sayılı Kanun'un, hakkıyla iyi yararlanılabilirse insan kaybımızı ve ekonomik felce dayalı etkilerini asgariye indirebilme açılarından büyük bir fırsat olduğunu belirtmek isteriz. Ancak, üzülmek şunu da kabul etmek gerekir ki, bu konuda Kanun'un devlete yüklediği görev yerine getirilmemekte ve uygulamada sorumluluk tamamen riskli yapıların hak sahiplerine kalmaktadır. Bu sonuçla **"Bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esaslı"** şeklinde düzenlenen 6306 sayılı Kanun m. 6/1 hükmü gereği sözleşme özgürlüğü kapsamında alınan kararlar ile varılacak mutabakata dayalı çözümler, deprem güvenliği taşıyan yapılara kavuşmayı sağlayacaktır. Makalemizin kaleme alınış sebebi, andığımız düzenlemelerin yarattığı sıkıntılara işaret ederek idarenin bir an önce ciddi tedbirler alması gerektiğini hatırlatmaktadır.

Kat maliklerince yapılacak uygulamalar ile ilgili yaşanan sıkıntıların temelinde özel hukuk kurumlarının yeterince bilinmemesi yatmaktadır. Bu noktada 6306 Sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'ne büyük iş düşmektedir. Ancak, Kanun hükümlerinin yetersiz kalması yanında Kanun hükümlerini tekrar eden kuralları içeren Uygulama Yönetmeliği'nde yine güncel bir değişikliğe⁵ gidilmesi de sorunlara çözüm getirmek bir yana; ne yazık ki sorunları daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir.

İşte, söz konusu sorunlu düzenlemelerden biri de, kat irtifakı veya kat mülkiyetine konu yapıların yeniden değerlendirilmesini hüküm altında alan 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesidir. Hükmün birinci fıkrasının üçüncü cümlesi şu şekildedir: **"Bu taşınmazların sicilinde bulunan taşınmazın niteliği, aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, hisseler⁶ üzerinde devam eder"**. Dikkat edilirse hüküm, riskli yapı tespiti öncesinde yapılaşmanın kat irtifakına veya kat mülkiyetine konu olmasına bağlı kaleme alınmıştır. Buna karşılık **"müstakil yapı"** olarak adlandıracağımız üzere, bileşik eşyaya vücut veren bütünleyici parça (mütemmim cüz) yapıların yıkımına dayalı hükme yer verilmemiştir. Taşınmaz mülkiyetinin bütününde veya hâlihazırda paya bağlı olarak kurulmuş sınırlı aynı hak ve şerhlerin zaten varlıklarını sürdüreceğinden bahisle bu düzenlemeye gerek olmadığı savı ileri sürülebilecekse de payla bağdaşmayan ve kat mülkiyetinin sona ermesine bağlı olarak öncesinde mevcut sınırlı aynı hak ve şerhlerin konusuz kalacağı gerçeği karşısında bu sonuca varmanın hatalı olduğunu belirtmek isteriz.

Andığımız 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinde **"aynı haklar"** ile birlikte **"şahsi haklar"** da sayılmıştır. Ancak, bu hükümde şerhler, temelinde yatan **"nisbi hak"** kavramından ayrı bir eşya hukuku kurumuymuş gibi **"temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh"** olarak düzenleme konusu yapılmıştır. Bu şekli ile eşya hukuku bilgisinden yoksunluk ortaya çıkmaktadır. Çünkü üzerinde yapı bulunan taşınmazlara ilişkin şerh edilmemiş haklara konu borç ilişkisinden doğan edimler, bağımsız bölüm maliklerinin kişisel borcudur. Dolayısıyla, bu edimlerin yıkım sonrası hiçbir ayırım yapılmadan yeni oluşan pay üzerinde varlığını nasıl devam ettireceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Ayrıca hükümdeki **"temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan şerh"** ifadesinin, Türk Medeni Kanunu'ndan bağımsız olarak salt bu hükme dayalı anlaşılması mümkün değildir. Kaçınılmaz bir biçimde aynı hakların ve şerhlerin TMK hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken bu şekilde kaleme alınması özel hukuk kurumlarının bilinmemesine atfedilecektir.

