

ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN
TEMERRÜDÜ HALİNDE ARSA PAYI SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

TEZİ YAZAN
İklim AYDINDAĞ ÜNAL

Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Orhan ÇETİN
Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Kemal ATASOY
Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ŞİMŞEK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MERSİN/ MAYIS 2022

ONAY

T.C.
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

20183045 numaralı öğrencimiz olan **İKLİM AYDINDAĞ ÜNAL** tarafından hazırlanan **“ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE ARSA SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI”** başlıklı bu tez çalışması jürilerimiz tarafından **OYBİRLİĞİ** ile **ÖZEL HUKUK** Anabilim Dalında **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

İmzalı evrakın aslı Enstitü Müdürlüğündedir.

Asıl Üye-Üniv. İçi-Jüri Başkanı-Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Orhan ÇETİN

İmzalı evrakın aslı Enstitü Müdürlüğündedir.

Asıl Üye-Üniv. İçi-Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Kemal ATASOY

İmzalı evrakın aslı Enstitü Müdürlüğündedir.

Asıl Üye-Üniv. Dışı-Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ŞİMŞEK
(Toros Üniversitesi)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

İmzalı evrakın aslı Enstitü Müdürlüğündedir.

02/05/2022

Prof. Dr. Murat KOÇ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Not: Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki hükümlere tabidir.

İTHAF

Eşime ve güzel çocuklarıma...



ETİK BEYANI

Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

02/05/2022

İklim AYDINDAĞ ÜNAL

TEŞEKKÜR

Tez çalışmalarım süresince değerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yönlendiren tez danışmanım Sayın Dr. Orhan Çetin'e, manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan sevgili eşim Av.Yekta Güngör Ünal'a ve kıymetli anneme teşekkür eder çalışmamın tüm ilgililere yararlı olmasını dilerim.

İklim AYDINDAĞ ÜNAL



ÖZET

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE ARSA SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

İklim AYDINDAĞ ÜNAL

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Orhan ÇETİN

Mayıs 2022, 142 Sayfa

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri Türk Borçlar Kanun’unda özel olarak yer verilen bir sözleşme tipi olmamakla birlikte eser sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin unsurları bünyesinde taşıyan karma nitelikli bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde özellikle yapılacak işin nitelikleri, süre ve bedel sözleşmenin önemli üç noktasını oluşturur. Kararlaştırılan inşaatın süresinde bitirilerek teslim edilmesinde, yüklenici kadar iş sahibinin de hukuken korunması gereken menfaatleri bulunmakta olup yüklenicinin temerrüdü halinde arsa payı sahibinin seçimlik hakları bu anlamda önem taşımaktadır.

Bu kapsamda tez çalışması üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, tarafları, unsurları ve hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. İlerleyen bölümlerde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ile yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin seçimlik haklarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda özellikle İsviçre ve Alman doktrini baz alınarak uygulamadaki esaslar ve Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin seçimlik hakları yüksek yargı kararları kapsamında, hukuki sonuçları ile ortaya konulmuştur.

Anahtar Sözcükler: İnşaat, Arsa Sahibi, Yüklenici, Temerrüt, Seçimlik Hak.

ABSTRACT

ELECTIONAL RIGHTS OF THE LAND OWNER IN CASE OF CONTRACTOR'S DEFAULT IN CONSTRUCTION CONTRACTS FOR LAND SHARE

İklim AYDINDAĞ ÜNAL

Master's Thesis, Private Law

Thesis Advisor: Dr. Öğr. Üyesi Orhan Çetin

May 2022, 142 Pages

Construction contracts in return for land share are not a contract type specifically included in the Turkish Code of Obligations, they are a mixed contract that combines the elements of a work contract and an immovable sale contract.

In the construction contract in return for land share, especially the qualifications of the work to be done, the duration and the price constitute the three important points of the contract. In the completion and delivery of the agreed construction on time, the employer as well as the contractor have legal interests worthy of protection, and in the case of the contractor's default, the optional rights of the land share owner are important in this sense.

In this context, the thesis study consists of three parts. In the first part, the definition, parties, elements and legal nature of the construction contract in return for land share are emphasized. In the following sections, the contractor's default in the construction contract in return for the land share and the optional rights of the land owner in case of the contractor's default are given.

In this context, the electoral rights of the landlord in case of default of the contractor within the framework of the principles in practice and the Turkish Code of Obligations, especially based on the Swiss and German doctrines, have been revealed with legal consequences within the scope of high judicial decisions.

Key Words: Construction, Land Owner, The Contractor, Default, Electoral Right

İÇİNDEKİLER

KAPAK.....	i
ONAY.....	ii
İTHAF.....	iii
ETİK BEYANI.....	iv
TEŞEKKÜR.....	v
ÖZET.....	vi
ABSTRACT.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR.....	xii
EKLER LİSTESİ.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı	3
1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Konusu	7
1.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları.....	8
1.3.1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Yükleniciye Devretme Yükümlülüğü.....	8
1.3.2. Yüklenicinin İnş ve Belirlenen Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi	9
1.3.3. Taraflar Arasında Bir Anlaşmanın Bulunması.....	10
1.4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	11
1.4.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olma Niteliği	11
1.4.2. Atipik ve Karma Sözleşme Olma Niteliği.....	13
1.4.3. Ani-Süreklî Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Olma Niteliği.....	14
1.4.3.1. Ani Edimli Borç İlişkisi Olduğu Görüşü	15
1.4.3.2. Süreklî Edimli Borç İlişkisi Olduğu Görüşü.....	17
1.4.3.3. Karma Görüş	18
1.4.4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olma Niteliği	20

1.5. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları.....	22
1.6. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekle Bağlılığı.....	27
1.6.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Sonuçları	30
1.7. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi	33
1.7.1. İfa ve İkale Anlaşması İle Sözleşmenin Sona Ermesi.....	33
1.7.2. İfa Dışı Nedenlerle Sözleşmenin Sona Ermesi.....	34
1.7.2.1. Eserin Yok Olması Durumunda İmkansızlık	36
1.7.2.2. Arsa Sahibinden Kaynaklanan Sebeplerle İfanın İmkansızlaşması	37
1.7.2.3. Yüklenicinin Ölümü Veya Kişisel Yeteneklerini Kaybetmesi Sebebiyle İfanın İmkansızlaşması.....	38

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

2.1. Temerrüt Kavramı ve Genel Olarak Borçlunun Temerrüdü	40
2.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünün Şartları.....	41
2.2.1. Edimin Muaccel Olması.....	42
2.2.1.1. Taraflarca Teslim Tarihinin Kararlaştırılması	44
2.2.1.2. Taraflarca Teslim Tarihinin Belirlenmemiş Olması	45
2.2.1.3. İnşaat Süresinin Değişmesi	46
2.2.1.4. İnşaat Yapılacak İlave İşlerin Süreye Etkisi	48
2.2.2. Edimin İfasının Mümkün Olması.....	49
2.2.3. Teslim Borcunun İfa Edilmemesi.....	52
2.2.3.1. İnşaat Ayıp Bulunması Halinde	54
2.2.3.2. İnşaat Eksiklik Bulunması Halinde.....	55
2.2.4. İhtar	57
2.2.5. İhtara Gerek Olmayan Durumlar.....	59
2.2.5.1. İfa Gününün Taraflarca Belirlenmiş Olması.....	59
2.2.5.2. İfa Gününü Belirleme Yetkisinin Taraflardan Birine Bırakılması	62

2.2.5.3. İhtarın Gereksiz Ya Da Yararsız Kalacağının Anlaşılması	63
2.3. Yüklenicinin Kısmi Temerrüdü.....	65
2.4. Yüklenicinin Temerrüdü Bakımından Kusurun Önemi	67
2.5. Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Açılacak Davalarda Görev ve Yetki.....	68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA SAHİBİNİN TEMERRÜTTEN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLARI

3.1. Arsa Sahibinin Seçimlik Haklardan Faydalabilmesinin Şartları	71
3.1.1. Ek Süre Verilmesi	71
3.1.2. Ek Süre Tayinine Gerek Olmayan Durumlar	73
3.1.2.1. Yüklenicinin İçinde Bulunduğu Durumdan veya Tutumundan Süre Verilmesinin Etkisiz Olacağının Anlaşılması	73
3.1.2.2. Temerrüt Nedeniyle Borcun İfasının Arsa Sahibi İçin Yararsız Hale Gelmesi	74
3.1.2.3. İfanın Belli Bir Zaman Diliminde Ya Da Belirli Bir Süre İçerisinde Gerçekleşmemesi Durumunda Artık Kabul Edilmeyeceğinin Sözleşmeden Anlaşılması	75
3.1.2.4. Dürüstlük Kuralı Gereği Ek Süre Verilmesinin Arsa Sahibinden Beklenmemesi.....	76
3.1.3. Arsa Sahibinin Seçimlik Haklarını Derhal Kullanması	76
3.2. Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları	78
3.2.1. Aynen İfa Talebi İle Birlikte Gecikme Tazminatı Ve Varsa Cezai Şartın Ödenmesini İsteme	78
3.2.1.1. Nama İfa ve Eksik İşler Bedelinin Tahsili Talebi.....	79
3.2.1.2. Gecikme Tazminatı Talebi	83
3.2.1.3. İfaya Ekli Ceza Koşulu	86
3.2.2. Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zararının Tazminini Talep Etmesi	89
3.2.2.1. Mübadele (Değişim) Teorisi	93
3.2.2.2. Fark Teorisi	95
3.2.3. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi ve Menfi Zararın Tazmini Talebi.....	97

3.2.3.1. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonuçları	98
3.2.3.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Etkisi	103
3.2.3.2.1. İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi	103
3.2.3.2.2. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi	104
3.2.3.3. Arsa Sahibinin Menfi Zararı Talep Hakkı	106
SONUÇ	111
KAYNAKÇA	115
EKLER	125



KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
C.	: Cilt
Code Civil	: Code Civil des Français
Çev.	: Çeviren
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	: Esas Numarası
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
e.t.	: Erişim Tarihi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
İHM	: İstanbul Hukuk Mecmuası
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı



EKLER LİSTESİ

EK-1. Etik Kurulu Onay Belgesi.....	125
EK-2. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü Tez Etik Kurulu İzin İstek Yazısı.....	127
EK-3. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü Tez Etik Kurulu İzin Yazısı	128



GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar oluşturmaktadır. Konunun seçiminde özellikle, inşaat sözleşmelerinin uygulamada taşıdıkları önem, sözleşmenin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar ve yapısı ile kanuni bir düzenlemesi bulunmadığından konunun doktrin ve Yargıtay Kararları ile şekillenmiş olması etkili olmuştur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada çok sık karşılaşılmamasına rağmen yasal alt yapısı ve düzenlemesi bulunmayan bir sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında ve Kanunda bu sözleşmeye ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Tasarının gerekçesi incelendiğinde kendisine özgü yapısı bulunan sözleşmelerin gerektiğinde özel kanunlarla düzenlenmesi gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine, özel kanunlarda da kapsamlı olarak yer verilmemiştir. Bu konuda kanun koyucu tarafından yasal bir düzenleme yapılmaması önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda açıkça düzenlenmediğinden bu sözleşmeye ilişkin ihtilafların çözümünde Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ile birlikte eser sözleşmesi ve uygun düştüğü ölçüde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Bu kapsamda çalışmamızda ilgili hükümler ile birlikte Yargıtay'ın emsal kararlarından ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak uygulamadaki sorunlar ele alınmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde bu sözleşmenin tanımı, konusu, unsurları, hukuki niteliği, tarafları ve şekli konuları değerlendirilmiştir. Bu bölümde ayrıca karşılaştırmalı hukukta inşaat sözleşmelerinin nasıl düzenlendiği ve hukuki niteliği incelenmiştir. Bununla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapının inşası bakımından önemli bir yeri bulunan alt yüklenicinin ve birden fazla yüklenicinin bir araya gelerek oluşturdukları konsorsiyumun arsa sahibine karşı yükümlülükleri ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde öncelikle genel olarak temerrüt kavramı ve borçlunun temerrüdü ele alınmıştır. Daha sonra kapsamlı olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ve temerrüdün şartları incelenmiştir. Aynı zamanda yüklenicinin temerrüt nedeniyle sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti bakımından önemli bir yeri bulunan kusur kavramına yer verilmiştir. Bununla birlikte yüklenicinin temerrüdü nedeniyle açılacak davalarda görev ve yetki konusu ele

alınmış özellikle arsa sahibinin tüketicisi olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışılmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise arsa sahibinin temerrütten doğan seçimlik hakları ve bu haklardan faydalanabilmesinin şartları incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt ve temerrüdün sonuçlarından bahsedilmiş daha sonra ise arsa sahibinin seçimlik hakları olan aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçilmesi halinde müspet zarar ve sözleşmeden dönülmesi halinde menfî zarar talepleri doktrin ve Yargıtay Kararları ile birlikte ele alınmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, Türk Borçlar Kanunu'nda ayrı bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, bu sözleşme Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser ve taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin unsurları bünyesinde bulundurmaktadır. Sözleşmenin ismi literatürde genel olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde anılmakla birlikte uygulamada kat karşılığı inşaat ya da arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi olarak kullanıldığı da görülmektedir¹. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemesi sebebiyle kanuni bir tanımı bulunmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları ve tarafların üstlendikleri edimler ile sözleşmenin karakterini oluşturan unsurlar incelendiğinde bu iki tip sözleşmenin unsurlarını barındırdığı ve böylelikle karma nitelikli bir sözleşme olduğu görülmektedir². Bununla birlikte kanuni bir tanımı bulunmadığından ötürü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, öğreti ve Yargıtay kararları ile tanımlanmıştır³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin unsurlarını barındırdığından öncelikle eser sözleşmesinin tanımı yapılacak olursa; TBK m.470'de eser sözleşmesi, yüklenicinin meydana getireceği eser karşılığında, iş sahibinin bedel olarak bir miktar para ödemeyi üstlendiği sözleşmedir, şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde ise eser sözleşmesi, yüklenicinin meydana getireceği eser karşılığında bedel almayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda eser sözleşmesinin unsurlarını iş sahibi

¹Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3.Baskı, İstanbul 2010, Der Yayınları, s.1; Mehmet Deniz Yener, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011, Beta Yayınları, s.3; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 1-2; Tan Tahsin Zapata, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 5; Turan Şahin, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 102; Zekeriya Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 7-8; Gürkan Coşkun, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin Durumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 25; Efrail Aydemir, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 37; İlker Hasan Duman, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 25.

²Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, Fakülteler Matbaası, s.4; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.445; Filiz Berberoğlu Yenipinar, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 15; Safa Reisoğlu, Arsa Payı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, BATİDER, C. 24, S. 2 (Seza Reisoğlu'na Armağan Sayısı), s. 5, Erman, s. 5; Coşkun, s. 26.

³Yavuz/Acar/Özen, s.483; Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 75.

tarafından ödenecek bedel ve bu bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirmesi oluşturmaktadır⁴.

Eser sözleşmesinin konusunu bir eserin meydana getirilmesi oluşturduğundan bu sözleşmeler satım sözleşmesinin değil bir iş görme sözleşmesinin türü olarak kabul edilmektedir⁵. Nitekim Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunumuzun iktibas edildiği İsviçre Medeni Kanununun beşinci bölümünü oluşturan Borçlar Kanununda da, eser sözleşmesi iş görme sözleşmesi başlığı altında düzenlenmiştir⁶. Bu kapsamda Alman Medeni Kanunu'nun 2. kitabında da inşaat sözleşmelerinin iş görme sözleşmelerine dahil edildiğini ve iş görme sözleşmeleri başlığı altında toplandığını görmekteyiz⁷. İnşaat sözleşmelerine uygulanacak özel kurallar ve ihale koşulları ise Alman VOB⁸ kuralları ile düzenlenmiştir⁹.

Bunun yanı sıra İsviçre Hukuku'nda da Alman Hukuku'ndaki VOB benzeri, genel işlem şartı niteliğinde olan ve inşaat sözleşmelerinde uygulanabilecek SIA Norm-118 düzenlemesi bulunmaktadır¹⁰. Her iki hukuk düzeninde de eser sözleşmesi kapsamında düzenlenen Alman VOB kuralları ve İsviçre SIA Norm-118 düzenlemeleri genel işlem şartı niteliği taşımakta olup taraflar arası ilişkilerde uygulanacağının açıkça kararlaştırılmış olması gerekmektedir¹¹.

Eser sözleşmesinin, Alman ve İsviçre Hukuku ile birlikte Türk Hukuku'nda iş görme sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilmesinin sebebi bu sözleşmenin tipini belirleyen edimin eserin meydana getirilmesi olmasıdır. Yüklenicinin yükümlendiği edimin, iş

⁴Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, 5.Baskı, Ankara 1993, s.651; Kemal Dayınlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlı Yayıncılık, Ankara 2008, s. 45; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 487; Gökhan Dirican, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 5; Ferhat Canbolat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 5.

⁵Herman Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çeviren Dr. A. Suat Dura, Yargıtay Yayınları, No:24, s.587.

⁶Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kabul Tarihi: 10.12.1907, Yürürlük Tarihi: 01.01.1912, Kanunun İngilizce metni <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ch/ch310en.pdf>, e.t. 02.02.2022.

⁷Recht der Schuldverhältnisse, § 631-651, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, e.t. 02.02.2022.

⁸Rouven F. Bodenheimer, "Construction-German Construction Law", www.changing-perspectives.legal/; <https://www.changing-perspectives.legal/construction/german-construction-law>, e.t.26.02.2022.

⁹İpek Betül Aldemir Toprak, "İnşaat Sözleşmelerinde Tarafların İş Birliği Eylemleri", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C.5, S.2020/2, s.518; "VOB, A, B ve C olarak adlandırılan üç parttan oluşmakta olup VOB/B Alman Medeni Kanununun eser sözleşmesi ilişkin hükümlerini, inşaat sözleşmelerinin özel durumları için tamamlamaktadır. Esasen VOB/B düzenlemeleri karşımıza Almanya'da yaygın olarak kullanılan tek inşaat sözleşmesi olarak çıkmaktadır."

¹⁰Toprak, s. 518; "SIA-Norm 118, İsviçre'de Mühendis ve Mimarlar Derneği tarafından oluşturulan bir düzenleme olup inşaat sözleşmelerinin kurulmasına, tamamlanmasına ve uygulanmasına ilişkin eser sözleşmesinden farklı ve özel hükümler içermektedir."

¹¹Toprak, s. 518.

görme sonucuna yönelik olması bu sözleşmeyi, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran esaslı bir unsurdur¹².

Eser sözleşmesinden yola çıkılarak arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi için doktrinde farklı tanımlamalar yapılmıştır. Uygulamadaki tanımlar incelenecek olursa;

Bu sözleşme; arsa sahibinin, arazisi üzerinde yüklenicinin bir yapı yapması, yapılan bu yapıya karşılık olarak ona bedel yerine sözleşme ile belirlenen bölümlere isabet edecek arsa paylarının mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir¹³.

Doktrinde yapılan diğer bir tanıma göre; arsa sahibinin ödemeyi yükümlendiği bedel karşılığında yüklenicinin bir yapı inşa etmeyi ve bunu arsa sahibine teslim etmeyi üstlendiği, karşılıklı olarak hak ve borç doğuran bir sözleşmedir¹⁴.

Doktrinde yapılan tanımlar incelendiğinde bu sözleşmenin tipik bir sözleşme olmadığı ve birden fazla sözleşmenin özelliklerini bir arada bulunduran kendine özgü yapısı bulunan bir sözleşme tipi olduğu görülmektedir¹⁵.

Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini, yüklenicinin ekonomik finansmanı kendisine ait olacak şekilde arsa sahibinin arsası üzerinde bina inşa ettiği ve bunun karşılığında arsa sahibinin de binadaki muayyen bölümleri yükleniciye devretme borcu altına girdiği sözleşme olarak tanımlamaktadır¹⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini; “arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansmanını kendisi üstlenmek suretiyle arsa sahibinin arazisi üzerine yapı yapma işini üstlendiği, arsa sahibinin ise, bedel yerine yapının bir kısım bölümlerinin mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir.” şeklinde tanımlamıştır¹⁷.

¹²Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 6.

¹³Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2020, Turhan Kitabevi, s.493; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2014, Vedat Kitapçılık, s.113; İzzet Karataş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 3. Baskı, Ankara 2013, Adalet Yayınları, s. 25.

¹⁴Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2020, Vedat Kitapçılık, s. 489; Nezih Sütçü, Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2021, Seçkin Yayıncılık, s.31; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019, Yetkin Yayınları, s. 333.

¹⁵Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 207; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2021, s. 64; Gümüş, s. 107.

¹⁶Y. 14. HD. T. 05.02.2019, E.2018/4115, K.2019/896: “...Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taraflara karşılıklı hak ve borçlar yüklemektedir. Yüklenici, finansman sağlayarak arsa malikinin taşınmazı üzerine bina yapma işini üstlenmekte, arsa maliki ise inşa edilecek binaya karşılık, bu binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi vaat etmektedir.”, www.corpus.com.tr, e.t.02.02.2022.