Yazdığımız eser ve makalelerde hep söyleye geldiğimiz üzere, hukuk biliminden nasibini almaksızın hazırlanan yasa ve yönetmelik metinleri deyimisel yorum ile daha baştan fahiş hatalı sonuçları da beraberinde getirmektedir. Çünkü kişisel bir hakkın şerhe konu edilmeden ilgili taşınmazın sicilinde nasıl bulunabileceği hususu, hukuk sistemimiz içinde cevapsız kalmaktadır. Bu nedenle kişisel hakların, işin hukukî doğası gereği şerhe konu edilmeden korunması mümkün olmadığından hak sahipleri için çözüm önerilerinin detaylı biçimde ve titiz bir çalışmanın ürünü olarak hazırlanması gerekmektedir. Ayrıca savduğumuz görüşler uyarınca tescile, şerhe ve hatta diğer yazımlara (beyanlar vb.) konu hakların tümünün ikame değer (surrogat) olarak paya bağlı devam ettirilmesi gibi mutlak bir kuralın oluşturulamayacağını ifade etmek gereklidir.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. OZMEN, E. Saba/ FİLİZOĞLU, Mustafa/ DİNÇKOL, H.Alphan/ NOKAY, Hasan, İmar Barışı ve Sonrasında Doğacak Uyuşmazlıklarda Çözüm Yolları, İstanbul 2019

⁵ Değişiklikler için bkz. Resmi Gazete 21.7.2013, S. 28695; 25.7.2014, S. 29071; 27.10.2016, S. 29870.;21.06.2019, S.30808

⁶ Hemen belirtelim, 2001 yılı değişikliği ile **"müşterek mülkiyet"** ve **"hisse"** tabirleri ortadan kalkmış ve artık TMK m. 688 vd. hükümlerince **"paylı mülkiyet"** ve **"pay"** tabirleri halini almışken 6306 sayılı Kanun'da **"pay"** ifadesi yanında **"hisse"** tabirinin de sıklıkla kullanılması özensizlik örneğidir.

Bu makalenin yazılmaya başlandığı sırada 21.06.2019 tarihinde 30808 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan yönetmelik değişikliği ve sonrasında 04.07.2019 tarihinde 7181 s. Kanun⁷ değişikliği ile yaşanan sıkıntıların çözülmesi amaçlanmış ve fakat öngörülen çözümler, uygulamadaki problemleri çözebilecek nitelikte olmadığı gibi aksine karışıklıkları artıracak niteliktedir. Yönetmelikte, yine “göç yolda düzelir, istim arkadan gelsin” mantığı ile idare kendisine duyurulan problemlere hukukçu olmayanlar aracılığı ile çözüm bulmaya çalışmıştır. Dolayısıyla çözümün yine önceden olmayan kendi sorunlarını doğurması muhtemeldir.

6306 s. Kanun 'un 6. maddesi, değişiklikler sonrası aynen aktaracağımız ifadesi ile şu şekilde bir düzenlenmiştir;

“Üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlendirilerek bulunularak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir. Taşınmazların niteliği resen mevcut duruma göre tescil edilir. Bu taşınmazların sicilinde bulunan aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, hisseler üzerinde devam eder. Belirtilen haklar ve şerhler, tapuda; tevhit, ifraz, alan düzeltme, taksim, ihdas, terk, tescil, kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesisine ilişkin işlemlerin yapılmasına engel teşkil etmez ve bu işlemlerde maliklerin ve ilgililerin muvafakati aranmaz. Yeni yapılar için kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesisi safhasında belirtilen haklar ve şerhler, muvafakat aranmaksızın sadece söz konusu haklar ve şerhlerden yükümlü olan malike düşecek bağımsız bölümler üzerinde devam ettirilir. Uygulama alanında cins değişikliği, tevhit, ifraz, alan düzeltme, taksim, ihdas, terk ve tescil işlemleri muvafakat aranmaksızın Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından resen yapılır veya yaptırılır. Bu karara katılmayanların arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. (Değişik cümleler:29/11/2018-7153/23 md.) Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde bu paylar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye devredilir. Riskli yapılarda ise anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılınca kadar satış işlemi tekrarlanır. (Ek cümle:29/11/2018-7153/23 md.) Hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile alınan karara katılmayan maliklerin arsalarının veya arsa paylarının Kanun uyarınca satış yapılınca kadar, anlaşma sağlayan paydaşlar dışındaki üçüncü kişilere satılması durumunda, tapuda tescil işlemi yapılabilmesi için satın alanın elektronik tebligat adresini tapu müdürlüğüne bildirmesi zorunludur. Açık artırma ile satışı yapılacak payların üzerindeki ipotek, ihtiyati haciz, haciz ve intifa hakkı gibi haklar, satış sonrasında satış bedeli üzerinde devam eder. Satış işlemi sonrasında tapu kaydındaki haklar ve şerhler Bakanlığın talebi üzerine tapu müdürlüğünce resen terkin edilir”.