¹⁷YHGK, T.16.01.2013, E.2012/13-592, K.2013/65, www.corpus.com.tr, e.t. 08.09.2020.

Eser sözleşmesinde eserin, bir iş görme sonucuna yönelmesi söz konusu iken arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde aslolan eserin bağımsız bölüm şeklinde ortaya konulmasıdır¹⁸.

Doktrin ve Yargıtay kararlarındaki bu tanımlardan yola çıkılarak, kat yapım karşılığı inşaat sözleşmeleri yüklenicinin arsa malikinin arsası üzerinde inşaat meydana getirip bunu teslim etmeyi taahhüt ettiği, arsa malikinin de bunun karşılığında ücret yerine belirli arsa payı ile bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devir yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeler olarak tanımlanabilir¹⁹.

Bu tanımlara ek olarak belirli bağımsız bölümlerin değil de arsanın tamamının devri de mümkündür. Arsa sahibinin birden fazla arsası olduğu durumlarda bu arsalardan birinin tamamının yapılacak bina karşılığında yükleniciye kalacağı kararlaştırılabilir. Dolayısıyla, yapılacak inşaatın bütünlük arz etmesi her koşulda şart değildir²⁰.

Uygulamada sözleşmenin birden çok yapım şekli bulunmakla; arsa sahibinin belirli arsa paylarının satışını ve devrini vaad ettiği, yüklenicinin de bunun karşılığında bina inşa etmeyi yükümlendiği durum en sık karşılaşılan türü olarak karşımıza çıkmaktadır²¹. Diğer bir türü ise uygulamada Ankara usulü olarak adlandırılan, arsa paylarının inşaatın tamamlanma oranına göre diğer bir deyişle yüklenicinin edimini yerine getirme oranına göre yükleniciye geçirilmesi yöntemidir²². Bu durumda yüklenici inşaatı meydana getirdikçe arsa sahibi de inşaatın geldiği seviyeye göre arsa paylarını yükleniciye devredecektir²³.

¹⁸Şahin, s.120.

¹⁹Karataş, s.35; Erman, s. 1; Bilal Kartal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, Matsa Yayınları, s. 15.

²⁰Sütçü, s. 32.

²¹Erman, s. 11; Mustafa Gür, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, 1. Baskı, İzmir 2017, Seçkin Yayıncılık, s.22.

²² Erman, s.48.

²³Y. 14. HD. E.2016/2739, K.2018/6280, T.02.10.2018; “Aksine sözleşme hükmü bulunmadıkça yüklenici, bedele (arsa payı devrini talebe) eserin teslimi halinde hak kazanır. Ancak uygulamada, yükleniciye finans sağlamak amacıyla ve yine uygulamadaki deyimiyle “kademeli ferag” şeklinde teslimden önce de bir kısım arsa payı avans biçiminde devredilmektedir.” www.corpus.com.tr, e.t. 02.02.2022.

1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Konusu

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin konusunu kural olarak taşınmaz bir yapının inşası oluşturur²⁴. Eser sözleşmesinden farklı olarak maddi nitelik taşımayan hukuki varlıklar bu sözleşmenin konusunu oluşturmaz²⁵.

Bununla birlikte arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi yapılabilmesi için inşaatın ilk defa yapılıyor olması da şart değildir. Mevcut bir yapıya yapılacak eklemeler, değişiklikler, onarımlar ile eksik olan bir yapının tamamlanmasına karşılık olarak arsa payının taahhüt edilmesi durumunda bu şekilde yapılacak sözleşmeler de arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi olarak nitelendirilir. Nitekim burada da yüklenici iş sahibinin arsası üzerinde bir inşaat yapmakta ve karşılığında iş sahibinden arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölüm devri isteyebilmektedir²⁶. Bu anlamda sözleşmenin amacı ve niteliği bakımından klasik arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden çok da farklılık arz etmemektedir. Ancak bir yapının yıkılmasına ilişkin iş, bu sözleşmenin konusunu oluşturmaz²⁷.

Öte yandan, yüklenici, kendisine daha yapım aşamasının başında devredilen veya inşaatın bitmesine bağlı olarak devredilecek arsa payına ilişkin olarak sözleşmenin tarafı olmayan kişilerle hukuki işlemler yapabilmektedir. Bu durumda yüklenici ile anlaşılan taraf arasında; yüklenicinin ilk baştan kendi üzerine geçirilen arsa payını tapuda devretmesi durumunda satım sözleşmesi, ileride kendisine devredilecek arsa payı üzerindeki talep hakkını devretmesi durumunda ise alacağın temliki söz konusu olacaktır. Bu işlemler her ne kadar esas sözleşme ile iç içe görünseler de aslında bu sözleşmeden bağımsız ayrı birer işlem olduklarını gözden kaçırmamak gerekir.²⁸

²⁴Haliz Cengiz/Mehmet Cengiz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, 1. Baskı, Ankara 2021, Seçkin Yayıncılık, s. 19.

²⁵Uygur, s. 2130.

²⁶Kostakoğlu, s. 1069.

²⁷Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Ankara 2020, s. 24.

²⁸Hüseyin Tokat, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilirliği Çeşitli İhtimaller", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, Konya 2016, s. 188.

1.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

Sözleşmenin unsurları; arsa malikinin bedel olarak belirli arsa paylarının mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmesi, bunun karşılığında yüklenicinin taşınmaz bir yapı inşası ve bunun teslimini taahhüt etmesi ve taraflar arasında bir anlaşmanın bulunması olarak sayılabilir²⁹.

1.3.1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Yükleniciye Devretme Yükümlülüğü

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi ile arsa sahibi, kendisinde kalması kararlaştırılan bağımsız bölümlere isabet eden arsa payları haricindeki diğer arsa paylarını ve bunlara bağlı bağımsız bölümleri yüklenici veya yüklenicinin belirlediği üçüncü kişilere devretmeyi taahhüt etmektedir. Başka bir deyişle arsa sahibi sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarını ve bunlara bağlı olarak ileride kurulacak bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi üstlenmektedir³⁰. Bu anlamda karşı edim, yükleniciye para olarak değil kararlaştırılan arsa payının devri suretiyle ifa edilmektedir³¹. Diğer bir deyişle arsa sahibinin borcu para borcundan oluşmamaktadır³².

Arsa sahibi, arsa payının mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmekle aynı bir borç altına girmektedir³³. Ancak yüklenicinin ileride bu bağımsız bölümlerin mülkiyetini kazanabilmesi için inşaatı sözleşmeye uygun olarak eksiksiz ve ayıpsız olarak tamamlaması ve arsa sahibine teslim etmesi gerekir. Bu şekilde yüklenici üzerine düşen edim yükümlülüğünü ifa ettiği takdirde şahsi hakkı aynı hakka dönüşecektir³⁴.

Bunun haricinde öğretide bir toprak parçasının hukuken ve fiilen sözleşme ile hedeflenen amacı gerçekleştirebilecek nitelikte olmasının sözleşmeye açısından kafi olacağı düşünülmekle birlikte sözleşmeye konu edilen arazinin bina yapımına elverişli olması da gerekmektedir³⁵. Nitekim hukuki ya da fiili imkansızlık nedeniyle yüklenicinin edimini ifası mümkün değilse, arsa sahibinin de edimini yerine

²⁹Mustafa Kırmızı, Açıklamalı ve İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2018, Bilge Yayınevi, s. 626.

³⁰Yavuz/Acar/Özen, s. 1067.

³¹Karataş, s. 35.

³²Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, İstanbul 2016, Seçkin Yayıncılık, s. 97.

³³Şenol Turut, Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, 1. Baskı, Ankara 2009, Yaklaşım Yayıncılık, s. 36.

³⁴ Sinem Gülşah Aydın, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi Ve Bu Etkinini Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S.1, Ankara 2019, s. 421.

³⁵Erman, s.2; Kartal, s. 20.

getirmesinden bahsedilemez³⁶. Bu hususta Yargıtay bir kararında arsa üzerine inşaat yapılmasının imar mevzuatı gereğince mümkün olmaması nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olacağına hükmetmiştir³⁷.

1.3.2. Yüklenicinin İnşaa ve Belirlenen Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu Altına Girmesi

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde hedeflenen ilk unsur, yüklenicinin arsa malikinin taşınmazı üzerinde bir inşaat meydana getirmesi, inşaatı belirlenen süre sonunda arsa malikine teslim etmesi ve sözleşmede buna ilişkin hüküm bulunması halinde meydana getirdiği bu taşınmaz inşaat üzerinde kat mülkiyeti kurmayı üstlenmesidir³⁸. Zira yüklenicinin inşaatı ve teslim edilecek bağımsız bölümleri fiili olarak tamamlayarak borcundan kurtulması mümkün değildir. Yüklenici aynı zamanda inşaatı, yasaya, fen ve sanata uygun olarak yapma borcu altındadır³⁹.

Yüklenicinin inşaat yapma borcu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin en tipik unsurudur. Öte yandan arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde temel amaç bağımsız bölümlerin meydana getirilmesi olduğundan çoğunlukla yüklenicinin şahsi özellikleri önem taşımaz ancak taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilir⁴⁰. Eğer sözleşme konusu inşaatın ortaya çıkarılması yüklenicinin kişisel denetimi altında olsa dahi başka yüklenici tarafından aynı şekilde meydana getirilemeyecekse o zaman işin bizzat yapılması zorunlu olacaktır⁴¹.

TBK m.471/4 gereği inşaatın yapımı için gerekli olan araç ve alet yüklenici tarafından sağlanacağı gibi sözleşmede yüklenicinin temel edim borcu yapıyı meydana getirmek olduğundan aksi belirtilmedikçe inşaatın ekonomik olarak gerektirdiği finansmanı sağlamak da yükleniciye aittir. Zira bu sözleşmelerde yüklenici edim borcunu kendi finansmanı ile yerine getirmektedir. Uygulamada arsa payları, ekonomik kaynak sağlanması amacıyla inşaat tamamlanmadan önce yükleniciye devredilmekte ve

³⁶Erman, s.2

³⁷Y. 23. HD. T.16.09.2013, E.2013/2939, K.2013/5423 "... taraflarca sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle söz konusu parseller üzerine inşaat yapılması sözleşmenin imzalandığı tarihte dahi mümkün bulunmamaktadır. Bu husus yanlar arasında düzenlenen akdin başlangıç itibarıyla imkânsız olduğunu gösterdiğinden 6098 sayılı TBK'nın 27. Maddesi uyarınca geçersiz olduğunun kabulünü gerektirir." www.kazanci.com.tr, e.t.02.02.2022.

³⁸Erman, s. 2.

³⁹Sütçü, s. 515.

⁴⁰Aral/Ayrancı, s. 324.

⁴¹Tandoğan, s. 71; Yavuz/Acar/Özen, s. 447.

yüklenici de bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak inşaatı tamamlaması için gerekli olan finansmanı sağlamaktadır⁴².

Yargıtay yapının tesliminden önce ekonomik kaynak sağlanması amacıyla yükleniciye verilen arsa paylarını avans niteliğinde değerlendirmektedir⁴³.

1.3.3. Taraflar Arasında Bir Anlaşmanın Bulunması

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde diğer bir unsur taraflar arasındaki anlaşmadır⁴⁴. TBK m.1'deki düzenlemeden yola çıkılarak taraf iradelerinin sözleşmenin konusu ve de şartları üzerinde birleşmesi gerekir ki o sözleşme hukuki sonuç doğurabilsin⁴⁵.

Sözleşmenin niteliğine göre tarafların üzerinde mutlaka uyuşması gereken konular sözleşmenin esaslı noktaları olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise yüklenicinin borçlandığı edim olan inşa işi ile karşılığında devredilecek arsa payının önceden belirlenmiş ve taraflar arasında kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıkça kabul edilmiş olması sözleşmenin esasını oluşturmaktadır⁴⁷.

Sözleşmenin esasını etkilemeyen noktalarda anlaşma sağlanamaması durumunda ise; ya yedek kurallar devreye girecek ya da TBK m.2 gereği hâkim, işin niteliğine bakarak uyuşmazlığı çözecektir. Bunun yanı sıra, TBK m. 19 uyarınca taraf iradeleri dikkate alınarak sözleşmenin yorumlanması yolu ile de boşluk doldurulabilir⁴⁸. Aynı zamanda sözleşmede yer verilmeyen hususlar açısından, TBK kapsamında eser sözleşmesinin hükümleri uygulanabilir velev ki işin niteliğine uygun düşsün⁴⁹.

⁴²Mehmet Özyürek, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Ve Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C.2, S.2, 2019, s. 71.

⁴³YHGK, E.2014/6-325, K.2015/2787, T.4.12.2015; "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temliki, inşaatın yapımı için finans sağlanması amacıyla verilen "avans" niteliğinde olup yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, ayni hakka dönüşür. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, Türk Medeni Kanunu'nun 1024. maddesi ve aynı Kanun'un 1023. maddesi hükmünden yararlanamazlar. İnşaatın hukuki anlamda teslimine kadar arsa sahibi avans olarak verdiği payları geri alma hakkına sahiptir. Hukuki teslim ise yapılan inşaatın yasal mevzuata uygun olarak bitirilmesi (iskan izninin alınması) halinde gerçekleşmiş sayılır." www.corpus.com.tr, e.t. 11.09.2021.

⁴⁴Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 14.

⁴⁵Sümeyye Hilal Yıldırım, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2011, s. 6; Gür, s. 27; Sütçü, s. 37.

⁴⁶Reisoğlu, s. 63.

⁴⁷Eren, Genel Hükümler, s.51; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul 2021, s. 5.

⁴⁸Ali Avcı, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.7.

⁴⁹Aydemir, s. 133.

Ancak TBK md. 27 gereği tüm sözleşme ilişkilerinde geçerli olduğu gibi bu sözleşmelerin de kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlak ve kişilik haklarına aykırı olmaması aynı zamanda konusu bakımından imkânsız olmaması gerekmektedir.

1.4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Roma Hukuku döneminde sözleşme tipleri belli isimlere sahip olup sınırlı sayıdaydı. Esasen Roma Hukukunda sözleşme türleri bir malın kullanılması, bir işin belli bir sürede görülmesi ve belli bir neticenin ortaya çıkarılmasının üstlenilmesi şeklinde üç grup altında toplanmıştı⁵⁰. Fakat modern hukuk sistemleri ve ihtiyaçlar ile birlikte sözleşme serbestisi ilkesi benimsendi. Bu ilke kapsamında kanunda yer alan farklı sözleşme türlerine ait unsurları bir arada taşıyan ya da kanunda düzenlenmemiş kendisine özgü öğeleri içeren sözleşme tipleri ortaya çıktı⁵¹.

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri de kanunlarımızda açıkça yer alan bir sözleşme olmadığından bir uyuşmazlık durumunda sözleşmenin hukuki niteliğinden yola çıkılarak hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmek önem arz etmektedir⁵². Bu kapsamda kat karşılığı inşaat sözleşmeleri için tarafların karşılıklı edim yükümlülüğü altında olması nedeniyle tam iki tarafa borç yükleyen, tüm unsurları ile kanunda açıkça düzenlenmediğinden atipik ve aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere sürekli ani karmaşığı bir borç ilişkisi doğurduğu söylenebilir.

1.4.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olma Niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, nitelikleri bakımından tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir⁵³. Asli edim borcu sözleşmenin her iki tarafı bakımından da geçerli olduğunda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler söz konusu olacaktır⁵⁴.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birisinin edimi, karşı tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturmaktadır. Diğer bir anlatımla tarafların her ikisi de

⁵⁰Özcan Karadeniz, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1976, s.122, 123.

⁵¹Zevkliler/Gökyayla, s.11; Yavuz/Acar/Özen, s. 1070.

⁵²Cengiz/Cengiz, s. 27.

⁵³Eren, Genel Hükümler, s. 207.

⁵⁴M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 3.

alacaklı ve borçlu konumundadır⁵⁵. Bu şekilde oluşan sözleşmelere synallagmatic sözleşmeler de denilmektedir. Fransız hukukunda yapılan bilateral ve unilateral sözleşme ayrımında, Code Civil m. 1102 uyarınca, sözleşmenin taraflarının karşılıklı edim ile birbirlerine bağlandığı akitler bilateral veya synallagmatic olarak adlandırılmaktadır⁵⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, arsa malikinin arazisi üzerinde bağımsız bölüm inşa etme taahhüdünün karşılığını, arsa malikinin muayyen paylarının mülkiyetinin devri oluşturur⁵⁷. Arsa sahibi, yapının tamamlanarak teslimini isteme konusunda alacaklı, arsa paylarını devretme ve onlardan feragat etme konusunda ise borçlu konumundadır. Yüklenici ise arsa paylarının devrini isteme bakımından alacaklı, yapıyı tamamlayarak arsa sahibine devretme bakımından borçlu konumundadır⁵⁸.

Yargıtay'ın bir kararında bu durum “6098 sayılı TBK'nun 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.” denilmek suretiyle ifade edilmiştir⁵⁹.

Yüklenici, yapıyı inşa ederek arsa sahibine teslim etmekle borcundan kurtulurken, arsa sahibi belirlendiği şekilde arsa paylarını yüklenici veya onun belirlediği kişilere tapuda devretmekle edimini ifa etmiş olur. Başka bir anlatımla arsa sahibinin arsa payını devretme ediminin sebep ve karşılığını, yüklenicinin inşaatı yapması ve teslim etmesi oluşturur. Bu nedenle taraflardan her biri karşılıklı şekilde borçlu ve alacaklı olduğundan bu tür sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir⁶⁰.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olması sebebiyle, bu sözleşmeler TBK'nun karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin düzenlemelerine tabidir. Bu sebeple TBK m. 97'de düzenlenen ödemezlik def'i,

⁵⁵Yavuz/Acar/Özen, s.487; Şebnem Akipek ve Erkan Küçükgüngör, Sözleşmeler Rehberi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 18.

⁵⁶Eva Steiner, French Law a Comparative Approach, 2010, Oxford University Press, s. 307.

⁵⁷Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 7.Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 2017, s. 99.

⁵⁸Yavuz/Acar/Özen, s. 639.

⁵⁹Yargıtay 23. HD. T.27.05.2016, 2015/1825 E., 2016/3295 K, www.corpus.com.tr, e.t. 22.03.2021.

⁶⁰Karataş, s. 36.

m.98'deki ifa güçsüzlüğü, m.123, 124 ve 125'te düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir⁶¹.

1.4.2. Atipik ve Karma Sözleşme Olma Niteliği

Kanunlarda içeriği düzenlenmemiş, hüküm ve sonuçları yer almayan, sözleşme özgürlüğü ilkesi sonucu ortaya çıkan sözleşmelere atipik (isimsiz) sözleşmeler denilmektedir⁶². Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi de TMK m. 1009'da zikredilmiş olmakla birlikte tanımı yapılmadığından isimsiz sözleşme olarak anılmaktadır. Zira arsa payının devrinde karşı edim para olmadığından bu sözleşme, sadece taşınmaz satım sözleşmesi olarak kabul edilemez. Bu sözleşmede taraflar, sözleşme yapma özgürlüğü içinde, hem eser hem de taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin unsurları bir araya toplayarak kanunda yer almamış bir sözleşme meydana getirmektedirler. Bu şekilde alacaklı ve borçlunun karşılıklı edimleri bakımından birbirinden değişik sözleşmelere ilişkin unsurlar bir araya toplanarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi ortaya çıkmış olmaktadır⁶³.

İsimsiz sözleşmeler ise, karma, birleşik ve sui generis sözleşmeler olarak kendi içerisinde ayrılmaktadır⁶⁴. Karma sözleşmeler öğretide başlıca dört ana grupta incelenmektedir. Bunlardan tarafların kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin asli edimleri karşılıklı olarak değiştirmeyi taahhüt ettikleri karma sözleşme çeşidi, “çift tipli karma sözleşme” olarak adlandırılmaktadır⁶⁵. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde tarafların edimleri arasında kanunda öngörülmemiş bir değişim ilişkisi söz konusudur. Bu kapsamda yüklenicinin inşaatı oluşturma ve arsa sahibinin belirli payları devretme edimleri birbirine bağlıdır. Biri olmadığında diğerrinin edimine de sonuç bağlanılamayacaktır⁶⁶. Böylelikle inşaat sözleşmesi eser sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını içermesi, taraf edimleri bakımından her iki sözleşmenin unsurlarını birleştirmiş olması bakımından çift tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁶⁷. Arsa sahibinin, arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümlerin devir borcunun karşılığını yüklenicinin eser (inşaat) meydana getirme borcu oluşturmaktadır. Tarafların karşılıklı iradeleri sonucu, kanunda yer alan bu iki farklı

⁶¹Sütçü, s. 38; Şenocak, s. 5.

⁶²Gümüş, s. 4.

⁶³Serkan Ayan, s. 40.

⁶⁴Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 69.

⁶⁵Yenipınar, s. 15; Erman, s. 5; Reisoğlu, s. 5.

⁶⁶Erman, s. 6.

⁶⁷Tandoğan, s.70.

sözleşmeye ilişkin edimler, kanunda öngörülme­yen bir biçimde birbirinin karşılığı haline getirilmiştir⁶⁸.