Bu yeni düzenleme ile konumuzla ilgili önemli bir değişiklik “açık artırma ile satışı yapılacak payların üzerindeki ipotek, ihtiyati haciz, haciz ve intifa hakkı gibi haklar, satış sonrasında satış bedeli üzerinde devam eder” şeklindeki hükümdür. Ancak, yukarıdaki eleştirilerimizi haklı kılacak şekilde, değişiklik öncesi 6306 sayılı Kanun m. 6 hükmünde yer alan “hisseler üzerinde devam eder” ifadesinin uygulamada sıkıntılara yol açtığı fark edilmiş ve fakat sadece ekleme yapılmakla sorunun çözüleceği zannedilmiştir. Zira değişikliğin amacı doğru olmasına rağmen, yine de pek çok sorunsalı bünyesinde barındırır mahiyettedir. Çünkü son düzenleme ile satış işlemi sonrasında paya bağlı tüm sınırlı aynı hak ve şerhler, mutlak kural ile bedele dönüştürülmektedir. Bu yönde bir genellemenin yapılması mümkün değildir. Hemen bir örnekle eleştirilerimizi somutlaştırmak gerekirse; kat mülkiyetine konu bir bağımsız bölümde oturma (sükna) hakkı kurulmuş olsun. Bu ana yapının yıkılması ile oturma (sükna) hakkı, ne payda varlığını sürdürecektir ne de satışa dayalı bedele dönüşebilecektir.

Bu noktada sınırlı aynı hak ve şerhlerin tümünde gözetilmesi gereken çözüm yolları, bundan sonraki düzenlemeler için bir nebze düşünme fırsatı verilebilirse, makalemiz amacına ulaşmış sayılacaktır. Eksik ve hatalı yönleri ile eleştirdiğimiz kanun değişikliğinin yarattığı sıkıntıların çözümü ise Türk Medeni Kanunu'muzun dayandığı bilimsel verilerde yatmaktadır. Önerdiğimiz üzere 6306 sayılı Kanun uygulanırken, sınırlı aynı haklar ve şerhlerin “niteliği ile bağdaştığı ölçüde” paya aktarılması veya satış bedeline dönüşmesi yolunda daraltıcı yoruma tabi tutulması gerekecektir.

Şöyle ki, çarpıcı bir örnek vermek gerekirse paylı mülkiyet ilişkisinde 6306 s. Kanun m.6 uyarınca “yeniden değerlendirme kararının” geçerli 2/3 çoğunlukla alınmasının öncesinde veya takiben açılmış paylı

⁷ “Tapu Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Kanun No: 7181 , Resmi Gazete 10.07.2019, S. 30827(Bundan sonra “7181 Sayılı Kanun” olarak anılacaktır)

halin giderilmesi davasının varlığı karşısında 6306 s. Kanun'u Uygulama Yönetmeliği m.15/I fıkra hükmüne getirilen **“Malikler, riskli yapının yıktırılmasından sonra arsa haline gelen taşınmazda ortaklığın giderilmesi için Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre dava açabilirler.”** hükmü ile güya çözüm bulunmak istenirken devam eden cümlede **“Ancak, ortaklığın giderilmesi için dava açılmış olması, Kanun kapsamında hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınmasına ve bu karara göre işlem yapılmasına engel teşkil etmez** “ şeklindeki ifade ile çelişki yaratıldığı gibi, bu konuda çözüm de getirilmemiştir. Oysa bu hüküm hiç kaleme alınmayarak ; TMK m.5 **“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”** şeklindeki hükmü karşısında tamamen genel hükümleri bağlı olan bu konu adli yargının denetimine bırakılmalı idi.