Yargıtay da arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerini eser ve taşınmaz satım sözleşmesinin unsurlarını taşıması nedeniyle ani edimli, karşılıklı ve karma nitelikte sözleşme olarak tanımlamıştır⁶⁹.

Karma sözleşmeler bakımından doktrinde genel kabul gören kıyas teorisine göre, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerine bu sözleşmeyi bir araya getiren eser sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesine yönelik hükümler doğrudan değil ancak kıyas yolu ile uygulanabilecektir. Bu hükümlerin uygulanması işin niteliğine uygun düşmez ya da uygulanacak bir hüküm bulunmazsa tarafların menfaatleri ve sözleşmenin amacı göz önünde bulundurularak hakkaniyete uygun olacak şekilde Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin uygulanması yoluna gidilecektir. Eğer bu şekilde çözüme ulaşılamıyorsa örf ve adet hukukuna bakılacak yine sonuç alınamazsa hakim tarafından TMK m. 1 uyarınca hukuk kuralı yaratılacaktır⁷⁰.

1.4.3. Ani-Sürekli Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Olma Niteliği

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri bakımından öğretide tartışmalı olan konulardan birisi de bu sözleşmelerin ani edimli mi olduğu yoksa sürekli borç ilişkisi mi doğurduğudur⁷¹. Borçlunun edimini bir defada, tek bir hareketle ifa etmesi durumunda bu tür edimlere ani edim, ifanın zamana yayılması, zaman içerisinde aralıksız ve sürekli bir davranışla meydana gelmesi halinde ise sürekli edim söz konusu olacaktır⁷².

Borç ilişkisinin sona ermesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerine bakıldığında genel olarak ani edimli borç ilişkileri düşünülerek hazırlanmış olduğu görülmektedir. Haliyle bu hükümler sürekli borç ilişkilerine uygulandığında birtakım problemler ile karşılaşmaktadır. Sözleşme ilişkisinde yüklenicinin borcunun sürekli

⁶⁸Çiğdem Kırcı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, 15 Aralık 2006, s. 75-99.

⁶⁹Y. 15. HD. T. 23.05.2019, 2018/5361 E. 2019/2479 K. ; “Eser sözleşmesinin bir türü olarak, eser sözleşmesinin unsurlarını taşımakla birlikte, taşınmaz satımını da içerdiğinden karma nitelikli bir akit olarak nitelemek mümkündür. Arsa sahibinin, arsayı devretme yüklenicinin ise eseri meydana getirme ve kararlaştırılan oranda bağımsız bölümü devretme edimi bulunmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin; ani edimli, karşılıklı, karma nitelikte bir sözleşme olarak kabul edebiliriz.” www.corpus.com.tr, e.t. 22.03.2021.

⁷⁰Tandoğan, s. 75; Zevkliler/Gökyayla, s. 21

⁷¹Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 2.Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021, s. 16.

⁷²Eren, Genel Hükümler, s.99-100; Leyla Müjde Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 46.

edim borcu mu, ani edim borcu mu ya da bu ikisinin karışımı bir borç mu olduğunu belirlemek ise, temerrüt nedeniyle arsa malikinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye etkili mi yoksa geriye etkili mi sonuç doğuracağını belirlenmesini sağlayacaktır. Bu anlamda ani edimli sözleşmelerin sona ermesi dönme niteliğinde olacak ve o zamana kadar yapılan edimler taraflara iade edilecektir⁷³. Zira sürekli edim borcu içeren sözleşmelerde esas itibarıyla dönme söz konusu olmayacak ancak haklı sebepler varsa sözleşmenin ileriye yönelik ortadan kaldırılması yani sözleşmenin feshi söz konusu olabilecektir⁷⁴.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, yüklenicinin asli edimi yapılacak binayı meydana getirmek ve meydana getirilen binayı arsa malikine teslim etmek olduğu için edim yükümlülüğünü, edim fiili ve edim sonucu oluşturmaktadır. Bu sebeple yüklenicinin borcunun, yalnızca eseri meydana getirip teslim etmek mi olduğu yoksa hazırlık fiilleri ve inşaatı zamana yayılmış bir şekilde belirli şekilde yapmanın da edim borcunun konusunu oluşturup oluşturmadığı noktasında doktrinde çeşitli tartışmalar bulunmaktadır⁷⁵.

Esasen doktrindeki farklı görüşlerin sebebi, yüklenicinin eseri meydana getirme faaliyetinin zamana yayılmış olmasından kaynaklanmaktadır⁷⁶. Başka bir ifadeyle, yüklenici meydana getireceği yapıyı ancak tamamladıktan sonra arsa sahibine teslim edebilecektir. Bu görüş ayrılıklarının ortaya çıkmasının temelinde, yüklenicinin hazırlık faaliyetlerinin belli bir zaman dilimini gerektirmesi yatmaktadır⁷⁷.

1.4.3.1. Ani Edimli Borç İlişkisi Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre; arsa sahibi açısından edimin yerine getirilmesi, yüklenicinin inşaatı bitirip teslim etmesi ile gerçekleşeceğinden yani teslim ile birlikte edim sonucu meydana geldiği için ani edimli bir borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Esasen burada bir edim fiili değil edim sonucu borçlanılmaktadır ki bu da yüklenicinin meydana getirdiği eseri iş sahibine teslimidir⁷⁸. Bu görüşü savunan yazarlar yüklenicinin yapıyı bitirme ve bağımsız bölümleri meydana getirme aşamasını ifaya yönelik olan hazırlık aşaması

⁷³ Aral/ Ayrancı, s. 314.

⁷⁴ İbrahim Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013, s. 54.

⁷⁵ Erman, s. 8-9; Öz, İnşaat, s. 13; Serkan Ayan, s. 41.

⁷⁶ Erman, s. 111.

⁷⁷ Öz, İnşaat, s. 13.

⁷⁸ Tandoğan, s. 147; Gümüş, s.3; Büyükay, s. 60.

olarak kabul etmektedir⁷⁹. Yüklenicinin tüm faaliyetlerine rağmen sonucun gerçekleşmemesi durumunda ifanın da gerçekleşmediğinin kabulü gerekmektedir. Bu nedenle yüklenici açısından sonuç olan teslim borcunun gerçekleşmemesi durumunda yüklenicinin edimini ifa ettiğinden bahsedilemeyecektir. Nitekim arsa sahibinin menfaati ifaya bağlıdır⁸⁰.

Bu durumda arsa sahibinin inşaat henüz tamamlanmadan ve teslim edilmeden arsa paylarını devretmesi halinde ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Sözleşmenin ani edimli olduğu görüşünü savunan yazarlara göre bu durumda, arsa sahibi tapu iptal ve tescil davası açabileceği gibi TBK m. 437/1 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir⁸¹. Yüklenici ise meydana getirmiş olduğu iş ve malzemenin değerini haksız zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir⁸².

Görüldüğü üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici inşaatı uzun bir zaman dilimi içerisinde yerine getirmekte ve teslimle birlikte arsa sahibi, yüklenicinin tek bir davranışıyla sözleşmeden umduğu menfaati elde etmektedir. Sözleşmede asıl olan, tarafların menfaatleri olduğundan arsa sahibinin menfaati, yüklenicinin bir defada yaptığı bir edimle gerçekleşmektedir⁸³. Başka bir deyişle bu görüşü savunan yazarlara göre yüklenicinin inşaatın tamamını teslimiyle edim yerine getirilmiş olduğundan sözleşmenin ani edimli sözleşme olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira yüklenici edim sonucunu oluşturan yapıyı tamamlamadıkça edimini ifa etmiş olmamaktadır. Yüklenicinin inşaatı teslimden önceki filleri arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati gerçekleştirmediğinden teslimden önceki bu filler ifa sayılmamakta ancak bu menfaati gerçekleştirmeye yönelik hazırlık filleri niteliği taşımaktadır⁸⁴.

Nitekim Yargıtay da “Bu sözleşme uyarınca karşı tarafın edimini talep eden tarafın kendi edimini yerine getirmiş olması gerekir.” demek suretiyle bu görüşü benimsemektedir⁸⁵.

⁷⁹Mustafa Duhan Demir, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 37; Erman, s. 8.

⁸⁰Öz, İnşaat, s. 18, Yavuz/Acar/Özen, s. 369; Serkan Ayan, s. 43.

⁸¹Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 497.

⁸²Kurşat, s. 764.

⁸³Öz, Dönme, s. 19.

⁸⁴Hüseyin Altaş, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 97-98.

⁸⁵Y. 23. HD. 14.03.2019 T. 2016/4330 E. ve 2019/1005 K.; “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen, ani edimli sözleşmelerdir. Bu sözleşme uyarınca karşı tarafın edimini talep eden tarafın kendi edimini yerine getirmiş olması gerekir. Somut olayda, davalı arsa sahiplerinin davacı yüklenici aleyhine geç teslimden kaynaklı tazminat davası açtıkları ve yargılamanın devam ettiği anlaşılmaktadır. olan bu davanın sonucu eldeki davayı etkileyecek mahiyettedir. Sözleşmenin geç ifasından kaynaklı tazminat talebinin kabul edilmesi halinde henüz ifanın tam olarak

1.4.3.2. Sürekli Edimli Borç İlişkisi Olduğu Görüşü

İfanın, belirli olan ya da olmayan bir zaman dilimi içerisinde devam eden bir süreçte yayılmış olması durumunda sürekli edimli borç ilişkisi söz konusu olacaktır⁸⁶. Sözleşmenin sürekli edimli olduğunu savunan görüşe göre yüklenici edimini zaman içerisinde meydana getirdiğinden dolayı bu sözleşmeler sürekli borç ilişkisi kurmaktadır. Yüklenici yapının teslimi dışında aynı zamanda yapının meydana getirilmesine yönelik faaliyetlerde bulunmayı da borçlanmıştır ki bu, yüklenicinin eseri teslim borcu haricinde asli edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır⁸⁷.

Doktrindeki bir görüşe göre; eser sözleşmelerinde bedel, tek başına teslim için değil aynı zamanda işin görülmesi ve devamı için de taahhüt edilmektedir. Bu nedenle işin görülmesine yönelik fiillerin ifa olarak değil de, ifaya hazırlık hareketi olarak kabul edilmesi doğru olmaz⁸⁸.

Bu görüşü savunan yazarlara göre; inşaatın geldiği seviye baz alınarak arsa paylarının devredildiği sözleşmelerde, sadece yapının teslimi değil aynı zamanda sürecin getirdiği iş görme ediminden kaynaklı olarak belirli bir faaliyette bulunarak inşaatın yapımı da taahhüt edilmektedir⁸⁹. Bu durum özellikle yüklenici açısından süreç içerisinde eseri meydana getirirken izlediği yol ve faaliyetlerin önem taşıması nedeniyle sürekli borç ilişkisi kurmaktadır. Aynı zamanda bütünleyici parça olarak sözleşmeye konu malzemenin mülkiyetinin arsa sahibine geçmesi de bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi niteliğini ortaya koyan diğer bir husustur⁹⁰. Uygulamada sıklıkla, inşaatın getirildiği seviyeye göre arsa payları kısım kısım yükleniciye devredilmekte veya en baştan üzerinde ipotek tesis edilerek yükleniciye verilmekte, daha sonra inşaatın tamamlanma aşamasına göre ipotekler kaldırılmaktadır⁹¹.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin sürekli edimli borç ilişkisi doğurduğu kabul edildiğinde, arsa sahibinin temerrüt sebebiyle sözleşmesi feshetmesi halinde

yerine getirildiğinden bahsedilemeyeceğinden davacının da arsa sahiplerinin edimini talep etmesi şimdilik mümkün olmayacaktır. Bu itibarla arsa sahipleri tarafından açılan davanın sonuçlanması beklenmeli, bu davanın kabulü sonuçlanması halinde eldeki davanın erken dava olduğundan bahisle reddine karar verilmeli, aksi halde yüklenicinin edimlerini tam olarak yerine getirdiği sonucuna varılacağından şimdiki gibi kabule karar verilmelidir. Bu hususlar nazara alınmadan yazılı şekilde yanılığın gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” www.corpus.com.tr., e.t.10.09.2021.

⁸⁶Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 17.

⁸⁷Serkan Ayan, s. 25.

⁸⁸Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 173.

⁸⁹Serozan, s. 173; Gümüş, s. 2.

⁹⁰Emrehan İnal, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXX, İstanbul 2012, s. 253.

⁹¹İnal, s. 254.

yüklenicinin temerrüt anına kadar meydana getirdiği bölüm varlığını koruyacaktır. Eğer yüklenicinin kendi kusurundan kaynaklı bir sebeple sözleşme feshedildiyse, yüklenici TBK 126.madde gereği müspet zararını isteyemeyecek; fakat arsa sahibinin kusurundan kaynaklı bir sebeple sözleşme feshedildiyse yüklenici müspet zararını talep edebilecektir⁹². Zira inşaatın belli bir seviyeye getirildikten sonra geriye dönük etki yaratacak şekilde feshedilmesi haksız sonuçlara yol açabilecektir. Bu durumun önlenbilmesi için sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshedilmesi gerekir⁹³. Yargıtay'ın birçok kararında sözleşmenin feshinin ileriye etkili olabilmesi için inşaat seviyesinin en az %90 oranında meydana getirilmiş olması gerektiği şartını aradığını görmekteyiz⁹⁴.

1.4.3.3. Karma Görüş

Karma görüşe göre; bu sözleşme temelde ani edimli borç ilişkisi doğurmakla birlikte yüklenicinin ediminin uzun bir zamana yayılmış olması ve inşaatın durumuna göre arsa paylarının peyderpey devredilmesi nedeniyle karma bir nitelik taşıdığı ve yüklenicinin yapıyı tamamlama faaliyetlerinin ifaya hazırlık olarak değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun olmadığı bu nedenle sürekli edim borcu doğuran sözleşmelere özgü ilkelerin de uygulanması gerektiği kabul edilmelidir⁹⁵.

Bu sözleşmeler niteliği gereği, ifaya hazırlık aşamaları ve yapının oluşturulması açısından bazı hallerde teslimden önce dahi karşılıklı ifaları içerdiğinden karma bir nitelik taşımaktadır. Bu münasebetle hakkaniyet gereken durumlarda sürekli borç ilişkisine yönelik kurallar uygulanmalıdır⁹⁶.

⁹²Sütçü, s. 34; Serozan, s. 166.

⁹³Cengiz/Cengiz, s. 34.

⁹⁴Y. 15. HD. E.2011/192, K.2011/3284, T.02.06.2011: "Kural olarak BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kısmi ifadan söz edilemez ise de, 25.01.1984 gün ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında, müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın BK'nın 106-108. maddelerine göre çözümleneceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur.", Y. 23. HD. E.2016/6059, K.2020/1489, T.04.03.2020 : "25.01.1984 tarihli ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK'nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydı ile gerek Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Dairemizin, gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında belirtildiği gibi, inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaştığı dikkate alındığında ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalıdır.", www.corpus.com.tr, e.t. 05.02.2022.

⁹⁵Serkan Ayan, s.27.

⁹⁶Eren, Özel Hükümler, s.213.

Yargıtay'ın 1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da bu sözleşmelerin hem geçici hem de sürekli bir özellik taşıdığı ifade edilmiştir⁹⁷.

Esasen bu nitelendirme, inşaatın tamamlanma oranının yüksek bir seviyeye ulaşmış olması halinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak mı yoksa ileriye etkili olarak mı ortadan kalkacağına yöneliktir. Yargıtay ilgili kararında, kural olarak sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğini, ancak yüklenicinin edim borcunun niteliği, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin eser sözleşmesinin bir çeşidi olarak kabul edilmesi ve kanunda da eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin sürekli borç ilişkisine özgü kuralları içermesi nedeniyle sürekli borç ilişkisine yönelik kuralların da dikkate alınması lazım geldiğini belirtmiştir. Kural olarak uyuşmazlık TBK m.106-108 hükümleri çerçevesinde çözümlenmeli ancak her olay kendi içerisinde ele alınarak, hakkaniyet ilkesi gereği somut olayın niteliği ve durumun haklı gösterdiği hallerde TMK m.2 gereği sözleşmenin sona ermesi, ileriye etkili olarak sonuç doğurabilmelidir⁹⁸. Bu halde karma görüş esas alındığında hakkaniyet gereği sözleşme ileriye etkili olarak sona erecek ve meydana getirilmiş kısım varlığını koruyacaktır⁹⁹.

Kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapısına karma görüş daha uygun olacaktır. Esasen arsa sahibi ancak yüklenicinin yapıyı teslim borcunu ifa etmesi halinde tam anlamıyla sözleşmeden elde etmeyi amaçladığı faydayı elde etmiş sayılacaktır. Bu yönüyle sözleşme temelde ani edimli yapıdadır. Ancak her somut olayın özelliğine göre özellikle inşaatın büyük oranda tamamlanmış olması halinde o zamana kadar yapılmış faaliyetlerin hazırlık faaliyeti olarak değerlendirilmesi taraflar arasındaki menfaat dengesini bozarak hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edebilecektir. Bu nedenle de sözleşmenin sona ermesi bakımından sürekli edimli sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması ve böylelikle sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi yüklenicinin hak kaybına uğramasını ve hakkaniyete aykırı bir duruma düşmesini engelleyecektir.

⁹⁷YİBK E.1983/3, K.1984/1, T. 25.1.1984: "İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "anî edimli", sözleşmeler gurubunda mütalâa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır." <https://www.lexpera.com.tr>, e.t: 11.10.2021.

⁹⁸Kırmızı, s. 628.

⁹⁹Erman, s. 9.

1.4.4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olma Niteliği

Ayni haklar mahiyetlerine göre mutlak ve nispi olarak ikiye ayrılmaktadır. Herkese karşı talep edilip ileri sürülebilen bu nedenle de herkesin uymakla yükümlü bulunduğu haklar mutlak, sadece bir hukuki ilişkiye dayanarak belli kişi veya kişilere karşı ileri sürülebilen haklar ise nispi hak olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁰.

Kural olarak kişisel haklar, nispi ilkesi gereğince yalnızca o hakkın borçlusuna karşı ileri sürülebilmekte ise de şerh ile herkese karşı ileri sürülebilir hale gelecektir¹⁰¹. Ancak bir kişisel hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesi o hakka, ayni hak niteliği kazandırmaz. Şerhle birlikte ilgili hak, sadece sonradan taşınmaz üzerinde hak kazanan kişilere karşı ileri sürülebilir hale gelir¹⁰². Bir kişisel hakkın etkisinin kuvvetlenmesinin o hakkın niteliğini değiştirmeyeceğini ve onu ayni hakka dönüştürmeyeceğini dolayısıyla da ayni talep sağlamayacağını İsviçre’de ilk olarak açıkça ortaya koyan Prof. Guhl olmuştur¹⁰³.

Esasen doktrinde genel olarak şerhin, munzam etki ve eşyaya bağlı borç yaratması olmak üzere iki fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir. Eşyaya bağlı borçlar, bir kişiye bir eşyaya malik olması nedeniyle yükümlülük yükleyen borçlardır¹⁰⁴. Şerhten sonra o taşınmaza malik olan her bir kişi, kendi mülkiyeti esnasında bu haktan doğan borçları ifa etme yükümlülüğü altına girmektedir¹⁰⁵. Şerhin munzam etkisi sayesinde ise hak sahibi, şerhten sonra taşınmazda sınırlı ayni hak veya kişisel hak elde eden hak sahiplerine karşı bu hakların bertaraf edilmesini isteyebilecektir¹⁰⁶.

Şerhle birlikte taşınmazdaki mülkiyetin devrine yönelik alacak hakkı, taşınmazda daha sonradan hak kazanacak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. Burada şerh edilecek kişisel hak, yüklenicinin, arsa üzerindeki belli orandaki mülkiyetin payının devrine yönelik alacak hakkıdır¹⁰⁷.

¹⁰⁰Mustafa Dural ve Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 16.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 132.

¹⁰¹Kırmızı, s. 628.

¹⁰²Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 11.Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2014, s.170.

¹⁰³Theo Guhl, Persönliche Rechte mit verstaerkter Wirkung (Festgabe der jur. Fakultät für das Schweiz. Bundesgericht S. 93-178), Bem 1924, s. 120 naklen Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 14.Baskı, İstanbul 2011, Filiz Kitabevi, s.18, dip not 59.

¹⁰⁴Kemal Oğuzman, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.31, S.1-4, İstanbul 2011, s. 6.

¹⁰⁵Ertaş, s. 170.

¹⁰⁶Öz, İnşaat, s.100.

¹⁰⁷Sarı, s. 285.

Şerhin etkisi sayesinde yeni malik, yüklenici ile önceki malik arasındaki sözleşmenin tarafı haline gelecektir¹⁰⁸. Bu durumda kendi edimini ifa eden yüklenici, önceki malik ile arasında yapılan sözleşme gereği belirlenen arsa paylarının devrini yeni malikten talep edebilecektir¹⁰⁹.

Kural olarak bir kişisel hakkın tapu kütüğüne şerh edilebilmesi için; o kişisel hakkın tapu kütüğüne şerh edilebileceğine ilişkin açık bir yasal düzenlemenin mevcudiyeti, ilgili kişisel hakkın doğumuna vücut veren tarafların şerh anlaşması yapması ve son olarak taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişinin şerh talebinde bulunması gerekmektedir¹¹⁰. TMK m. 1009/1 da tapuya şerh edilebilecek kişisel haklar arasında arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri açıkça sayılmıştır. TMK m.706 uyarınca yapılacak inşaat sözleşmesinin geçerliliği tapu sicili nezdinde düzenlenmesine bağlı olduğundan bu durumda şerh anlaşmasının da tapu sicili nezdinde yapılması gerekmekte birlikte uygulamada bu pek tercih edilmemektedir. Uygulamada karşımıza çıkan durum arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile birlikte noterde düzenleme şeklinde yapılmasıdır¹¹¹.

Tapu Kanunu ve Tapu Sicil Tüzüğünde yapılan değişikliklerden önce arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin bu ad altında tapuya şerhi yapılamadığından uygulamada, satış vaadi tabiri kullanılarak taşınmaz satış vaadi şeklinde arsa payı karşılığı inşaat adı altında yapıldığı görülmektedir. Burada esasen sözleşme satış vaadi gibi gösterilerek bir satış bedeli belirlenmekte ve bu şekilde tapuya şerhi sağlanmakta, aynı zamanda yüklenicinin kendisine bırakılan belirli paylara istinaden ödemesi gereken bedel borcu olarak da taşınmaz üzerinde inşaat meydana getireceğine ilişkin hüküm konulmaktaydı¹¹². Ancak 2001 yılında kabul edilen TMK'nun 1009.maddesi ve 2009 yılında Tapu Kanunu'nun 26. maddesinde yapılan değişikliklerle birlikte sözleşmenin tapuya şerh verilmesi yasal dayanağa kavuşmuş oldu¹¹³.

¹⁰⁸Erman, s. 10.

¹⁰⁹Onur Altınkan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 63.

¹¹⁰Suat Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.64, S.2, s. 278.

¹¹¹Sarı, s. 288.

¹¹²Etem Saba Özmen ve Tuba Akçura Karaman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, İstanbul 2013, s. 49.

¹¹³Özmen/Karaman, s. 66.

1.5. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları

Sözleşme, yüklenici ve arsa sahibi olmak üzere iki taraftan oluşmaktadır. Taraflar, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹¹⁴.

Arsa sahibi, üzerine yapı yapılacak alanın maliki olup yapının yapılabilmesi için taahhüt edilen payların yükleniciye devrini üstlenen kişidir¹¹⁵.

Arsa sahibinin, malik olma zorunluluğu bulunmamaktadır. TMK m.726 gereğince arsa üzerinde üst hakkı bulunan kişi de inşaat sözleşmesinin tarafı olabilir¹¹⁶. Arsa sahibi tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir¹¹⁷. Arsa üzerinde birden fazla kişinin malik olması halinde, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti söz konusu olacaktır¹¹⁸. Elbirliği halinde mülkiyet veya paylı mülkiyetin bulunduğu durumlarda sözleşmenin kurulabilmesi için arsa sahibi olan kişilerin oybirliğinin sağlanması gerekmektedir¹¹⁹. Ayrıca, arsa sahibinin kısıtlı olması veya birden çok arsa sahibinin olduğu durumlarda bunlardan birisinin kısıtlı olması halinde, vasinin izni tek başına yeterli olmayıp, TMK m.462/3 gereğince vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin de izin vermesi gerekmektedir¹²⁰.

Yüklenici ise, sözleşme ile belirlenen yapıyı meydana getirme ve bitirilen yapıyı arsa sahibine teslim etme yükümlülüğü olan kişi olarak tanımlanabilir¹²¹. İnşaat sözleşmelerinde yükleniciler işin tamamını yapmayı üstlenebilecekleri gibi, bir kısmının yapım işini de üstlenebilirler¹²². Bu itibarla işin tamamını üstlenen yüklenici “genel

¹¹⁴Kırmızı, s. 106.

¹¹⁵İlker Hasan Duman, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2021, Seçkin Yayıncılık, s. 162.

¹¹⁶Gür, s. 23.

¹¹⁷Erman, s. 1.

¹¹⁸Duman, s. 31.

¹¹⁹Efrail Aydemir, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2016, Seçkin Yayıncılık, s. 127.

¹²⁰Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 494; Y. 15. HD. T.19.01.2021, E.2020/1989, K.2021/96, “Sözleşme, paydaş olunan arsa üzerinde kat karşılığı inşaat yapılmasına ilişkin olup, olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapım işlerine ilişkin olduğu ve aksinin kararlaştırıldığı ileri sürülüp kanıtlanmadığından geçerliliği tüm paydaşların kabulüne bağlı olduğu gibi, paydaşlarında sözleşme tarihinde gerekli ehliyet sahibi olması gerektiği izahtan varestedir. Dosyanın incelenmesinde, sözleşmeye konu taşınmazın hissedarlarından olan ...’in ... Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 03.07.2008 tarih ve 2008/600 Esas, 2008/581 Karar sayılı ilamı ile kısıtlandığı ve kendisine vasi tayin edildiği anlaşılmaktadır. Arsa sahibinin kısıtlı olmasına rağmen şahsen verilen ... 2. Noterliği’nin 17.05.2012 tarih ve 3678 yevmiye nolu Düzenleme Şeklinde Vekâletnamesi ile ...’in vekil tayin edildiği ve kısıtlının bu vekâletname aracılığıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine taraf olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda sözleşmede vasisinin izninin bulunmaması halinde, yasal hak ve ehliyet sahibi olan tüm hissedarların sözleşmede yer almaması nedeniyle sözleşmenin baştan beri geçersiz olması söz konusu olabilecektir.”, www.corpus.com.tr, e.t.02.04.2022.

¹²¹Erman, s.3.

¹²²Theodor Bühler, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band V/2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Zürich 1998, Art. 363, N.117 naklen Pakize Ezgi Akbulut, “Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu”, İÜHFD, C.85,S. 99, Malatya 2020, s. 86.

yüklenici” adı ile anılır. Genel yüklenicinin vazifesi inşaatın yalnızca yapımı ile sınırlıdır. Örneğin planın yapılması ya da projenin hazırlanması gibi işler arsa sahibi tarafından yürütülür. Bu kapsamda genel yüklenici gerekirse inşaatın yapımının tamamını ya da belli kısımlarının yapımını alt yükleniciye verebilir¹²³.

Plan ve proje uygulamalarının da yüklenici tarafından yerine getirilmesinde sakınca bulunmamakla birlikte plan ve projelerin hazırlanmasını da üstlenen yüklenici ise “tam yüklenici” veya “total yüklenici” adıyla anılır. Total ya da tam yüklenici olarak sorumluluk halinde yüklenici, sadece inşaatın yürütülmesinden değil yapının tamamına ilişkin plan ve proje faaliyetlerinden de sorumlu bulunmaktadır¹²⁴.

İş sahibinin işi kısımlara bölerek yaptırması halinde ise kısmi yüklenici kavramı ortaya çıkar. Kısmi yüklenici kavramı inşaat sözleşmelerinde en çok karşımıza çıkan yüklenici türüdür¹²⁵. Örneğin bir apartmanın inşaatı için ayrı, apartmanın garajının inşaatı için ayrı yüklenici ile akdi ilişki kurmak mümkündür. Ya da inşaatın elektrik ve su işlerinin başka bir yüklenici tarafından üstlenilmesi mümkündür. Kısmi yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşme de eser sözleşmesi niteliğinde olup arsa sahibi kısmi yüklenici ile anlaşma yapabileceği gibi başka bir yüklenici örneğin genel yüklenici de anlaşma yapabilir¹²⁶.

Birden fazla kısmi yüklenicinin inşası devam eden bir yapıda aynı anda faaliyet göstermesi halinde ise bu yükleniciler birbirlerinin yan yüklenicisi olur. Yüklenicilerin bu işi aynı anda değil de öncelik sonralık ilişkisi içinde devam ettirmeleri halinde ise ön yüklenici ve ard yüklenici olarak adlandırılırlar¹²⁷.

Yüklenicinin üstlendiği işin belirli kısımlarının yapımını başka yüklenicilere bırakması halinde alt yüklenici kavramı ortaya çıkar¹²⁸. TBK m.83 hükmüne işin bizzat borçlu tarafından yapılmasında alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, şahsen ifa ile yükümlü değildir. Bu hüküm uyarınca kural olarak her türlü borç bakımından borçlu yerine, üçüncü bir kişi ifada bulunabilir¹²⁹. Ancak TBK m.473/III’te ise bazı eser

¹²³Eren, Özel Hükümler, s. 2070; Akbulut, s. 87.

¹²⁴Serkan Ayan, s.27; Gümüş, s. 8; Eren, Özel Hükümler, s. 2072.

¹²⁵Eren, Özel Hükümler, s. 2070; Gümüş, s. 8.

¹²⁶Alfred Koller, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationrecht, Band/Nr. VI/2/3/1, der Werkvertrag Art. 363-366 OR, Bern 1998, n. 205 naklen Akbulut s. 87, Eren, Özel Hükümler, s. 2070.

¹²⁷Serkan Ayan, s.27-28; Gümüş, s. 8.

¹²⁸Erman, s. 8.

¹²⁹Mehmet Özgür Avcı, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.3, İstanbul 2016, s. 304.

sözleşmelerinin borçlunun kişiliğine bağlı olmasından kaynaklı yüklenicinin borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmiştir¹³⁰.

TBK m.471/III. fıkrası uyarınca, eserin yapımında yüklenicinin şahsi beceri ve özellikleri önem arz etmiyorsa iş başkasına da yaptırılabilirliğinden, özellikle inşaat işlerinde yardımcı kişiler ve alt yükleniciden pek çok aşamada faydalanılmaktadır¹³¹.

Yüklenicinin inşaatı kendi gözetimi altında tamamlama borcu, yapılan inşaatla sınırlı olacak şekilde, bilgi düzeyi ve nitelik olarak gerekli ve yeterli miktardaki çalışanın teminini, bu çalışanlar arasında işin bölüştürülmesini ve gözetim yükümlülüğüne uygun olacak şekilde gerekli talimatların verilmesini ve denetlenmesini gerektirmektedir¹³². Yüklenicinin üstlenilen işi, kendi denetim ve yönetimi altında olan yardımcı elemanlara yaptırması durumunda iş, asıl yüklenici tarafından yapılmış sayılır¹³³.

Yüklenicinin bu şekilde inşaatı kendi gözetiminde başka kişilere yaptırma borcunu ihlal etmesinden kaynaklanan sorumluluğu, kendi fiil ve kusuruna dayanan doğrudan bir sorumluluktur. Yüklenici bu sorumluluğunu gereği gibi yerine getirmedğinde, zarara uğrayan arsa malikine karşı TBK m. 112 vd. hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen yüklenicinin kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekmektedir¹³⁴.

Yüklenici, yapının yapılması aşamasında seçtiği yardımcı kişilerin kendilerine bırakılan işi istenilen şekilde yerine getirmemeleri sebebiyle iş sahibinin uğradığı zararlardan TBK m. 116 uyarınca sorumludur. Bu sorumluluk, yüklenicinin binayı kendi denetiminde yaptırma borcunun ihlalinden kaynaklanan sorumluluğundan farklı olup, bu borcunu yüklenici ihlal etmemiş olsa bile, yardımcı kişilerin arsa malikine vermiş oldukları zarardan sorumludur. Bu nedenle yüklenici, inşaatta çalışacak personelin seçiminde, denetiminde ve onlara talimat vermede kusuru olmadığını ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamaz¹³⁵.

Yüklenici, arsa sahibinin rızasıyla ya da işin özelliği başkası tarafından yapılmasına müsait ise yüklendiği işi kısmen ya da tamamen kendisine bağlı olmayan bağımsız bir alt yükleniciye devredebilir¹³⁶. Alt yüklenicinin Fransızca karşılığı “tâcheron” olup

¹³⁰Aral/Ayrancı, s. 324; Yavuz/Acar/Özen, s. 446.

¹³¹Zevkliler/ Gökyayla, s. 534.

¹³²Ahmet Mithat Kılıçoğlu, “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 1, 1975, s. 190; Tandoğan, s. 71.

¹³³Zevkliler/Gökyayla, s. 499, Öz, İnşaat, s. 124; Gümüş, s. 11.

¹³⁴M. Avcı, s. 309; Tandoğan, s. 76; Zevkliler/ Gökyayla, s. 501; Yavuz/Acar/Özen, s. 447.

¹³⁵Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 192; Akbulut, s. 91.

¹³⁶Yavuz/Acar/Özen, s. 449; Kırmızı, s. 125; Halil Akkanat, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik Sözleşmesi), Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 8.

uygulamada alt yüklenici terimi yerine “taşeron” teriminin de kullanıldığı görülmektedir¹³⁷.

İlk yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişki, ilk yüklenici tarafından kendi ad ve hesabına yapılan alt yüklenicilik sözleşmesine dayanır¹³⁸. Alt yüklenici belirli bir ücret karşılığında bu sözleşmenin konusunu oluşturan eseri meydana getirip ilk yükleniciye devretmekle yükümlüdür¹³⁹. Bu sebeple alt yüklenici, eser ayıplı ise ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre ilk yükleniciye karşı sorumlu olacaktır¹⁴⁰. Alt yüklenicinin ilk yüklenici ile yapmış olduğu sözleşme hükümlerine uymaması sebebiyle ilk yüklenici, arsa sahibine karşı edim borcunu yerine getiremez ve bu sebeple sorumluluğu doğarsa, uğramış olduğu zararların giderilmesini alt yükleniciden talep edebilir¹⁴¹.

Arsa maliki ile alt yüklenici arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayıp kural olarak arsa sahibinin, alt yükleniciye karşı edimin ifasını talep etme ve ona bu hususta talimat verme yetkisi yoktur¹⁴². Arsa sahibinin, alt yükleniciye karşı koşulları varsa yalnızca haksız fiil hükümlerine göre bir talep hakkı olabilir¹⁴³.

Kural olarak arsa sahibi ile alt yüklenici arasında bir talep hakkı bulunmasa da, bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur. Bunlardan ilki; ilk yüklenici ve alt yüklenici arasında akdedilen sözleşmenin, arsa sahibi lehine yapılan gerçek (tam) üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olmasıdır. Bu halde arsa sahibi alt yükleniciye karşı gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerinden doğan talepleri ileri sürebilir¹⁴⁴. Diğer istisnai hal ise; alt yüklenicinin kendisine bırakılan işleri tam ve zamanında yapacağına ilişkin arsa sahibine taahhütte bulunmasıdır¹⁴⁵. Alt yüklenicinin arsa sahibine karşı böyle bir taahhütte bulunduğu hallerde, örneğin alt yüklenici eseri ayıpsız olarak teslim edeceğine

¹³⁷Tandoğan, s. 77; Kırmızı, s. 126; Zevkliler/Gökyayla, s.540.

¹³⁸Aral/Ayrancı, s. 328; Kurt, s. 59.

¹³⁹Yavuz/Acar/Özen, s. 449; Akbulut, s. 92; Akkanat, s. 10.

¹⁴⁰Eren, Özel Hükümler, s. 606; Tandoğan, s. 82; Aral/Ayrancı, s. 327.

¹⁴¹Tandoğan, s. 84; Yavuz/Acar/Özen, s. 450; Yusuf Büyükkay, Eser Sözleşmesi, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 77-78.

¹⁴²M. Avcı, s. 316; Tandoğan, s. 84; Kırmızı, s. 126; Y. 15. HD. T.10.09.2019, E.2018/3520, K.2019/3407, “...davacı alt taşeron ile davalı taşeron K... A.Ş. arasında düzenlenmiş tarihsiz sözleşme bulunmasına rağmen davacı alt taşeron ile iş sahibi arasında herhangi bir yazılı sözleşme bulunmadığı gibi davacı ile davalı iş sahibi arasında akdi ilişki kurulduğu davacı tarafından ispatlanamamıştır”, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.01.04.2022.

¹⁴³Aral/Ayrancı, s. 373.

¹⁴⁴Tandoğan, s. 85; Avcı, s. 316; Akbulut, s. 96.

¹⁴⁵Aral/Ayrancı, s. 374; Yavuz/Acar/Özen, s. 982.

ilişkin taahhütte bulunmuş olabilir, arsa sahibi aralarındaki bu sözleşme ilişkisine dayanarak alt yükleniciden talepte bulunabilir¹⁴⁶.

Bu iki taraf arasında sözleşme ilişkisi olmamasının başka bir sonucu ise arsa sahibinin alt yükleniciye ücret ödemek zorunda olmamasıdır. Bu durumda alt yüklenici, yaptığı işlerden doğan ücret alacağını asıl yükleniciye karşı ileri sürebilecektir¹⁴⁷. Alt yükleniciye verilen ücretin düşük olmasının ya da asıl yüklenicinin ödeme gücünü kaybetmesinin, arsa sahibini sorumlu tutamama açısından bir etkisi yoktur¹⁴⁸.

Ancak alt yüklenici, ilk yükleniciden olan ücret alacağından kaynaklı arsa sahibine karşı kanuni ipotek hakkını kullanabilir ve bunun tescilini talep edebilir. TMK m. 893/b.3 ve m. 895 uyarınca, bir taşınmaz üzerinde inşa edilen yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış alt yüklenici ve zanaatkarlar, sarf ettikleri emek ve malzeme karşılığı malik veya yükleniciden kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler¹⁴⁹. Bu hakkın kullanılabilmesi için arsa sahibi ile alt yüklenici arasında akdi bir ilişkinin varlığına gerek olmamakla birlikte, alt yüklenicinin alt yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan inşa işlerini sözleşmeye uygun olarak yapması yeterlidir¹⁵⁰. Ancak arsa malikinin kamu tüzel kişisi olması durumunda ve taşınmazın kamu malı olması halinde kanuni ipotek hakkı kullanılamaz¹⁵¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı, asıl yükleniciye ilerde devri yapılacak paylar üzerinde olduğundan ipoteğin bu paylara ilişkin olarak tescilinin yapılması gerekir. Fakat asıl yüklenicinin işi yarım bırakması ya da arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda alt yüklenici, asıl yükleniciden olan ücret alacağı için yine taşınmaz üzerine kanuni ipotek tescil ettirebilir¹⁵². Arsa sahibi bu durumda taşınmazını, alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkından kurtarmak için alt yükleniciye ücret alacağını öderse, onun haklarına halef

¹⁴⁶Aral/Ayrancı, s. 373-374; Tandoğan, s. 84- 85.

¹⁴⁷Gümüş, s. 14; Tandoğan, s. 88; Yavuz/Acar/Özen, s. 449.

¹⁴⁸Avcı, s. 316; Tandoğan, s. 88.

¹⁴⁹Zevkliler/Gökyayla, s. 540; Akkanat, s.282; Y. 15. HD. T.16.06.2021, E.2020/1844, K.2021/2753; “Yüklenici ipoteği, tescile tabi kanuni ipoteklerdendir (TMY md. 893/III). Yüklenici ipoteklerinin tescilinde tapu kütüğünün rehin haklarına ait düşünceler kısmında “inşaatçı ipoteği olduğu belirtilmektedir (TST md. 35). Yüklenicinin kanuni ipotek hakları, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışmayı veya malzeme vermeyi üstlendiği andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir. Tescil talebinde de yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir (TMK md. 895/I,II). Bu süre, hak düşürücü nitelikte olup, üç ayın sonunda tescil isteme hakkı düşer. Ancak tescilin yapılması için alacağın taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır (TMK Md. 895/III).” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.01.04.2022.

¹⁵⁰M. Avcı, s. 316.

¹⁵¹Eren, Özel Hükümler, s. 2090; Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi de iş sahibinin kamu tüzel kişisi olduğu ve eserin kamu malı sayıldığı hallerde alt yüklenicinin veya yüklenicinin kanuni ipotek hakkının tescilinin istenemeyeceği yönünde karar vermiştir, BGE 108 II 305, www.bger.ch, e.t.01.04.2022.

¹⁵²Erman, s. 48.

olur. Halef sıfatıyla ilk yükleniciden ödemiş olduğu bedeli kendisine ödemesini isteyebilir ya da ilk yüklenicinin kendisinden olan bir alacağı ile takas edebilir¹⁵³.

Burada değinilmesi gereken diğer bir husus da birden çok yüklenicinin inşaat işlerini birlikte üstlenmesidir. Birden çok yüklenici büyük yapı işlerinin yapılmasını birlikte üstlenmek üzere adı ortaklık kurarlar¹⁵⁴. Uygulamada buna joint venture ya da yükleniciler konsorsiyumu denilmektedir¹⁵⁵. Bu ortaklıkların ortakları gerçek veya tüzel kişi olabilir¹⁵⁶.