Bu konuda, Aydın ile kaleme aldığımız **“Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet_Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler Ve 6306 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama”⁸** başlıklı makalede doğacak paylı halin giderilmesine dayalı sorunların çözüm yollarını irdelemiştik. Eğer zorunlu olarak bir hüküm getirilecekse de paylı halin giderilmesi (TMK m.698/I) davası açılması halinde, geçerli bir yeniden değerlendirme kararı alınmasına bağlı olarak bekletici sorun ara kararı ile yeniden değerlendirme kararının icrası amacıyla davalının paydaşlarca alınan karara katılması veya paydaşlıktan çıkarılması anına kadar bekletilmesine karar verilmelidir. Bu problem **“Geçerli çoğunlukla alınmış kararın icrasının mümkün olmadığı anlaşıldığı veya kararın alınmasından itibaren, alınan kararın niteliğine bağlı olarak hâkim tarafından tanınacak makul süre içinde bu yolda bir işlem tesis edilmediği takdirde davaya kaldığı yerden devam edilir”** benzeri bir hüküm ile de çözülebilir ve hiç olmazsa adli yargı hâkimlerinin çelişkide bırakılması önlenmiş olur.

Bir diğer yeni yönetmelik hükmü ile Fikirtepe enkazı olarak adlandırabileceğimiz garabet yapılaşmanın problemlerini çözmek amacıyla anayasal güvence altında olan sözleşme özgürlüğüne⁹ müdahaleler getirilmiştir. Bu örnekten hareket edecek olursak ortaya çıkan mağduriyetin sebebi hiçbir şekilde hüküm eksikliği değildir. Almanya'da 2700, Avrupa 'da 25.000 civarında yüklenici faaliyet göstermekte iken Türkiye'de bu sayının 300.000'ini aşkın¹⁰ olması başka bir done ileri sürmeksizin yeterli gerekçe oluşturmaktadır. Şöyle ki; eczane açabilmek için eczacılık fakültesi diploması ile faaliyet gösterme zorunluluğu karşısında yüklenici olabilmek için ayırt etme gücü dışında ilkökul diploması aranmıyor olması gerçeği, yapı sicili bozuk ülkemiz açısından başka bir sebep aramaya gerek olmadığını kanıtlayacak mahiyettedir. Ayrıca Fikirtepe'de yapılmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin noterde resmi şekilde hukukçular aracılığıyla yapıldığı göz önünde alınacak olursa noter ve avukat bilgisizliği sonucunda mağduriyet yaşanmasına hukukçu desteği yolunda güzel bir örnek vermek istiyoruz.

Somut olayda arsa sahiplerinin avukatı noterde yapılan sözleşmede **“inşaat teminat ipoteği”** verileceğini kararlaştırmış ve bu konuda ipotek tutarı(götürü bedel olarak) resmi senette yer almamıştır. Tapuya gidildiğinde boşluğu tapu sicil görevlileri doldurarak emlak vergi değeri üzerinden düzenledikleri miktarla **“muhteşem tabirle”** inşaat teminat ipoteği kurmuşlardır. Bu konuda aklımıza gelen bir Nasreddin Hoca fıkrasından alıntı ile **“bunun neresini düzelteyim”**¹¹ ifadesi ile gülümseme ihtiyacı hissetmekteyim; aksi takdirde yaratılan cahilliklere kelimeler kıyafetsiz kalacaktır. İlk olarak, noter kisvesi altında resen düzenleme görevi ile yasal yükümlük altında olan noterin hatasını büyüten başlangıç fahiş hatası, yasal tabir kullanmaması olmuştur. İki tür ipotek¹² varlığı karşısında düzenlediği resmi senette **“üst sınır ipoteği; TMK m.851/II”** tabirini kullanmayarak; uygulamada yaratılan uydurma kavrama sığınmış ve ipoteğin üst sınırını sözleşmeye işlememiştir. Karşı tarafın avukatı bunu fark etse dahi, diğer tarafa güzel bir gol atmış olmasına yol açacak suskunluğu stratejik açıdan doğru karşılanmalıdır. Tapucu, resen düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin olarak karşısına gelmiş taraflara, emlak vergi değeri üzerinden değil; üst sınır ipoteği sözleşmesinin belirlilik ilkesince¹³ alacak miktarının -sözleşme özgürlüğünce- hangi tutar üzerinden tescilini talep ettiklerini sormalı idi.