Bu sözleşmelerde konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişiler, yüklenici olarak eser sözleşmesinin tarafını oluşturmaktadır. Bu husus alt yükleniciyi konsorsiyumdan ayırmaktadır çünkü alt yüklenici sözleşmesini ilk yüklenici yapmakta olup kural olarak arsa sahibi ile bir anlaşması bulunmamaktadır¹⁵⁷.

İş ortaklığı olarak kabul edilen konsorsiyumların tüzel kişiliği olmayıp adi ortaklıktır. Bu sebeple TBK'nun adi ortaklığı düzenleyen hükümlerine tabidirler. Bu ortaklıklar belli bir işin tamamının birlikte yapılmasını taahhüt etmektedirler¹⁵⁸.

Konsorsiyum ortaklarından birisi arsa sahibi ile olan sözleşmesine aykırı davranırsa, diğerleri bu eylemden dolayı müteselsilen sorumlu olurlar zira sözleşmenin ifası bakımından her biri TBK m. 166 uyarınca diğerinin yardımcısı sayılmaktadır¹⁵⁹.

1.6.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekle Bağlılığı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, içerisinde taşınmaz satım ve eser sözleşmesinin özelliklerini ihtiva eden karma yapıda bir sözleşme olduğundan şekil meselesinin de bu

¹⁵³Tandoğan, s. 95, Eren, Özel Hükümler, s. 614.

¹⁵⁴Kırmızı, s. 128.

¹⁵⁵Turan Şahin, Konsorsiyum Sözleşmesi, TBB Dergisi, S.92, 2011, s.458.

¹⁵⁶İlker Hasan Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 23.

¹⁵⁷Tandoğan, s. 97; Kırmızı, s. 130.

¹⁵⁸Yavuz/Acar/Özen, s. 448; Şahin, Konsorsiyum, s. 458; Y. 12. HD. T. 27.05.2014, E.2014/12436, K.2014/15031; İki veya daha fazla işletmenin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortaklığın (Joint Venture'nin) tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti yoktur. Ortaklar, ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm varlıklarıyla sorumludurlar.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 02.04.2022.

¹⁵⁹Turgut Uygur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 2151; Tandoğan, s. 99; YHGK T. 01.06.2021, E.2018/167, K.2021/644; “Adi ortakların, ortaklık çerçevesinde borçlanmaları TBK'nın 638. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Her bir ortak ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçtan şahsen, sınırsız ve müteselsilen sorumludur. Bunun aksi de kararlaştırılabilir. Müteselsil sorumluluğun bulunduğu durumda ise TBK'nın 163. maddesinin 1. fıkrası gereğince alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Bunun sonucu olarak adi ortaklığın alacaklısı alacağını doğrudan ortaklardan da isteyebilir. Bu durumda adi ortaklığın alacaklısının sadece ortağın tasfiye payına gidebileceği anlamı çıkmamaktadır. Aksinin kabulü müteselsil sorumluluk hükümlerine aykırı olur.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 02.04.2022.

sözleşmeleri oluşturan edimler açısından incelenmesi gerekir¹⁶⁰. Karma sözleşmelerde şekil, unsurlarını meydana getiren sözleşmelere göre belirlenir¹⁶¹.

Bu sözleşmede yüklenicinin borcu yapıyı meydana getirip arsanın malikine teslim etmek, bunun karşılığında arsa malikinin borcu da bedel olarak kararlaştırılan arsa paylarını yükleniciye devretmektir. Burada bir tarafta şekil kurallarına tabi olmayan diğer tarafta ise resmi biçimde yapılması gereken iki sözleşme iç içe girmiş vaziyettedir¹⁶². Yüklenicinin yapıyı meydana getirip teslim etmesine ilişkin eser sözleşmesi bakımından kanunlarımızda kural olarak şekil şartı öngörülmemişken, arsa sahibinin arsa paylarını devretme borcu bakımından taşınmaz satış sözleşmesi TMK m. 706, TBK m.237 ve Tapu Kanunu m. 26 hükümleri gereği resmi şekle tabidir¹⁶³. Görüldüğü üzere taraflardan birinin edimi şekle bağlı kılındığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de kanunun öngördüğü resmi şekilde yapılması gerekmektedir¹⁶⁴. Bu sözleşmelerin karma sözleşme niteliğinde olması, yüklenicinin eseri meydana getirme taahhüdünün, arsa sahibinin taşınmazın devri taahhüdünün karşılığı olması sebebiyle, aynı şekil kapsamında düzenlenmesi gerekir. Bir başka anlatımla, ancak bu şekil şartına uygun olarak yapılırsa geçerli olacaktır¹⁶⁵. Burada kastedilen şekil geçerlilik şekli olup, kanunun emredici kuralından yola çıkarak bu resmi şekle aykırı olarak yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağını söyleyebiliriz¹⁶⁶.

TMK m. 706; taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmelerin geçerliliğinin resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamış ancak bu resmi şekle kim tarafından vücut verileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir¹⁶⁷. Tapu Kanunu m.1 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmeler ile sınırlı aynı haklara ilişkin sözleşmelerde tapu müdürlükleri yetkili kılınmıştır. Fakat arsa sahibi kendi edimini yani

¹⁶⁰Özmen/Karaman, s. 53.

¹⁶¹M. Turgut Öz, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 500.

¹⁶²Kırmızı, s. 633.

¹⁶³Erman, s. 15.

¹⁶⁴Fikret Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri” (İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Hukukçular İçin Ortak Seminer-Ankara 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001, s.57; Erman, s. 17.

¹⁶⁵Serkan Ayan, s. 15.

¹⁶⁶Kırmızı, s.633; YHGK. E.2012/13-592, K.2013/65, T.16.01.2013; “Eser sözleşmeleri kural olarak hiçbir şekle bağlı değildir. Sözlü olarak yapılabileceği gibi, adi yazılı veya resmi biçimde de yapılabilir. Şekil, bir geçerlilik şartı olmayıp ispat koşuludur. Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise özelliği olan bir karma sözleşme tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç içedir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde düzenleme biçiminde yapılması gerekmektedir. Burada şekil, geçerlilik şartıdır. Emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir.” www.corpus.com.tr., e.t.14.02.2022.

¹⁶⁷Özmen/Karaman, s.54.

arsa paylarını devretme borcunu, bağımsız bölümlerin tamamı kendisine teslim edildikten sonra yerine getirecekse sözleşme, taşınmaz satış vaadine ilişkin unsurlar taşıyacak olup bu durumda Noterlik Kanunu uyarınca noterler tarafından düzenlenebilecektir¹⁶⁸. Başka bir deyişle; taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin taahhüt içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin vade ve koşula bağlı olarak yapılabilmesi için noterde ön sözleşme şeklinde yapılabilecektir¹⁶⁹. Nitekim tapu daireleri kullandıkları matbu belgelerle, taşınmaza yönelik aynı hak kurulmasına ilişkin sözleşmelerin vade ya da şarta bağlı olarak yapılmasına imkan vermemektedir. Uygulamada da tapu dairelerinin yaratmış olduğu bu fiili durumun aşılması için mülkiyeti devir taahhüdü içeren ön sözleşme niteliğinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmaktadır¹⁷⁰. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin Noterlik Kanunu m.60 uyarınca noterler tarafından yapılması mümkün olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de noterler tarafından düzenlenmesi mümkün ve de geçerli olacaktır¹⁷¹.

Ancak bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için noterde düzenleme biçiminde yapılması gerekmektedir. Tarafların kendi aralarında yapmış olduğu sözleşmenin noter tarafından onaylanması şekil açısından geçerli olmayacaktır¹⁷². Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir¹⁷³.

TBK m.13 hükmü uyarınca; yazılı şekilde yapılan bir sözleşmenin değiştirilmesi halinde de bunun yazılı şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir. Ancak sözleşme metniyle çelişkili olmayan ve sözleşmeyi değiştirmeyen tamamlayıcı noktalar bu kuralın dışında tutulmuştur ki bu husus, diğer geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de yukarıda bahsedildiği üzere resmi şekle bağlı

¹⁶⁸ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2021, Turhan Kitabevi, s. 109; Kırca, s. 81.

¹⁶⁹ Özmen/Karaman, s. 57.

¹⁷⁰ Gül Doğan, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:6, İstanbul 2006, s. 47; Özmen/Karaman, s. 55.

¹⁷¹ Erol Cansel ve Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 209; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 109.

¹⁷² Altınkan, s.35; İsmail Atamulu, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 44.

¹⁷³ Y. 23. HD. E.2016/2313, K.2019/232, T.30.01.2019; “Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan “inşaat sözleşmesi” diğeri ise, Türk Medeni Kanunu 634. 6098 sayılı TBK'nın 237 Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca, resmi biçimde yapılması gereken “mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşme”dir. Bu nedenle, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri”nin noterde “düzenleme” biçiminde yapılması gerekmektedir.”; Y. 15. HD. E.2007/86 K.2008/393, T.24.01.2008; “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri karşılıklı edimleri içerdiklerinden ve iş sahibi tarafından yükleniciye tapu devri vaad edildiğinden noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir (TMK. md. 706, BK. md 213, Noterlik K. md. 60, Tapu Kanunu Md. 26). Bu husus sözleşmelerin geçerli olması için zorunludur. İşin tamamlanması ve yükleniciye tapu devri yapılması hallerinde de, noterde düzenleme şeklinde yapılmayan sözleşmenin geçerli hale geldiği kabul edilmektedir.” www.corpus.com.tr, e.t. 14.02.2022.

olduğundan, yapılacak değişikliklerin veya sonradan eklenecek yeniliklerin aynı şekle tabi olması gerekecektir. Fakat sözleşmenin şekil şartına uymayan bir şekilde değiştirilmiş olması halinde eğer sözleşme ifa edilmişse artık geçersizliğinden bahsedilemez. Başka şekilde açıklamak gerekirse ifa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemeyecektir¹⁷⁴.

1.6.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Sonuçları

TBK m.12/2 uyarınca öngörülmüş ve sözleşmeler için getirilmiş olan şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Bu şekle aykırı yapılan sözleşmeler hukuk düzeni açısından hüküm doğurmayacak olup geçersizdir¹⁷⁵. Bu hüküm emredici nitelikte olup sözleşmenin taraflarınca ileri sürülme bile hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir¹⁷⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için de resmi şekil şartı öngörüldüğünden dolayı bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler hem TBK m.12/2 hem de TMK m.706 hükümleri karşısında geçersiz olacak böylelikle sözleşmenin ifasına bağlanan zarar, gecikme tazminatı gibi talepler de karşılığını bulamayacaktır¹⁷⁷. Fakat bu geçersizliğin hukuki niteliği konusunda tartışmalar mevcuttur.

Klasik görüş kesin hükümsüzlük yaptırımını savunmakta, şekle ilişkin kuralların kanun koyucunun iradesinden kaynaklandığını bu nedenle de mutlaka uyulması gereken kurallar olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre şekil kuralları kanun koyucunun iradesinden kaynaklanmakta olup emredici nitelik taşımaktadır ve taraflar şekle aykırılığı ileri sürme bile hakim resen dikkate almalıdır¹⁷⁸. Bu görüşe göre karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulmaz. Şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olup bunun kabul edilmemesi keyfi bir uygulamaya sebebiyet verecektir¹⁷⁹.

¹⁷⁴Kırmızı, s.636; Reisoğlu, s.96; Y. 15. HD. T. 15.12.2011, E.2010/4232, K.2011/7525, “yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi başlıklı 29.5.1997 tarihli sözleşme adi yazılı şekilde yapıldığından geçersiz ise de dosya kapsamına göre sözleşmenin ifayla sonuçlanıp 17.1.2005 tarihinde yapı kullanma izin belgesi de alınarak arsa sahibi ve kooperatife ait daireler kendilerine teslim edildiği ve bu halde şekle aykırılığın ileri sürülmesi medeni kanun'un 2. maddesi gereği hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan sözleşme geçerli hale gelmiştir.” www.corpus.com.tr, e.t. 14.02.2022.

¹⁷⁵Erman, s. 21-22.

¹⁷⁶Reisoğlu, s.82, Oğuzman/Öz, s. 157.

¹⁷⁷Kostakoğlu, s. 69.

¹⁷⁸Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993, Fakülteler Matbaası, s. 102; Reisoğlu, s. 82.

¹⁷⁹Hüseyin Altaş, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, 1.Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2002, s.95; Eren, Özel Hükümler, s.58.

Şekil kurallarındaki eksiklik sebebiyle batıl olan sözleşme baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağından, taraflar sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle temerrüt hükümlerinden yararlanamayacaklardır¹⁸⁰.

Sözleşmenin taraflarının daha sonradan şekle aykırılığı icazetle ortadan kaldırması mümkün değildir¹⁸¹. Bu sebeple de sözleşmenin ifasından kaçınmak ahlaka aykırı nitelik taşımayacak, taraflar edimlerini ifa etmişse, bunun iadesini sebepsiz zenginleşme davası ya da istihkak davası ile geri isteyebileceklerdir¹⁸². Hal böyle olunca tapuda malik olarak kaydedilen kişinin hak sahipliği şekil kuralları noksan olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanıyorsa, gerçek hak sahibi tarafından tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması mümkün olacaktır¹⁸³.

Ancak şekil eksikliği her ne kadar sözleşmenin geçersizliğine yol açsa da bazı durumlarda bu geçersizliğin ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir¹⁸⁴. Eğer şekle ilişkin eksikliğin ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmıyor veya hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse artık sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemeyecektir¹⁸⁵. Nitekim Yargıtay da kural olarak şekil eksikliğinin yaptırımı olarak kesin hükümsüzlük görüşünü benimsese de bazı kararlarında bu görüşü yumuşatan çözümlere başvurduğu görülmektedir¹⁸⁶.

¹⁸⁰Altaş, Eserin Telef Olması, s. 107.

¹⁸¹Eren, Genel Hükümler, s. 290.

¹⁸²Altaş, Eserin Telef Olması, s.107; Kartal, s.56; Y. 15. HD. E.2010/4469, K.2011/5875, T.12.10.2011; "Şekille ilgili kural emredici nitelikte olduğundan şekil noksanlığı sebebiyle sözleşmenin geçerli olup olmadığını bu yönde bir savunmada bulunulmasa dahi hakimin görevi gereği kendiliğinden dikkate alması gerekir. Taraflar arasında düzenlenen sözleşmeler yasada öngörülen şekilde yapılmadığından başlangıçtan itibaren geçersizdir. Sözleşme ve ek sözleşme hükümleri uyarınca davalı yükleniciye tapuda yapılmış bir pay devri bulunmadığından sözleşmelerdeki şekil noksanlığı sonradan giderilmiş ve sözleşmeler geçerli hale gelmiş değildir. Yargılamada alınan 26.10.2008 tarihli bilirkişi kurulu raporuna göre inşaatın ortalama seviyesi %43 olup, önemli oranda ifa gerçekleşmediğinden sözleşmenin geçerlilik kazandığı ve geçersizliği ileri sürmenin MK'nın 2/II. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması olduğu da kabul edilemez. Geçersiz sözleşmelerin ifası istenemez. Ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre taraflar birbirlerine verdiklerini isteyebilirler." www.corpus.com.tr, e.t. 16.02.2022.

¹⁸³Altaş, Eserin Telef Olması, s. 107.

¹⁸⁴Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 103.

¹⁸⁵Yavuz/Acar/Özen, s. 491.

¹⁸⁶Y. 15. HD. E.2019/224, K.2019/3352, T.12.07.2019; "Asıl davanın davalıları ... Tekstil İnş. Ltd. Şti. ve SS ... Koput Yapı Kooperatifi arasında noterde resmi ve düzenleme şeklinde yapılan gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat yapı sözleşmesi bulunmamaktadır. Tapuda arsa payı devrini de içerdiğinden gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin, asıl davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 213, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK'nın 237, Tapulama Kanun 26, TMK'nın 706 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca noterde resmi ve düzenleme şeklinde yapılması zorunlu ve geçerlilik koşuludur. Ancak Dairemiz ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun istikrar kazanan içtihat ve uygulamaları ile adi yazılı olarak yapılmış olup geçersiz olsa dahi sözleşme gereği tapuda pay devri yapılmış olması ya da yüklenicinin işi tamamlayıp teslim etmiş bulunması veya çok büyük bir kısmının tamamlaması hallerinde şekil eksikliğini ileri sürmenin TBK'nın 2. maddesindeki hakkı kötüye kullanılması niteliğinde olup korunmayacağı kabul edilmektedir.

Zira taraflar edimlerini karşılıklı olarak yerine getirmişse sonradan edimlerin iadesinin istenmesi iyi niyet kuralına aykırılık teşkil edecektir. Aynı şekilde şekil sakatlığının, bunu bilerek meydana getiren kişi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır¹⁸⁷. Ancak Yargıtay kararlarında, “hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir” denilmek suretiyle her durumda bu kurala başvurmamak gerektiği özellikle vurgulanmıştır¹⁸⁸.

Öğretide savunulmakta olan diğer görüş ise kendine özgü geçersizlik görüşüdür. Bu görüşü savunanlar, sözleşmenin taraflarının iradelerinden yola çıkarak, şekle aykırılık sebebiyle taraf iradelerinin dikkate alınmamasını hakkaniyetli bulmamakta bu sebeple de şekil noksanlığının sadece taraflar veya onların külli halefleri tarafından ileri sürülebileceğini, hakim tarafından resen göz önüne alınamayacağını kabul etmektedir¹⁸⁹.

Bu görüş temelde amaçsal yorumdan yola çıkarak şekil kurallarının tarafları koruduğunu, bu nedenle de taraflar şekil şartındaki eksiliği bilmelerine rağmen bile isteye edimlerini ifa etmişlerse geçersiz olan sözleşme, artık geçerli hale gelecektir. Şekle ilişkin kuralların amacı tarafların menfaatine hizmet olduğundan, taraf menfaatleri gerçekleştiğinde şekle aykırılığın önemi olmayacaktır. Bu sebeple şekle ilişkin bu geçersizlik taraflarca ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır¹⁹⁰.

Bu açıklamalardan sonra somut olaya gelince, asıl ve birleşen davada tüm dosya kapsamı, deliller ve alınan bilirkişi raporları birlikte değerlendirildiğinde arsa sahipleri ile ilk yüklenici ... İnş. San.ve Tic. Ltd. Şti. arasında noterde düzenleme şeklinde imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde devir yasağı bulunmadığı, ilk yüklenici tarafından ... Tekstil İnş. Ltd. Şti.'ne yapılan devir, arsa sahipleri ile ... Tekstil İnş. Ltd. Şti. arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile ... Tekstil İnş. Ltd. Şti. ile ... Konut Yapı Kooperatifi arasında yapılan devir ve kat karşılığı inşaat sözleşmeleri adı yazılı şekilde yapılmış olmaları sebebiyle geçersiz ise de; en son sözleşmeyi devralan ve 2. yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan ... Konut Yapı Kooperatifi'nin arsa sahiplerinin ihtiyati tedbir yoluyla inşaatın yapımını durdurmamaları ve aldıkları men kararını uzun süre tebliğe çıkartıp kesinleştirme çabasına girmemeleri sonucu inşaatı devam edip, inşaatı tamamlayarak, yapı kullanma izin belgesini almak suretiyle arsa sahiplerine düşen bağımsız bölümleri de teslim ederek ve eksik işler bedeli olarak tespit edilen 22.218,00 TL'yi de arsa sahipleri adına açılan banka hesabına depo ederek, ediminin tamamını ifa etmiş olması sebebiyle, devir ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin şekil noksanlığı nedeniyle geçersizliklerinin ileri sürmek, objektif iyi niyet kurallarına aykırı olacaktır.” www.corpus.com.tr, e.t.16.02.2022.

¹⁸⁷Eren, Genel Hükümler, s.262; Altaş, Dönme, s. 111.

¹⁸⁸Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul 2006, Filiz Kitabevi, s.75; YHGK, 2002/2-441 E., 2002/433 K, T.29.5.2002, www.legal.com.tr, e.t. 16.02.2022.

¹⁸⁹Erman, s.23; Bilal Kartal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, Yargıtay Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 4, Ekim 1983, s.560; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 155.

¹⁹⁰Kemal Kanber, “Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, S. 7, 1996, s. 16; Egemen Bahadır Dumludağ ve diğerleri, “Amaçsal Yorum ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”,

Fakat genel olarak Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları ve hukukumuzda baskın olan görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılmamasının yani şekle aykırılığının sonucu kesin hükümsüzlüktür. Şekle aykırı olarak kurulan sözleşme baştan itibaren geçersiz olup hukuk düzeni açısından sonuç doğurmayacaktır. Sözleşme butlanla batıl olduğu için de tarafların birbirini sözleşmeye uyması ve edimini ifa etmesi için zorlama imkânı bulunmamaktadır. Bu şekilde meydana getirilen sözleşme zamanla ya da tarafların edimini ifasıyla da geçerlilik kazanamaz¹⁹¹.

Özetle, resmi şekle uyulmadan yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersiz olacaktır. Ancak edimlerin karşılıklı olarak ifa edilmesi, yapının büyük bir kısmının tamamlanması halinde ki bu oran %90 ve üzeri olarak kabul edilmektedir, hakkın kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmayacak ve sözleşme her ne kadar şekil açısından geçersiz olsa da tarafları bağlayacaktır¹⁹².