İşte bu olayda yüklenicinin ödeme aczine düşmesi karşısında , önceden yükleniciye devredilen tapuların üzerinde her bir arsa maliki paydaşın emlak vergi değerine göre saptanmış , TMK M.688/son fıkraya dayalı

⁸ ÖZMEN ,E. Saba/ AYDIN, G. Sinem : Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet , Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler Ve 6306 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama ,Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/6, s.13-38

⁹ Anayasa m.48; **“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir”**.

¹⁰ www.haberler.com , 05.07.2017

¹¹ Nasreddin Hoca'ya hutbe okurken sormuşlar;

“O veli hangi velidir ki deniz kenarında kızını kurban ederken gökten keçi indirilmiştir”

Hoca gülmüş;

“Evladım cevaplayayım, cevaplayayım ama önce sorunun neresini düzelteyim ki; O bir kere veli değil Nebi idi, denizde değil dağdaydı, kızı değil oğluydu, keçi değil koyundu.”

¹² Anapara(kapital;re'sulmal) ve üst sınır (Azami had) ipoteği olarak TMK m.851 hükmüne dayalı bu ayırım için bknz ; OĞUZMAN, M.

Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2012, s.931 vd.;KUNTALP, Erden, Anapara ve Üst Sınır İpotek Ayırımı, Ankara ,1989,s.19 vd. ; HELVACI, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul,2018, s.140 vd.

¹³ ; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2012, s.886 vd.

payına düşen alacak miktarının 10.000 TL tutarında olduğu söylenecek olursa sanırım diz boyu hukukçu cahilliklerinin ne gibi sakıncalar yaratacağı konusunda fazla açıklama gereksiz kalacaktır. Bu arada, bu tür mağduriyetler yaşayanlar için yaşadığımız bazı somut olaylarda firma seçiminde sadece arsa payı inşaat oranının yüksekliğine bakıp; yüksek oranlı teklif getirenlerin ciddiyetlerinin sorgulanmaması olguları gözümüzün önünde geldiğinde acıma duygumuz ortadan kalkmaktadır. Bir somut olayda tarafımıza danışmanlık teklifi için geldiklerinde sona kalan iki firmadan arsa sahiplerine %43,4 oran teklif eden yerine %43,7 teklif eden firmanın seçilmek istenmesi durumunda danışmanlık teklifimiz kabul edilmemesine yol açan tepkimle şunu söylediğimi hatırlıyorum ; “Lütfen hesaplar mısınız? Ortalama 90 metrekaarelik bir bağımsız bölüme kavuşacağınız bu sözleşmede 0,3 ‘lük farkın süpürgelik olarak ifade edilen net kullanım alanındaki farkını nasıl anlayacaksınız?”

7181 s. Kanun ile 6306 s. Kanun ‘un 6. maddesine yeni bir fıkra eklenerek şu hüküm getirilmiştir;

“Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise, yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınabilir. Bu karar ile birlikte Bakanlığa başvurularak yeni yapının yapım işine başlanıp başlanmadığının veya yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin tespiti istenir. Bakanlıkça; belirtilen durumların tespit edilmesi hâlinde, müteahhide otuz gün süre verilerek işe başlaması veya devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir. Bu ihtara rağmen işe başlanmaması veya devam edilmemesi durumunda, ayrıca ihtar çekmeye gerek kalmaksızın otuz günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen feshedilmiş sayılır. Fesih sonrasında, taşınmazların siciline şerh edilmiş olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri maliklerin veya Bakanlığın talebi üzerine terkin edilir. Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır. Fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemeleri hak sahiplerinden geri talep edilemez.”

Hüküm irdelendiğinde bilgili bir hukukçunun kanını dondurmaya yetecek garabetler içerdiği görülecektir. Gerçekten de Montesquieu’nun “Kanunların Ruhu” adlı eserinden bu yana bilinen güçler ayrılığı ilkesine aykırı olarak Bakanlığın üzerine yargı yetkisi aldığı görülecektir. “Müteahhitten kaynaklanan sebeplerle” temerrüde karar verilmesi yargı denetiminden çıkarılıp; Bakanlığın hukukçu olmayan bürokratlarına sözleşmenin feshi hususunda(ayrıca zaten TBK m.125-126 hükümleri uyarınca dönme-fesih ayırımından haberdar olunmaksızın hazırlanmakla) idari işlem tesisine ilişkin yetki verilmiş olması, gerçekten kanun koyucunun ciddiyetten ne kadar uzaklaştığının göstergesidir.