1.7. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi

1.7.1. İfa ve İkale Anlaşması ile Sözleşmenin Sona Ermesi

Roma hukukunda sözleşmelerin doğal sona erme biçimi, tarafların sözleşmenin kurulması amacına uygun olarak edimlerini karşılıklı ifa etmesidir¹⁹³. Her sözleşme için ifa, borcun beklenen doğal sonucu olup sözleşmeler tarafların karşılıklı edimlerini eksiksiz olarak ifa etmesi amacıyla kurulduğundan ifa, borcun beklenen sona erme şeklidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de, TBK'nun genel hükümleri uyarınca ifa suretiyle ve ifa dışı sona erebilir. Ancak bunun yanı sıra sözleşmenin, genel hükümler dışında, eser sözleşmesine özgü hükümlere göre de son bulması mümkündür¹⁹⁴.

Genel hükümler yönünden incelendiğinde öncelikle karşılıklı ve birbirine uyan iradeler ile kurulan sözleşme, diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmeden kaynaklı bu borçların ifa edilmesi ile sona erer. Bunun haricinde taraf iradelerinin uyuşması ile de sözleşmenin son bulması mümkündür. Bu iki durum dışında irade

Academia, <https://www.academia.edu>, e.t.28.03.2021; Eren, Genel Hükümler, s.262; Altaş, Dönme, s. 137.

¹⁹¹Karataş, s.59.

¹⁹²Erman s. 28; Akyol, s. 80.

¹⁹³Pervin Somer, Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis), İstanbul 2008, Derin Yayınları, s. 129.

¹⁹⁴Eren, Ortak Seminer, s. 89.

sakatlığı hâlleri, gabin ve çalışma konumuz olan temerrüt sebebiyle de sözleşme sona erebilir¹⁹⁵.

Borçlar Kanununun ifayı düzenleyen hükümleri incelendiğinde ifanın tanımının yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte ifa, üstlenilen edimin tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi suretiyle alacaklının menfaatine ulaşması şeklinde tanımlanabilir¹⁹⁶. Borçlu borçlandığı şeyi ifa etmek zorunda olup buna ifanın edime uygun olması prensibi denir¹⁹⁷. Bu sebeple ifa ile sözleşme ilişkisi değil, dar anlamda borç sona ermektedir¹⁹⁸. Özellikle dönemli ve sürekli edimli borçlar bakımından, ifa ile sadece o borç sona erecek, borç ilişkisi ise devam edecektir. Ancak ani edimli borç ilişkileri bakımından, eksiksiz ve doğru şekilde yapılan ifa, tek bir borç söz konusu olduğu için borç ilişkisini sona erdirecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifa, edim sonucuna yönelik olduğundan borç ilişkisi tarafların karşılıklı olarak edimlerini ifa etmeleriyle birlikte sona erecektir¹⁹⁹.

Sözleşme özgürlüğü prensibi sebebiyle taraflar, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla istedikleri tüm sözleşmeleri yapmakta özgürdür. Konumuz bakımından ise sözleşmenin tarafları, uygun irade beyanları ile sözleşmeden kaynaklanan borçlarını sona erdirecek bir bozma sözleşmesi (ikale) yapabilirler²⁰⁰. Bu sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir. İspat kolaylığı olması açısından taraflar bir şekil belirleyebilecekleri gibi, şekil şartına bağlı kalmadan da sözleşmeyi kurabilirler. İkale sözleşmesi ile birlikte taraflar, sözleşme kurulmadan önceki mevcut durumlarına geri dönecekleri için karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu sıfatları ortadan kalkacaktır²⁰¹.

1.7.2. İfa Dışı Nedenlerle Sözleşmenin Sona Ermesi

İfa ve ikale anlaşması dışında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kıyas yoluyla eser sözleşmesinin, sözleşmenin ifası dışında sona erme yani imkansızlık nedenlerine dayanarak da son bulabilir.

¹⁹⁵ Oğuzman/Öz, s. 251.

¹⁹⁶ Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdulkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, Filiz Kitabevi, s.364; Eren, Genel Hükümler, s. 867.

¹⁹⁷ Keller/Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Basel/Frankfurt 3. Aufl. 1988, s.202, naklen Oğuzman/Öz, s. 216, dipnot 83.

¹⁹⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 933.

¹⁹⁹ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.677-678.

²⁰⁰ Yaşar Engin Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2016, Adalet Yayınevi, s. 476.

²⁰¹ Eren, Özel Hükümler, s. 1289.

Alman Medeni Kanunu'nda aralarındaki farklılıklar kaldırılarak tek bir madde kapsamında düzenlenen imkansızlık halleri, Türk Borçlar Kanunu'nda, İsviçre Borçlar Kanunu'na paralel olarak farklı maddelerde düzenleme alanı bulmuştur²⁰². Bu kapsamda TBK'nun genel hükümlerinde yer alan 112, 113 ve 136.maddesi ile özel hükümlerde düzenlenen 483-486 maddeleri uyarınca imkansızlık hali inceleme konusu yapılacaktır.

Genel olarak imkansızlık, sözleşme konusu borcun ifasının hiçbir surette mümkün olmaması olarak tanımlanabilir²⁰³. Doktrinde yapılan bir tanıma göre imkansızlık, borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilememesidir²⁰⁴.

İmkânsızlık, objektif ve sübjektif imkânsızlık niteliğinde olabilir. Borcun ifasının herkes için aynı şartlar altında mümkün olmaması halinde objektif, sadece belli bir borçlu için mümkün olmaması halinde ise sübjektif imkansızlık söz konusu olacaktır²⁰⁵. Yargıtay da benzer şekilde imkansızlığı, ifanın herkes için mümkün olmaması halinde objektif, sadece sözleşmenin bir tarafının hareketinden kaynaklı olarak mümkün olmaması halinde sübjektif imkansızlık olarak tanımlamıştır²⁰⁶.

Bunun dışında imkansızlık, sözleşmenin kurulması aşamasında varsa başlangıçtaki (önceki) imkânsızlık, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkarsa sonraki imkânsızlık söz konusu olur²⁰⁷. Kökeni Roma Hukuku'na dayanan “imkansız şey üzerinde borç kurulamaz” (impossibilium nulla est obligatio) ilkesi gereği başlangıçtaki imkansızlık hali, sözleşmenin geçerliliğine etki edip sözleşmeyi geçersiz hale getirirken ve bu sebepten ötürü herhangi bir borç doğmazken sonraki imkansızlık sözleşmenin

²⁰²Seçkin Topuz ve Ferhat Canbolat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, Ankara 2008, s. 688.

²⁰³Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 491.

²⁰⁴Oğuzman/Öz, s. 305.

²⁰⁵Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 491.

²⁰⁶YHGK T. 15.06.2021, E.2017/2625, K.2021/766 ; “Borçlar Kanunu’nun 20/1. (TBK m. 27/1) maddesinde bahsi geçen imkânsızlık, sözleşmenin başlangıcındaki aşamada var olan imkânsızlık durumudur. Buna göre başlangıçtaki imkânsızlık, aynı Kanun’un 117. (TBK m. 136) maddesinde düzenlenen sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlıktan farklı olup sonraki imkânsızlık hâli sözleşmenin kurulmasından sonra ancak ifasından önce meydana gelen imkânsızlıktır. Sonraki imkânsızlık hâli ifanın gerçekleşmesini engeller. Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi (TBK m. 27) anlamında başlangıçtaki imkânsızlık objektif niteliktedir. Objektif imkânsızlık; sözleşmenin borçlusunun yanında diğer herkes bakımından geçerli olacak şekilde ifasının mümkün olmamasını ifade etmektedir. Objektif imkânsızlıktan farklı olarak sübjektif imkânsızlık ise; sözleşmenin sadece borçlusu tarafından ifasının mümkün olmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu bağlamda hiç kimse tarafından ifası mümkün olmayan bir sözleşme kanunen geçersiz olup sadece borçlu bakımından ifası mümkün olmayan bir sözleşme aynı hükümler kapsamında geçersiz olarak nitelendirilemez. Eş söyleyişle, BK’nın 20. maddesi (TBK m. 27) anlamında imkânsızlıktan bahsedebilmek için, imkânsızlığın sözleşmenin konusu ile ilgili olması ve bu imkânsızlığın yalnız borçlu bakımından değil, objektif mahiyette ve herkes için geçerli olması gerekmektedir...” www.kazanci.com, e.t.16.02.2022.

²⁰⁷Nevzat Koç, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1992, s. 8.

geçerliliğini etkilemez²⁰⁸. Bu sebeple sonraki imkansızlık borcun doğumuna değil devamına tesir eden imkansızlık halidir²⁰⁹. Sonraki ifa imkânsızlığı halinde hukuki sonuç, borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığına göre değişmektedir. Eğer imkansızlık, borçluya yüklenemeyecek bir sebepten ötürü, yani borçlunun kusursuz olduğu sırada meydana gelmişse; TBK m. 136 ve İsviçre Borçlar Kanunu m. 97 uyarınca borç sona erecektir²¹⁰.

Ancak sözleşme kurulduktan sonra ifa imkansızlığı borçluya yüklenebilen bir kusurdan dolayı meydana gelmişse borç sona ermeyecek sadece içeriği değişikliğe uğrayacaktır. Bu durumda TBK m.112 ve İsviçre Borçlar Kanunu m.119 mucibince ifası imkansızlaşan edim yerine alacaklının zararını tazmin etme yükümlülüğü geçecektir²¹¹. Eğer ifa imkansızlığı borçlunun kusurundan kaynaklı değilse, başka bir deyişle borçlu imkansızlıktan sorumlu tutulamıyorsa borç sona erecektir²¹². Esasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin son bulmasına neden olan imkânsızlık hali de, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıktır. Sonraki imkansızlık hali sözleşmenin geçerliliğini etkilememekte, sadece geçerli olarak doğan bir sözleşmesinin ifasının artık yapılamayacağını ifade etmektedir²¹³. Ancak imkansızlık borçlunun kusurundan kaynaklıysa borç sona ermeyecek, sadece içeriği değişikliğe uğrayacaktır, bu durumda ifası imkansızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin mükellefiyeti alacaktır²¹⁴.

1.7.2.1. Eserin Yok Olması Durumunda İmkansızlık

TBK m.483/1’de beklenmedik bir olay sonucu eserin yok olması hali düzenlenmiş olup bu maddede esasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine kıyasen uygulanan, eser sözleşmelerinde hasarın geçmesine ilişkin düzenleme söz konusudur²¹⁵. Kural olarak hasar, yapının arsa malikine teslimine kadar yüklenici de olup inşaat, taraflardan hiçbirisine isnat edilemeyen bir sebeple yok olursa yüklenicinin sözleşmeden doğan

²⁰⁸Somer, s. 136.

²⁰⁹Zekeriya Kuşat, “İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri” (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan), İstanbul 2004, s. 766, <https://dergipark.org.tr>, e.t.17.02.2022.

²¹⁰Reisoğlu, s. 280.

²¹¹Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 2.Baskı, İstanbul 1977, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.181; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 527.

²¹²Oğuzman/Öz, s.305, s. 310.

²¹³Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 365; Öz, Dönme, s. 156.

²¹⁴Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 853-854; Oğuzman/Öz, s. 310.

²¹⁵Öz, İnşaat, s. 162.

borcu sona erecek ancak yaptığı iş ve giderleri için karşılık talep edemeyecektir²¹⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın yapımında kullanılacak malzemeyi genellikle yüklenici temin ettiği için TBK m. 483/1, 2. cümle uyarınca malzeme hasarına yüklenici katlanmak durumunda kalacaktır²¹⁷.

Fakat arsa sahibi, yüklenicinin inşaatı teslim etmek istemesine rağmen teslim almakta temerrüde düşmüşse o zaman temerrüdün başladığı andan sonra meydana gelen hasara arsa sahibi katlanacaktır²¹⁸. Görüldüğü üzere sonraki kusursuz imkansızlık sebebiyle borcun ifasının mümkün olmadığı hallerde, arsa sahibinin inşaatın teslimini talep ederek yükleniciyi temerrüde düşürme hakkı söz konusu olmayacaktır. Ancak arsa maliki, önceden yükleniciye devretmiş olduğu arsa paylarını haksız zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilecektir²¹⁹.

Binanın tümünün değil de bir kısmının yok olması halinde, yok olan kısma ilişkin olarak da aynı hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu olasılıkta yok olan kısım nedeniyle, inşaatın tekrar yapılması artık mümkün değilse, ifa imkânsızlığı dolayısıyla borç sona erecektir. Ancak yok olmayan kısım bakımından yüklenicinin bir takım talepleri söz konusu olabilir. Özellikle tüm inşaat göz önüne alındığında hasara uğrayıp telef olan kısım cüz'i bir nitelik taşıyor ve geri kalan yerler kullanılabilecek nitelikte ise yüklenici, hasar görmeyen kısımla orantılı olarak arsa paylarının devrini talep edebilecektir²²⁰.

1.7.2.2. Arsa Sahibinden Kaynaklanan Sebeplerle İfanın İmkansızlaşması

İnşaatın yapımı arsa sahibinden kaynaklı bir sebep nedeniyle imkansız hale gelirse sözleşme sona erecektir²²¹. İmkansızlığın arsa sahibine yüklenebilmesi için bu durumun arsa sahibinin şahsından, riziko alanından veya 3.kişilerle olan ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir²²². Bunlara örnek olarak, arsanın kamulaştırılması, sel, deprem, heyelan gibi doğal afetler nedeniyle artık arsanın üzerine inşaat yapılamaması, arsa malikinin istediği inşaatı idari makamlar tarafından izin verilmemesi gibi durumlar gösterilebilir²²³.

²¹⁶Aral/Ayrancı, s. 382; Şahin, s. 153

²¹⁷Yavuz/Acar/Özen, s. 594.

²¹⁸Aral/Ayrancı, s.381; Öz, İnşaat, s. 162.

²¹⁹Fikret Eren, Ortak Seminer, s. 317-318.

²²⁰Erman, s.49; Duman, s. 1298.

²²¹Yavuz/Acar/Özen, s.441.

²²²Eren, Özel Hükümler, s. 697.

²²³Kostakoğlu, s.524; Kartal, s.120.

TBK m.485/1'in uygulanabilmesi açısından imkansızlığa, arsa sahibinin riziko alanına dahil bir kaza ya da beklenmeyen halin sebep olması gerekir aksi halde arsa sahibinin kusuru varsa TBK m.485/2 uygulama alanı bulacaktır²²⁴. TBK m.485/1'deki şartların meydana gelmesi durumunda sözleşme, kanun gereği kendiliğinden ileriye etkili olarak sona erecek ve tarafların henüz tamamlanmamış kısma ilişkin talepleri son bulacaktır²²⁵. Ancak sözleşme imkansızlık nedeniyle sona erse bile arsa sahibi, yükleniciye imkansızlığın ortaya çıktığı tarihe kadar yapmış olduğu kısmın bedelini aynı zamanda bu bedele dahil olmayan değerleri ödemekle yükümlüdür²²⁶. Bu noktada yüklenicinin ücreti hesaplanırken tarafların önceden belirledikleri ücret esas alınacaktır. Eğer yüklenici eserin yapımına henüz başlamamışsa talep edilebilecek bedel, yüklenicinin edimin ifası için yaptığı ve imkansızlık sebebiyle sözleşmenin son bulması sebebiyle boşa giden masraflarla sınırlı olacaktır²²⁷. Ancak yüklenicinin eserin yapımına henüz başlamadığı durumlarda bu hususta bir gider de yapmadıysa artık imkansızlığa dayanarak sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları isteyemeyecektir²²⁸.

1.7.2.3. Yüklenicinin Ölümü Veya Kişisel Yeteneklerini Kaybetmesi Sebebiyle İfanın İmkansızlaşması

Özel bir imkansızlık durumunu düzenleyen TBK m.486 hükmü yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi başlığını taşımaktadır. Bu maddenin ise kıyasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulanabileceği kabul edilmektedir²²⁹.

İlgili maddenin arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri bakımından uygulanabilmesi için öncelikle yüklenicinin şahsi özelliklerinin önem taşıdığı bir işin mevcut olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle arsa sahibi, sözleşmenin yapımında yüklenicinin kişisel özelliklerini, yeteneklerini, şöhretini, bilgisi ve tecrübesini veya referanslarını dikkate almışsa, yüklenicinin bu özelliklerini kaybetmesi durumunda sözleşme sona erecektir²³⁰. Fakat somut olay açısından yüklenicinin kişisel özellikleri

²²⁴Vedat Buz, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması", AÜSBFD, C.49, S.1-2, Ankara 1994, s.28; Kuşat, İmkansızlık, s.771.

²²⁵Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara,2014, Yetkin Yayınları, s.29; Şahin, s.156.

²²⁶Kırmızı, s.397; Şahin, s.156.

²²⁷Tandoğan, s.330; Şahin, s.157.

²²⁸Buz, İmkansızlık, s.30.

²²⁹Yavuz/Acar/Özen, s.595.

²³⁰Tandoğan, s.333; Buz, İmkansızlık, 35; Gümüş, s.105; Aral/Ayrancı, s.385.

önem arz etmiyorsa bu durumda sözleşme ilişkisi devam edecek ve yüklenicinin borcu sona ermeyecektir²³¹.

Madde hükmündeki ilgili şartların gerçekleşmiş olması durumunda, sözleşme kendiliğinden ileriye etkili olarak sona erecek, böylece tarafların ifa etmedikleri kısma ilişkin olarak hak ve borçları sona erecektir²³². Ancak arsa sahibi yapının tamamlanan bölümünden faydalanabilecek durumda ise bu kısmı kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür²³³. Doktrindeki bir görüşe göre; inşaatın belli bir kısmının tamamlanması fakat diğer bölümlerin bitirilememesi halinde kısmi ifa imkansızlığı değil hiç ifa etmeme durumu söz konusu olacaktır. Bu sebeple de TBK. m. 137 yerine TBK. m. 486 hükmü uygulama alanı bulur. Birden çok bloktan oluşan bir projede, blokların bir bölümünün tamamlanmasına rağmen diğer bir bölümünün yapılması imkansız hale gelmiş ise burada her ne kadar TBK. m. 137 hükmü kapsamında kısmi imkansızlıktan söz edilebilecek olsa da TBK. m. 486 hükmü uygulama bulmalı ve yüklenici tamamlamış olduğu bloklara ilişkin bedel (arsa payı) almaya hak kazanmalıdır. Haliyle arsa sahibi TBK. m. 137/1 hükmünden faydalanarak yapılan kısmı reddedememeli ve bedel ödemekten kaçınmamalıdır²³⁴.

TBK'nun 486. maddesinde her ne kadar bir tazminat yükümlülüğünden bahsedilmemiş olsa da yüklenicinin, işi tamamlama yeteneğini kendisine yüklenebilecek bir kusur sebebiyle kaybetmesi ve bu durumun temerrüt halinde bulunduğu sırada gerçekleşmesi halinde, iş sahibinin müspet zararını yani ifaya olan menfaati nedeniyle olan zararını tazmin yükümlülüğü söz konusu olacaktır²³⁵. Fakat buna rağmen yüklenici, temerrüde kusuruyla düşmediğini kanıtlarsa tazminat ödemekten kurtulabilir²³⁶.

²³¹Kostakoğlu, s.572; Y. 15. HD. E.1990/ 1503, K.1990/ 4707, T. 12.11.1990 : "...İnşaatın şahsi maharet ve özelliği gerektirmeyen durumlarda, müteahhidin ölmesi akdin sona ermesini gerektirmez." www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.20.02.2022.

²³²Aral/Ayrancı, s.386; Buz, İmkansızlık, s.36.

²³³İsmet Sungurbey, Medeni Hukukun Temel Sorunları, 1.Baskı, Ankara 2003, Adalet Yayınevi, s.636; Erman, s.52.

²³⁴Öz, İnşaat, s. 228.

²³⁵Gümüş, s. 107; Kırmızı, s. 403.

²³⁶Buz, İmkansızlık, s. 37.

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

2.1. Temerrüt Kavramı Ve Genel Olarak Borçlunun Temerrüdü

Roma Hukuku incelendiğinde temerrüt kavramının “Mora” kelimesiyle, borçlu temerrüdünün ise “Mora Debitoris” olarak ifade edildiği görülmektedir. Bu kapsamda Roma Hukukunda temerrüt olarak karşımıza çıkan “Mora” ifadesi, edimini gerektiği şekilde yerine getirmeyen borçlu veya alacaklının temerrüdü anlamı taşımaktadır²³⁷.

Temerrüdün kanuni bir tanımı bulunmamakla birlikte sözlük anlamına bakıldığında direnme olarak ifade edilmektedir²³⁸. Borca aykırılık hali olarak karşımıza çıkan temerrütte, ifası mümkün ve muaccel olan bir borcun, borçlu tarafından vaktinde ifa edilmemesi hali söz konusudur²³⁹. İfa zamanı, eğer borcun ifa edilebileceği yegane zamanı ifade ediyorsa, bu zamanın geçirilmesi halinde temerrüt değil imkansızlık söz konusu olur. Nitekim borcun ifasındaki her gecikme temerrüt durumu teşkil etmez, öncelikle gecikmiş olan ifanın mümkün olması gerekir²⁴⁰.

Temerrüt, borçlu ve alacaklı temerrüdü olarak iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Eğer, borcun ifa edilmemesi borçludan kaynaklanmışsa borçlu temerrüdü, alacaklıdan kaynaklanmışsa alacaklı temerrüdü söz konusu olacaktır. Dolayısıyla alacaklı temerrüdü ve borçlu temerrüdünün bir arada bulunması mümkün değildir²⁴¹.

Diğer borca aykırılık hallerini meydana getiren kötü ifa, kusurlu sonraki imkânsızlık ya da sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği durumlar borçlu temerrüdüne nazaran farklı özellikler taşımaktadır. Şöyle ki, kötü ifada ifa olmakla beraber, borçlu, alacaklının menfaatini tam olarak istenilen şekilde karşılamamaktadır. Bu durumda ifa, niteliksel olarak borca aykırı iken temerrüt durumunda zamansal olarak borca aykırılık söz konusudur²⁴².

²³⁷ Henry Bovay, “Temerrüdün Esası” (Çev. Zahit İMRE), İÜHFM, C. XII, S. 2- 3, İstanbul 1964, s.765.

²³⁸ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 8.Baskı, Ankara 2021, Yetkin Yayınları, s.685.

²³⁹ Mahmut Kızır, Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, 1.Baskı, Ankara 2012, Adalet Yayınları, s.21; Oğuzman/Öz, s.295.

²⁴⁰ Oğuzman/Öz, s.296.

²⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.216; Kızır, s.26.

²⁴² Halil Akkanat, İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, Beta Yayınları, s.4; Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, Yetkin Yayınları, s.44; Koç, s.4.

Kusurlu sonraki imkansızlık durumunda ise, ifa borçlunun kusuru nedeniyle yerine getirilemez hale gelmişken temerrütte ifa hala mümkündür. Ayrıca temerrütte, imkansızlıktan farklı olarak kusur şart değildir. Kural olarak borçlunun temerrüde kusuruyla düşüp düşmediğinin bir önemi yoktur²⁴³.

Son olarak ise borçlu borcunu ifa etmiş olmakla gereği gibi ifa etmemiş olabilir. Bu durumda ise imkansızlık ve temerrütten farklı olarak borçlunun aktif bir hareketi sonucu aykırılık meydana gelmektedir²⁴⁴. Borçlu, borcun gereği gibi yerine getirilmemiş olmasında kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe bundan kaynaklı zararı tazminle mükellef olacaktır²⁴⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da arsa malikinin borcunun sebebini, yüklenicinin inşaatı tamamlaması teşkil ettiğinden, yüklenici inşaatı zamanında tamamlamaz ya da tamamlamakla birlikte teslimde gecikirse temerrüde düşmüş olacaktır²⁴⁶. Bu tip sözleşmeler bakımından kanunlarımızda özel bir düzenleme bulunmadığından yüklenicinin temerrüdü ve sonuçları TBK m.117 vd. hükümlerine göre belirlenecek ve incelenecektir. Bu sebeple yüklenicinin temerrüdü için gerekli şartlar; borcun muaccel olması, edimin ifasının mümkün olması, alacaklının (arsa sahibinin) ihtar çekmiş olması ve kural olarak kusur şartının aranmaması olarak sayılabilir²⁴⁷.

2.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünün Şartları

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu sözleşmenin konusunu oluşturan yapıyı tamamlamak ve tamamlanan bağımsız bölümleri teslim etmektir. Bu sebeple yüklenici inşaatı meydana getirmekle borcunu ifa etmiş sayılmaz aynı zamanda teslim borcunun olduğu da kabul edilmektedir²⁴⁸. Bu kapsamda

²⁴³Gizem Kılıç Öztürk, Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, 1.Baskı, Ankara 2016, Seçkin Yayınları, s.35; Gamze Turan Başara, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, Çankaya University Journal of Law, C.7, S.1, Ankara 2010, s.4 vd., www.dergipark.com.tr, e.t.21.02.2022; Oğuzman/Öz, s.303.

²⁴⁴Kılıç Öztürk, s.38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1302.

²⁴⁵Oğuzman/Öz, s.321; Mehmet Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.106.

²⁴⁶Serkan Ayan, s.72; Öz, Dönme, s.20.

²⁴⁷Reisoğlu, s.367; Kırmızı, s.668.

²⁴⁸Erman, s. 33; Kırmızı, s. 634; Aral/Ayrancı, s. 313; Ayhan Uçar, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, EHFD, C.1, S.4, 2011, s. 514.

yüklenicinin ifa borcunu, meydana getirmiş olduğu bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimi oluşturmaktadır²⁴⁹.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdünü esas itibarıyla inşaatı tamamlamayıp teslimini geciktirmesi ifade etmektedir. Bu hususta yüklenicinin inşaatı teslim borcu ve sonuçlarına ilişkin olarak öncelikle Borçlar Kanunumuzun eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak TBK m. 473/I incelendiğinde yüklenicinin kararlaştırılan zamanda işe başlamaması, işi geciktirmesi veya arsa sahibinden kaynaklanmayan bir sebepten dolayı ortaya çıkan gecikme nedeniyle işi belirlenen zamanda sonlandıramayacağını kesin olarak anlaşılması halinde, arsa sahibine teslim için belirlenen zamanı beklemesi gerekmeksizin sözleşmeden dönme imkanı tanınmıştır. Fakat burada kastedilen durum inşaatın bitirilmesinden önceki sürece ilişkindir. Bu sebeple yüklenicinin bağımsız bölümleri teslim borcunda gecikmesi nedeniyle temerrüde düşmesi halinde bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır²⁵⁰.

TBK’ndaki eser sözleşmesine yönelik hükümlerin içerisinde yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdü ve bunun hukuki sonuçlarına ilişkin ayrı ve özel bir hüküm yer almadığından dolayı yüklenicinin temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır²⁵¹.

2.2.1. Edimin Muaccel Olması

Yüklenicinin temerrüdünden bahsedilebilmesi için ilk olarak teslimin muaccel olması ve muaccel olan bu borcun henüz yerine getirilmemiş olması gerekir. Burada temerrüt karşımıza inşaatın tamamlanarak teslim edilmemesi olarak çıkmaktadır. Nitekim yüklenicinin edim borcu, meydana getirilecek inşaatı eksiksiz ve tam olarak tamamlayıp arsa sahibinin kullanımına hazır olarak teslimini yapmaktır²⁵².

Alacaklının, borçludan borçlanılan edimi isteyebilme yetkisine muacceliyet denir. Diğer bir anlatımla muacceliyet, borcun ifa zamanının gelmiş olması anlamına gelmektedir²⁵³. TBK m. 117’de muacceliyet “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer” şeklinde yer bulmuştur. Alacak hakkı, sözleşme ilişkisiyle birlikte mevcut olurken bu alacağı talep hakkı ancak borcun muaccel olduğu anda

²⁴⁹Şahin, s. 136; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 12.

²⁵⁰Ozanoğlu, s. 9; Yavuz/Acar/Özen, s. 1023.

²⁵¹Kırca, s. 81; Öz, İnşaat, s. 126; Aral/Ayrancı, s. 347; Kırmızı, s. 479.

²⁵²Eren, Genel Hükümler, s. 1045; Serkan Ayan, s. 74; Kostakoğlu, s. 577.

²⁵³Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.32; Eren, Genel Hükümler, s.947.

doğacağı için borç muaccel olmadan, borçlu zamana ilişkin bir sebeple temerrüde düşmeyecektir²⁵⁴.

Bir borcun muaccel olmasından bahsedebilmek için ilk olarak ifa zamanına değinmek gerekmektedir. İfa zamanı, TBK'nun 90. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili madde uyarınca, her borç doğumu anında muaccel olur meğer ki taraflarca kararlaştırılmamış ya da kanundan ve ya işin niteliğinden kaynaklanmamış olsun. Bu kapsamda ifa zamanı, alacaklının borçludan edimin ifasını isteyebileceği, ifayı temin etmek için dava açabileceği ve borçlunun da bu edimini ifa mecburiyetinde olduğu zamanı ifade etmektedir²⁵⁵.

Bu kapsamda muacceliyet, borçlu temerrüdünün zaman yönünden şartı olup, borç muaccel hale gelmeden borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu olmayacaktır²⁵⁶. Ancak özellikle değinmek gerekir ki, muacceliyet ile ifa edilebilirlik birbirinden farklıdır. TBK m. 96'da borcun ifa edilebilir olması, erken ifa kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Maddede de belirtildiği üzere, borçlunun kural olarak erken ifa hakkı vardır ve bu durum borcun muaccel olduğu anlamına gelmez²⁵⁷. Dolayısıyla ifa edilebilirlik kavramı borçlunun üstlenilen edimi ifa etme yetkisi olup, vadeye bağlı olan alacaklar ve vadeye bağlı olmayan alacaklar açısından muacceliyet kavramıyla farklılık arz etmektedir²⁵⁸. Alacak vadeye bağlı ise alacaklı bu tarihten önce ifa talebinde bulunamaz²⁵⁹. Muacceliyet bu vadenin sonunda olacağı için alacaklı vadeyi beklemek zorundadır²⁶⁰. Bu nedenle de borç, yerine getirilebilir olmakla birlikte henüz muaccel olmamışsa, alacaklının edimi talep ve dava hakkı söz konusu olmayacağından borçlunun temerrüdü de söz konusu olmayacaktır²⁶¹.

²⁵⁴Eren, Genel Hükümler, s.1328; Sütçü, s.519; Yener, s.9; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.618.

²⁵⁵Kızır, s. 56; Eren, Genel Hükümler, s. 969; Oğuzman/Öz, s. 312.

²⁵⁶Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 22; Eren, Genel Hükümler, s. 1116.

²⁵⁷Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.60; Kurt, s. 89.

²⁵⁸Eren, Genel Hükümler, s. 1116; Kızır, s. 57; Oğuzman/Öz, s. 313.

²⁵⁹Kızır, s. 57; Barlas, s. 21; Oğuzman/Öz, s. 313.

²⁶⁰Turgut Önen, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:95, Ankara 1975, s. 38.

²⁶¹Eren, Genel Hükümler, s. 1116; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 800; Kurt, s. 90.

2.2.1.1. Taraflarca Teslim Tarihinin Kararlaştırılması

Genellikle taraflar teslim borcunun ifa edileceği tarihi sözleşmede belirlerler. Taraflar bu tarihi belirli bir gün olarak ya da bir süre belirleyerek ve en geç bu sürenin dolmasında teslimin yapılmasını kararlaştırarak belirleyebilirler²⁶².

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde, yapılacak yapının değerinin yüksek ve maliyetli olması nedeniyle taraflar teslim süresini açıkça sözleşmede belirtebileceği gibi temel ye da temel üstü ruhsatının alınması şeklinde ileride gerçekteşecek belli bir olaya da bağlayabilirler²⁶³. Buna göre yüklenicinin teslim tarihinin sözleşmeyle belirlenmiş olması durumunda bu tarih, teslim borcunun muaccel olacağı, arsa malikinin de bitirilen yapının teslimini isteyebileceği tarihi gösterecektir. Belirlenen tarihe kadar geçen süre ise, teslim süresi olarak ifade edilir²⁶⁴.

Belli bir tarih olarak vadenin belirlendiği hallerde bu tarihin gelmesiyle teslim, muaccel olacaktır. Belirli bir olayın gerçekteşmesine bağlandığı durumlarda ise bu olayın gerçekteşmesi ile inşaatın yapım süresi başlayacak ve belirlenen süre sona erdiğinde teslim muaccel olacaktır. Sözleşmede belirtilen bu olay, yüklenicinin bir fiilini gerektiriyor ve bunun da belli süre içerisinde tamamlanması lazım geliyorsa teslim süresi, belirlenen bu sürenin sonunda işlemeye başlayacak ve inşaat süresinin dolmasıyla teslim borcu muaccel olacaktır²⁶⁵.

Uygulamada açasından özellikle arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde, yapının bitirilerek teslim edilmesi için kararlaştırılan inşaat süresinin idari makamlarca verilecek bir takım izinlere bağli olduğu ve bu izinlerden sonra işlemeye başlayacağı görölmektedir²⁶⁶. En sık karşılaşılanı ise inşaat yapı, temel veya su basman izninin alınmasıdır. Ancak sürenin işlemeye başlaması, arsanın yükleniciye teslimine, arsa sahibinin yapacağı bildirim, arsa üzerindeki binanın yıkılması, komşu taşınmazla olan sınır sorununun çözümlmesi ya da kiracının tahliye edilmesi gibi bazı olaylara da bağlanabilir. Bu durumda sürenin bağlandığı olayın gerçekteşmesiyle birlikte yüklenicinin inşaatı yapma süresi de işlemeye başlayacak ve sürenin sonunda teslim borcu muaccel olacaktır²⁶⁷.

²⁶²Tandoęan, s. 128; şahin, s. 74.

²⁶³Seliçi, s. 67; Serkan Ayan, s.75, Kurt, s. 91.

²⁶⁴Erman, s. 55; Serkan Ayan, s. 75, Seliçi, s. 66.

²⁶⁵Serkan Ayan, s.78

²⁶⁶Ozanoęlu, s. 66; Serkan Ayan, s. 76.

²⁶⁷Serkan Ayan, s. 78.

Taraflar inşaatın başlayacağı sürenin yüklenicinin belirli bir fiiliyle başlayacağını kararlaştırmasına rağmen, yüklenicinin bu fiili ne kadar süre içerisinde gerçekleştirmek zorunda olduğunu belirlememişlerse, mevcut durumun şartlarına göre dürüst ve makul bir yükleniciden beklenebilecek sürenin sonunda, teslim süresinin işlemeye başladığı kabul edilmelidir²⁶⁸.

2.2.1.2. Taraflarca Teslim Tarihinin Belirlenmemiş Olması

Teslim borcunun ifa zamanı açısından istisnai olarak taraflar ifayı bir süreye bağlamamışsa kural olarak aksi anlaşılmadıkça veya kararlaştırılmadıkça bütün borçlar doğumu esnasında muaccel olur. Diğer bir anlatımla borcun ifasının süreye bağlanmadığı durumda ifa, hemen istenebilir. Ancak işin niteliği gereği aksi bir sonuca ulaşılması gerekiyorsa, bu kural uygulanmayacaktır²⁶⁹.

Ancak arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin niteliği gereği özellikle yüklenicinin borcu bakımından bu maddenin uygulanabilmesi mümkün değildir. Yüklenici edimini belli bir süre içerisinde gerçekleştireceği için teslim borcu da, inşaatın tamamlanabilmesi için yüklenicinin gereksinim duyduğu ve inşaatın özellikleri dikkate alınarak belirlenecek olan uygun bir sürenin sonunda muaccel hale gelecektir²⁷⁰.

²⁶⁸Kurt, s.92; Kartal, s.75; Akkanat, Temerrüt, s.10-11; Y. 23. HD. T. 21.05.2018, E.2015/6782, K.2018/3239; “Davacılar vekili, müvekkili arsa sahipleri ile davalı yüklenici şirket arasında 30.06.2010 tarihinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlendiğini, bu sözleşmeye göre davalı şirketin taşınmaz inşaat ruhsatını almasından itibaren 12 ay içerisinde bitirip genel iskan alarak teslim edeceğinin kararlaştırıldığını, davacıların sözleşme hükümlerini yerine getirerek arsayı inşaatı hazır boş halde sorunsuz olarak teslim ettiklerini ancak davalının sözleşmenin imzalandığı 30.06.2010 tarihinden itibaren halen inşaat ruhsatını almadığını ve inşaatı bitirip teslim etmediğini, şu anda da davalıya ulaşılamadığını, arsanın davalıya teslimi öncesi üzerinde davacıların her birine ait konutlar olduğunu, konutların aylık ortalama getirisinin 275 TL olduğunu, davacıların sözleşmenin geçerliliğine olan güvenlerinden dolayı zararı doğduğunu ileri sürerek, sözleşmenin feshi ile, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydı ile 5.000 TL menfi zararlarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir...Davalı yüklenicinin, sözleşmeden itibaren iki yıla yakın bir süredir inşaat ruhsatı başvurusunda bulunmadığı vekaletnameler konusunda da davacıları temerrüde düşürmediği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre inşaat ruhsatı alınması için makul süre sözleşmeden itibaren altı aydır. Şayet yüklenici arsa sahiplerinin edimlerini gerçekleştirmesini bekliyor ise bunun için ihtarname çekmesi ve temerrüde düşürmesi gerekmektedir. Yüklenici tarafından ihtarname çekilmediği görülmüştür. Taraflar arasındaki sözleşme ve dava tarihi dikkate alındığında arsa sahiplerinin makul sürenin ve tahammül sınırlarının üstünde bir zamandır yükleniciden edimlerinin ifasını beklemekte oldukları anlaşılmıştır.” www.corpus.com.tr, e.t. 26.02.2022.

²⁶⁹Eren, Genel Hükümler, s.950, Öz, Dönme, s.154.

²⁷⁰Erman, s.62; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, Ankara 1999, s.67, www.dergipark.com.tr, e.t. 26.02.2022; YHGK, T. 21.3.2012, E. 2012/13-164, K. 2012/219, “Taraflar arasında düzenlenen sözleşme içeriğinde yüklenicinin işe başlama ve bağımsız bölümleri davacıya teslim etme sürelerine dair herhangi bir şart kararlaştırılmamıştır. Başka bir anlatımla, sözleşmede eserin teslim süresi kararlaştırılmamış, teslim süresini belirleme yetkisi davalıya tanınmıştır. Ancak; davalı, bu yetkisini kullanırken, objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmalı ve haklı nedenlere

Fakat TBK m.90 hükmünün arsa sahibi açısından uygulanmasında herhangi bir sorun yoktur, eğer sözleşmede arsa sahibinin edimi açısından ifa zamanı belirlenmemişse ifa, hemen istenebilir²⁷¹.

Sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmaması durumunda somut olayın özelliklerine göre inşaatın tamamlanması için gereken süre belirlenecektir. Buna göre özellikle inşaatın yapısı ve büyüklüğü belirleyici rol oynayacaktır²⁷². Nitekim çok bloklu bir sitenin inşaatı ile iki katlı bir villanın inşaatı ve teslim süresi aynı olmayacaktır.

Böylelikle somut olayın özelliği ve yüklenicinin nitelikleri dikkate alınarak yükleniciye inşaatı tamamlaması için makul süre verilmesi gerekmektedir. Teslim borcu, bu sürenin sonunda muaccel olacaktır²⁷³. Ayrıca borcun muaccel hale gelmesi açısından sadece makul sürenin geçmesinin beklenmesi yeterli olmayıp, bununla birlikte arsa sahibinin bu sürenin dolmasından sonra ifayı da talep etmesi gerekmektedir²⁷⁴.

2.2.1.3. İnşaat Süresinin Değişmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar aralarında anlaşarak sözleşmenin süresini uzatabilecekleri gibi bazı durumlarda da sözleşmede buna ilişkin madde bulunmaması nedeniyle kararlaştırılan makul süreye sonradan ortaya çıkan bazı sebeplerle uyulamayabilir²⁷⁵. Ancak Türk Borçlar Kanununda, Alman Medeni Kanunu'na paralel olarak inşaatın yavaşlamasına veya durmasına etki eden olayların muacceliyet tarihine etkisi hakkında açık bir hüküm bulunmamaktadır²⁷⁶. Buna rağmen doktrinde inşaatın bitirilme süresine etki eden olayların, borcun muacceliyet tarihine de

dayalı gecikmeler hariç, eserin niteliğinin ve büyüklüğünün gerektirdiği imalât süresi içinde eseri tamamlamalıdır. Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uygulama alanı bulur ve hakime olağanüstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasa ve sözleşmedeki kuralları tamamlayıcı işlevini yerine getirir. O halde, sözleşme konusu iş-eser'in teslimi gereken uygun sürenin belirlenmesi, eser bu süreden önce tamamlanmış olarak teslim olunmuş ise o teslim tarihinin saptanması zorunludur. Taraflarca eserin teslim süresinin belirlenmediği durumda, davalı-yükleniciye eserin teslimi için sınırsız bir sürenin tanınmış olduğu gibi bir anlam ortaya çıkar ki bunu da gerek sözleşme hukukunun ana ilkeleri ile ve gerekse de TMK'nun 2. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir." www.corpus.com.tr, e.t.26.02.2022.

²⁷¹Erman, s. 62.

²⁷²Serkan Ayan, s. 81; Tandoğan, s. 129; Kurt, s. 94.

²⁷³Serkan Ayan, s. 81.

²⁷⁴Erman, s. 62; Yener, s. 13.

²⁷⁵Enli, s.54; Kurt, s. 96; Serkan Ayan, s.103; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.60; Dirican, s.70; Altınkan, s.135.