Bir diğer yönetmelik ile getirilen hüküm, Anayasa’nın m.48 hükmü karşısında sözleşme özgürlüğüne gereksiz bir koruma refleksi olmuştur. Yönetmeliğin 13. maddesine **“Uygulama alanında ilgili kurum tarafından değil de gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerince uygulamada bulunulması durumunda, yapım işini üstlenen müteahhitlerin payına düşen bağımsız birimlerin satışı, inşaatın ilerleme seviyesine göre ve İdarenin iznine istinaden yapılabilir. Yapı ruhsatı alınmadan önce yüklenici tarafından bu durumun kabul edildiğine dair yazılı olarak taahhütte bulunulur. Müteahhidin, kendi payına düşen bağımsız birimlerin satışına izin verilmesini talep etmesi üzerine, İdare, yerinde tespit yaparak veya yapı denetimi sisteminden kontrol ederek inşaatın tamamlanma oranını belirler ve bu oranın % 10’u altındaki oranda müteahhit payına düşen bağımsız birimlerin satışının yapılabileceğini ilgili tapu müdürlüğüne bildirir. Müteahhit payına düşen bağımsız birimlerin, inşaatın tamamlanma oranında veya bu oranın üstündeki bir oranda satışı için bütün maliklerin muvafakati gerekir”** şeklindeki fıkra hükmü eklenmiştir.

Cumhuriyet tarihinde , yine üstüne basa basa atıp yapacağımız, Montesquieu “Kanunların Ruhu” eserinden bu yana bilinen güçler ayrılığı ilkesi ihlal edilerek idareye taraflar arasındaki özel hukuk ilişkisinin denetlenmesi yolunda yetki verildiğini görmekteyiz. Böylece, Uygulama Yönetmeliği ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edilerek kanundan doğmayan bir emredici hüküm yaratılmış ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine , TBK m.27/II hükmü uyarınca kısmi hükümsüzlük müeyyidesinin uygulanmasına sebebiyet verilmiştir. Oysa, bir İngiliz hukukçu sözü olarak **“birakiniz kendi kendilerini korumayı öğrensinler”** sözünü haklı çıkaracak şekilde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden kendilerince yaratılan her mağduriyeti bu tür hükümlere dönüştürmeye kalkışmak yönetmelik hükümlerini hukukçuların hazırlamamış olmaması gerçeği karşısında her nedense şaşırıcı olmamaktadır.

Biraz önce de değindiğimiz gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini, googleden indirerek hizmet veren ucuz hukukçu emeği ile elde edenler, Yönetmeliğin anılan şekli ile bağımsız bölüm tapusu devretmese de, yeterli mali gücü olmayan yüklenicilerin yarım bıraktığı inşaatlara dayalı olarak şerh edilmiş sözleşmenin yıllarca mahkemelerde dava konusu edilmiş olmasına, bundan sonra hangi yönetmelik hükmünü değiştirerek çözüm üretebileceğini sormadan geçemeyiz.

Ayrıca yine 13. maddeye eklenen bir fıkra olarak “**Riskli yapının/yapıların bulunduğu parsellerde yapım işini üstlenen yapı müteahhidince yapı ruhsatı alınmadan önce yapı yaklaşık maliyet bedelinin % 10’u kadar teminatın İdareye verilmesi mecburidir**” şeklindeki hüküm ile biraz önce örnek verdiğimiz Fikirtepe’deki bazı projelerde sadece yapının yıkılmasını sağlamış yüklenicilere karşı alınması zorunlu %10’luk teminatın, yapılmayan %90’luk imalatlar karşısında ne yarar sağlayacağı sorusu, bu yönetmelik değişikliğini yapanların cevaplayamayacağı bir soru olarak ortada durmaktadır.

Bu son yönetmelik değişikliği öncesinde son derece mantıklı bir hükümlerle belediyelere devredilmiş azımlık payların satışına dayalı -her ne kadar yönetmelik bu konuda hukuki düzenleme getirmese de - “isteğe bağlı artırımın” ; TBK m.274, tekrar Çevre Şehircilik Bakanlığı İl Müdürlüklerine devredilmesinde hiçbir mantık bulunmamakla, umarım sebebi 23 Haziran seçim sonuçları değildir.

7181 s. Kanun ile Uygulama Yönetmeliği’nin m.6A/I fıkrasına “**Yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar ile kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda dönüşüm uygulamaları maliklerin ve ilgililerin muvafakati aranmaksızın Bakanlıkça resen yapılabilir veya yaptırılabilir. Uygulama yapılacak alanın sınırları uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenir**” şeklinde getirilen hüküm ile yine bir hukuk garabeti olarak yönetmeliği dayanağı kanun hükmünden önce yürürlüğe koymak , Türk hukuk hayatına yine ilginç bir örnek olarak girmiştir.

Şöyle ki dayanağı kanun hükmü ile sonradan uyumlu hale getirilen Uygulama Yönetmeliği’nin m.13/VI/b hükmü “**Bakanlık, uygulama alanında; .. Cins değişikliği, tevhit, ifraz, taksim, terk, ihdas ve tescil işlemlerini muvafakat aranmaksızın resen yapmaya veya yaptırmaya, ... yetkilidir**” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca da, Bakanlığın -her ne kadar “tevhit” yolunda bir tabir kullanılmışsa da TMK m.1000 hükmünce “birleştirme” olarak adlandırılması gereken- kadastro işlemi resen yapma yolundaki yetkisi açıkken bu yetkiyi kullanmadığı hallerde; iradi olarak birleştirme yetkisini kullanmak isteyen 6306 s. Kanun’a tabi olmayan parsellerin (örneğin; boş veya üzerinde riskli olmayan yapıyı iradi olarak yıkmak isteyen paydaşlarca) , Yönetmelik’in 15. maddesinin değişik 9. fıkrasının “**Üzerindeki yapıların tamamının riskli yapı olarak tespit edilmiş olması şartı ile tevhit mümkün olan birden fazla parselin tevhit edilmesi ile taksim, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, her parselde ayrı ayrı sahip oldukları hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu parsel veya parsellerin arasında veya bitişiğinde bulunan yapılaşmamış boş parsellerin, riskli yapıların bulunduğu parsellerle tevhit edilmek suretiyle birlikte değerlendirilebilmesi için 3/7/2017 tarihli ve 30113 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 7 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü saklı olmak üzere boş parsellerdeki bütün maliklerin, oybirliği ile karar alması gerekir. Tevhitten sonra yapılacak uygulamaya tevhit ile oluşan parselde sahip oldukları hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir**” şeklindeki hüküm karşısında oy birliği sağlamalarının imkânsızca yakın olması nedeniyle pratik bir yarar sağlamayacağı açıktır.

Görüşümüze bu gibi konularda ister riskli alanda kalan veya riskli yapı barındıran arazi olsun isterse bu nitelikte olmayan bir arazi olsun 6306 s. Kanun’a tabi olmak isteyen tüm araziler için pay oranına bakılmaksızın paydaşların 2/3 çoğunluğuyla karar alınabilmesi yolunda bir hüküm getirilmesi çok yararlı olacaktır.

III- SONUÇ

Araştırmanın hacmi karşısında değinebildiğimiz problemler göstermiştir ki; mevzuat olarak genellemeye tabi düzenlemelerin uzman bir hukukçu emeği bulunmaksızın hazırlanmasının ne denli karmaşaya yol açacağı izahı varestedir. Unutulmamalıdır ki; Roma hukukundan bu yana gelen insanlık tarihinin mirası hukuk ilkeleri ile yaratılan kurumlar, ortak aklın muhteşem eseri olmakla bunlardan yararlanılamıyor olmasının sebebi Sakallı Celal’in “*Cehlin ol mertebesi ancak tahsille mümkündür*” sözü¹⁴ ile izah edilebilir. Bugün 6306 s. Kanun özünde doğru bir düzenleme olmasına rağmen; bir türlü çözüm getirilemeyen uyuşmazlıklara, komşuluk düşmanlıklarına, adli yargı hâkimlerinin tereddütlerine yol açıyor olması düzenlenmesinde hukuk biliminden nasibini almamış olması sonucudur.

¹⁴ Sakallı Celal olarak bilinen ve 6 Haziran 1962’de vefat etmiş olan felsefeci Celal Yalınz’ın ünlü sözü.