²⁷⁶Christian Enders, Gleichlauf von VOB/B und BGB Bauvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Vergütungsrecht, Diss. Freiburg 1984, s.2 naklen Serkan Ayan, s.83 dipnot 378.

etki edeceği ve muacceliyeti uzatacağı genel olarak kabul edilmektedir. Örnek olarak teslim tarihi kararlaştırılmamış bir sözleşmede inşaatın teslimindeki gecikme tarafların etki alanı dışında gerçekleşen ve onlara kusur atfedilemeyen bir nedenden dolayı meydana gelmişse, mesela mücbir sebepler veya resmi makamların izni gereken durumlarda iznin zamanında alınamaması gibi, arada geçirilen bu sürenin de teslim süresine eklenmesi gerekmektedir²⁷⁷.

Aksi görüşü savunan yazarlara göre ise; mücbir sebebin inşaatın tamamlanma süresine etkisi yoktur. Zira temerrüt için borçlunun kusuru gerekmemekle birlikte TBK m.483/1 gereğince eser, teslimden önce telef olsa bile yüklenici herhangi bir bedel talep edememektedir. Bu görüşe göre, arsa sahibinin hakimiyet alanı dışındaki sebepler inşaat süresinin uzamasına etki etmez. Yüklenici mücbir sebeplerden kaynaklı olarak inşaatı zamanında bitirememiş olsa bile temerrüde düşecektir²⁷⁸.

Bununla birlikte yüklenici açısından gecikmeyi haklı kılan bir durumun varlığı söz konusu ise yüklenici bazı defileri ileri sürerek teslimden kaçınabilecektir. Bu duruma örnek olarak, sözleşmede arsa paylarının, inşaatın tamamlanma oranıyla bağlantılı olarak kısım kısım devredileceği kararlaştırılmış olması durumunda arsa sahibi bu borcunu ifa etmedikçe yüklenicinin ödemezlik defini ileri sürerek inşaatın yapımını durdurabilmesi, yavaşlatabilmesi veya teslimden kaçınabilmesi gösterilebilir. Bunun dışında sözleşme kurulduktan sonra, arsa sahibinin borcunu ödemediği acze düşmesi halinde yüklenici TBK m.98 hükmü uyarınca bedeli garanti altına alınıncaya kadar aciz defini kullanarak teslimden kaçınabilecektir²⁷⁹.

²⁷⁷Erman, s.73; Öz, Dönme, s.154, Y. 15. HD. T. 11.3.2008, E.2007/1782, K.2008/1559 : “Sözleşmede mücbir sebep olarak kararlaştırılmış olmamakla birlikte, ifa süresi içinde Ağustos 1999'da Adapazarı-İzmit-Gölcük-Yalova yöresinde büyük bir deprem yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bazı yerlerde de deprem nedeniyle inşaatlar devamlı veya geçici bir süre durdurulmuştur. Sözleşmede mücbir sebep ve sürenin uzatılması nedeni olarak belirtilmesi dahi, tarafların iradesi dışında idari makamlarca konulan inşaat yasağının teslim süresine eklenmesi gerekeceği ortadadır. Bu durumda mahkemece ilgili belediye ve idari makamlardan 1999 yılı Ağustos ayında meydana gelen deprem nedeniyle dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde inşaat yapımlarının durdurulup durdurulmadığı ve süresi araştırılıp teslimi gereken tarihe eklenmek suretiyle teslim tarihinin saptanması gerekir.” www.corpus.com.tr, e.t.02.04.2022.

²⁷⁸Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4.Aufl. Zürich 1996 (Werkvertrag), s.194 naklen Serkan Ayan s.85 dipnot 388; Altaş, Eserin Telef Olması, s.152-153.

²⁷⁹Müge Ürem, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, 1.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 105; Kurt, s.105; Y. 23. HD. T. 03.07.2017, E.2016/6250, K.2017/1948; “... taraflar arasındaki sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı hallerde yüklenicinin borcunu iş sahibinden önce ifa etmesi gerektiği, ifa talep eden tarafın sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha önce ifa etme hakkı olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerektiği, davacı yüklenicilerin borcunu öncelikle ödemesi gerektiği, bu sebeple davalının savunmasının ödemezlik def'i olarak kabul edildiği, davacıların davalı aleyhine zenginleştikleri miktarın verilen süreye rağmen yatırılmadığı ve yatırılmayacağına açıkça bildirildiği, bu sebeple davalının tapu kaydını devretmemesinin haklı sebebe dayandığı, tazminat isteminin de bu talebin haklılığına bağlı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.” www.corpus.com.tr, e.t.26.02.2022.

Bazı durumlarda arsa sahibinden kaynaklanan sebeplerle de inşaat süresinin uzaması söz konusu olabilir. Bu durumlara yüklenicinin inşaatı başlatması için gerekli hazırlık fiillerinin zamanında yapılmaması, belirlenen bağımsız bölümlerin yükleniciye devrinin geciktirilmesi ya da yüklenicinin işi yürütmesinin arsa sahibi tarafından önlenmesi örnek olarak gösterilebilir²⁸⁰. Böyle bir durumda yüklenicinin temerrüden kurtulabilmesi için durumu arsa sahibine gecikmeden bildirmesi ve işi kararlaştırılan sürede bitirmek için hızlandırma yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir²⁸¹. Yüklenicinin inşaatı hızlandırma yükümlülüğü esasen iki durumda karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki bunun sözleşmede kararlaştırılmış olmasıdır. Başka bir deyişle, yüklenici arsa sahibinden kaynaklanan sebeplerle gecikme durumunda bile inşaatın belirlenen sürede bitirileceği taahhüdünde bulunmuşsa, artık inşaat süresinin uzamayacağı kabul edilmelidir. Diğer durum ise TMK m.2 uyarınca dürüstlük kuralı gereği karşımıza çıkmaktadır. Dürüstlük kuralı gereğince inşaatın olağan sürede bitirilmesi lazım gelebilir. Bu ise, yüklenicinin, inşaatı süresinde bitirebilmek için hızlanması ek önlemler almasına bağlı ve bu durum dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenebiliyorsa söz konusu olacaktır. Kural olarak alınması lazım gelen ek önlemler yüklenici açısından ek külfet gerektirmiyorsa, yüklenicinin hızlandırma yükümlülüğünün bulunduğu kabulü gerekebilir²⁸².

Bunun haricinde arsa sahibine sözleşmeyle işi yavaşlatma ya da durdurma konusunda yükleniciye talepte bulunma hakkı da tanınmış olabilir. İş yavaşlatma veya durdurma taleplerinin muacceliyet tarihinin uzamasına sebep olacağı sözleşmede açıkça kararlaştırılmış ise teslim borcunun muacceliyeti uzayacaktır²⁸³. Sürenin uzamasının kabul edildiği durumlarda, yüklenicinin edim yükümlülüğü kendiliğinden sona ermeyecek olup yüklenicinin uzayan süre boyunca inşaatı bitirip teslim etmesi gerekir²⁸⁴.

2.2.1.4. İnşaatı Yapılacak İlave İşlerin Süreye Etkisi

İnşaatı ilave iş ya da iş değişikliği yapılması durumunda bunun süreye nasıl etki edeceği sorunu, somut olayın özelliğine göre farklı sonuçlar doğurmaktadır. Kural olarak sözleşmede hüküm bulunmuyorsa, ne arsa sahibi ne de yüklenici karşı tarafın iş

²⁸⁰Kaplan, s. 385.

²⁸¹Altaş, Eserin Telef Olması, s.103; Kaplan, s.385.

²⁸²Serkan Ayan, s.113-114.

²⁸³Öz, Dönme, s. 172; Kurt, s.104; Duman, İnşaat, s.149; Serkan Ayan, s. 118.

²⁸⁴Erman, s. 65; Serkan Ayan, s. 118.

değişikliği teklifini kabul etmek zorunda değildir²⁸⁵. Ancak taraf iradeleri bu doğrultuda anlaşılrsa gerçekleşecek iş değişikliği veya ilave işler nedeniyle meydana gelecek gecikmeler arsa sahibinin hakimiyet alanına dahil olduğundan inşaat süresi kendiliğinden uzayacaktır²⁸⁶. Benzer bir durum SIA-Norm standart kuralları 90.maddede düzenlenmiştir. Buna göre; “Sipariş değişikliği, sözleşmede belirlenen sürelerin gözden geçirilmesini gerektirirse, yüklenici yeni bir sürenin belirlenmesini isteyebilir. Taraflar bu yeni süreyi aralarında belirleyebilirler”²⁸⁷.

Uygulamada yüklenicilerin, arsa sahibinin onayını almadan fazladan bağımsız bölüm yaptığı ya da inşaatı kararlaştırılardan daha farklı biçimde tamamladıkları görülmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde meydana gelen gecikmenin teslim süresini uzatmayacağı kabul edilmelidir. Zira aksinin kabulü halinde yüklenici tek taraflı iradesi ile sürenin uzamasına sebep olacaktır²⁸⁸. Ancak Yargıtay aksi görüşü benimseyerek, yapılan ek işlerin ve değişikliklerin süreye etki edeceğini ve teslim süresini uzatacağını kabul etmektedir²⁸⁹.

2.2.2. Edimin İfasının Mümkün Olması

Yüklenicinin temerrüdünün diğer bir koşulu, borçlanılan edimin ifasının mümkün olmasına rağmen vadesinde ifanın gerçekleştirilmemiş olmasıdır. Ancak temerrütten bahsedilebilmesi için edimin ifasının imkansız hale gelmemiş olması gerekmektedir²⁹⁰. İmkânsızlık, borç konusunun ifa edilememesi ya da ifa edilemez hale gelmesi, cebri icra yolu ile dahi elde edilemeyecek olmasıdır²⁹¹. İmkansızlıkla birlikte temerrüdün meydana gelmesi engellenmiş olmakta ya da oluşmuş temerrüt sona ermektedir²⁹². Burada bahse konu olan imkansızlık hali, akdin kurulmasından sonra meydana gelen

²⁸⁵Seliçi, s.13; Serkan Ayan, s.102.

²⁸⁶Ayan, s.103; İbrahim Kaplan, “İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s.131.

²⁸⁷Roger Brandli; Die Nachbesserung im Werkvertrag. Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Dike-Verlag, 2007, s.247 naklen Serkan Ayan, s. 103.

²⁸⁸Halil Akkanat, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 64 vd.

²⁸⁹Y. 15. HD. T. 15.05.2007, E. 2006/2917, K. 2007/3264; “O halde mahkemece yapılması gereken iş; olayda sözleşme dışı fazla bir iş yüklenici tarafından yapılmış ise, bu fazla işin yapılması için gereken süre, işin teslim tarihine eklenerek, teslimi gereken tarihin belirlenmesinden, bağımsız bölümlerin hangi tarihte davacılarca fiilen teslim edildiğinin tespitinden ve ayrıca davacılardan Fisun'un kendisine düşen bağımsız bölümlerden birini 31.08.2004 tarihinde sattığı da göz önünde bulundurularak (bu bağımsız bölüm yönünden satış tarihine kadar olan süre için) davanın kabulüne karar verilmesinden ibarettir.” www.corpus.com.tr, e.t. 01.03.2022.

²⁹⁰Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 912; Sütçü, s. 667.

²⁹¹Buz, İmkansızlık, s. 23; Altunkaya, s. 88; Büyükkay, s. 188.

²⁹²Kurt, s. 210.

imkansızlıktır zira başlangıçtaki imkansızlık halinde sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacaktır²⁹³.

Edimi sonradan ortaya getirme olanağının varlığı ya da yokluğu imkansızlık ile temerrüt arasındaki ayırt edici farkı oluşturur²⁹⁴. İmkansızlık halinde temerrüt hükümleri uygulanmaz, duruma göre kusurlu imkansızlık diğer bir deyişle borca aykırılık oluşturan imkansızlık söz konusu ise TBK m.112 uyarınca karşı tarafın zararını tazmin yoluna gidilecek, kusursuz imkansızlık yani yüklenicinin sorumlu olmadığı imkansızlık söz konusuysa TBK m.136 uyarınca karşılıklı edimler sona erecektir²⁹⁵.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde, yüklenici açısından yapının bitirilmesi borcu, sürekli ve objektif olarak imkansızlaşırsa artık yüklenicinin temerrüdüne gidilemeyecek ve borç ilişkisi sona erecektir²⁹⁶. Yüklenici, kararlaştırılan yapıyı tamamlayarak arsa sahibine teslim edemeyecek durumda ise ve bu durum aynı şartlar altındaki herkes için geçerliyse teslim borcu objektif olarak imkansız hale gelmiştir²⁹⁷. Fakat imkansızlığa sebebiyet veren durum herkes için değil de sadece yüklenici nezdinde gerçekleşmişse bu durumda sübjektif imkansızlık söz konusu olacaktır²⁹⁸. Doktrinde hakim olan görüşe göre sübjektif imkansızlık durumunda gerçek anlamda bir imkansızlıktan bahsedilemeyeceği için temerrüt hükümleri uygulanabilecektir²⁹⁹.

Kusurlu imkansızlığın borçlunun temerrüde düşmesinden sonra ortaya çıkması durumunda ise temerrüt hükümlerinin mi yoksa imkansızlık hükümlerinin mi uygulanacağını incelenmesi gerekir. Bu durumda temerrüt ile imkansızlığın olduğu dönem arasında seçimlik hakların kullanılmış olup olmamasına göre bir değerlendirme yapılmaktadır. Eğer imkansızlığa kadar aynen ifa dışındaki seçimlik haklar kullanılmamışsa imkansızlıktan sonra da kullanılması mümkün değildir. Zira bu hakların temelini oluşturan borç ilişkisi ve temerrüt ortadan kalkmıştır³⁰⁰. Aksi durumda ise yani temerrüt oluştuktan fakat imkansızlık ortaya çıkmadan önce arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullandıysa bu beyanına değer verilmesi gerekir. Bu durumda

²⁹³Erman, s.65; Oğuzman/Öz, s.444.

²⁹⁴Fatih Gündoğdu, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 49.

²⁹⁵Reisoğlu, s.367; Başak Başoğlu, Borcun İfasındaki İmkansızlık, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.7.

²⁹⁶Akkanat, Temerrüt, s.16, Kurşat, İmkansızlık, s.762.

²⁹⁷Kurt, s.123.

²⁹⁸Buz, İmkansızlık, s. 24; Oğuzman/Öz, s.460.

²⁹⁹Eren, Genel Hükümler, s. 1115; Buz, İmkansızlık, s. 24-25; Kurt, s. 124.

³⁰⁰Öz, Dönme, s. 160.

yüklenici ancak TBK m. 119/II uyarınca temerrüde düşmede kusuru olmadığını ya da inşaatı zamanında teslim etmiş olsa bile zararın oluşacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir³⁰¹. Fakat imkansızlık ister kusurlu ister kusursuz olsun borçlunun kusuru ile temerrüde düşmesinden sonra ortaya çıkmışsa artık borçlu TBK m.118 ve 119/II gereği sorumlu olacaktır³⁰².

Konuyla ilgili olarak eser sözleşmeleri bakımından özel olarak düzenlenen TBK 483. maddesinin arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerine uygulanması halinde; inşaat tamamlanmış ancak arsa sahibine teslim edilmeden beklenmeyen bir olay neticesinde telef olmuşsa kusursuz imkansızlık kapsamında tarafların karşılıklı hak ve borçları sona erecektir. Bu halde arsa maliki tamamlanmış yapıyı teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, hasara kendisi katlanacaktır³⁰³. Ancak inşaat tamamlanmadan beklenmeyen hal nedeniyle hasara uğramış olması durumunda, inşaatın yeniden yapılması mümkün oldukça imkansızlık söz konusu olmayacaktır. Bu durumda yüklenici inşaatı yeniden yapmak zorundadır³⁰⁴.

İsviçre Hukuku'ndaki imkansızlığa ilişkin düzenlemeler Türk Borçlar Kanunumuz ile paralellik göstermekle birlikte Alman Hukuku'nda 2002 yılındaki reform kanunu ile yapılan değişikliklerde imkansızlık kavramının ayrımı yapılmamıştır, temelde borçlunun sorumluluğunun üç temel sebebi bulunmaktadır. Bunlar borçlunun kusuru, yasal ya da akdi garantiler ve yasal ya da akdi tedarik hükümleridir³⁰⁵. Alman Hukuku'nda alacaklının zararı talep etme hakkı borçlunun kusuruna bağlandığından sözleşme ilişkisi başlamamış olsa bile sonraki imkansızlık durumunda tazminat talep etme hakkı gündeme gelebilir. Dolayısıyla borçlu, sözleşme kurulmamış olsa bile sözleşme görüşmeleri sırasında özen borcuna aykırı davranışı söz konusu ise tazminat ödemek zorunda kalabilecektir³⁰⁶.

Anglo Sakson hukuk sisteminde ise imkansızlık ancak objektif nitelikte ise bir ifa engeli olarak kabul edilmektedir. Buna göre bir tarafın kişisel yetenekleri ya da içerisinde bulunduğu şartlar nedeniyle imkansızlık gerekçesiyle borcundan kurtulması

³⁰¹Sütçü, s. 670.

³⁰²Sütçü, s. 669.

³⁰³Erman, s.67; Kırmızı, s. 674.

³⁰⁴Erman, s.68; Tunay Köksal ve Müjde Müminioğlu Güneri, FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 248.

³⁰⁵Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İÜHFM, C.58, S.1-2, İstanbul 2000, s. 240.

³⁰⁶Detlev W. Belling /Herdem Belen, “Alman Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması”, Legal Hukuk Dergisi, 2006, Yıl.4, S.46, s. 3033.

mümkün değildir. Örnek olarak Phillips v. Alhambra Palace Co. davasında, müzik salonunun ortaklarından birinin ölümünden sonra cebri icrasının, sözleşme kişisel nitelikte olmadığı için mülk sahibinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağına ve sözleşmeyi hüsrana uğratmayacağına hükmedilmiştir³⁰⁷.

2.2.3. Teslim Borcunun İfa Edilmemesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından yüklenicinin borcunu ifa etmemesi, inşaatı zamanında tamamlamaması bu sebeple de teslim etmemiş olması anlamına gelmektedir³⁰⁸. Bu kapsamda yüklenicinin temerrüdünün söz konusu olabilmesi için diğer gerekli şart, teslim borcunun muaccel olmasına rağmen ifasının gerçekleştirilmemiş olmasıdır³⁰⁹.

Bir yapının bitirilmesi ile bitirilen bu yapının teslimi kavramları birbirinden farklı olup arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde teslimin gerçekleşebilmesi için sözleşmeye konu edilen yapının tamamlanması ve bu yapıda arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin onun kullanımına sunulması gerekmektedir³¹⁰. Bu kapsamda inşaatın teslimi, tamamlanmış yapının, doğrudan zilyetliğinin, yani yapı üzerinde arsa sahibinin tüm tasarrufunun temin edilmesidir. Fakat sadece bağımsız bölümlerin değil, ortak alanların da tamamlanarak arsa sahibine teslimi gerekir, aksi halde yüklenici temerrüdü söz konusu olacaktır. Bunun dışında teslim borcunun ifası için yüklenicinin kullanmış olduğu malzeme, araç gereç ve atıkları da inşaat alanından kaldırması gerekmektedir. Ancak bu durumun temerrüde sebep olup olmayacağı somut olayda arsa sahibinin bu malzeme veya atıkların inşaatı beklediği faydaya ulaşmasına engel olup olmayacağına göre değişecektir³¹¹.

Teslim, arsa sahibine yapının tamamlandığının bildirilmesi şeklinde olacaktır. Fakat tek başına bildirimin yapılması yeterli olmayıp aynı zamanda yüklenicinin bağımsız bölümler üzerindeki fiili hakimiyetine son vermesi de gereklidir³¹². Yüklenicinin ücret faturasını arsa sahibine göndermesi yapının teslimi anlamına gelmeyeceği gibi onun bir

³⁰⁷Yeşim M. Atamer/Ece Baş Süzel/Elliott Geisinger, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt, 1.Baskı, İstanbul 2018, Oniki Levha Yayınları, s.69 ; Phillips v Alhambra Palace Co [1901] 1 QB 59, www.lawteacher.net, e.t. 03.03.2022.

³⁰⁸Erman, s. 65; Öz, Dönme, s. 165.

³⁰⁹Demir, s. 69.

³¹⁰Cevdet Salih Şahin, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 12.

³¹¹Öz, İnşaat, s. 144.

³¹²Sendi Yakuppur, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 67.

şartı da değildir. Ancak yüklenicinin kesin kabulü ve hesabı yapacağını bildirmesi, yapının tamamlandığı ve teslimine hazır olduğu anlamını taşıyabilir³¹³.

Teslimin sözleşme ile bir şarta bağlanması halinde bu şartın gerçekleşmesi ile birlikte teslimin yapıldığından bahsedilebilecektir. Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere inşaatın anahtar teslim olarak kararlaştırıldığı durumlarda inşaat bitirilmiş ve lazım gelen bildirimler yapılmış olsa bile fiili olarak anahtar teslim yapılmadıkça hukuki olarak bir teslimden söz edilemeyecektir³¹⁴. Yargıtay yerleşmiş içtihatlarında anahtar teslimin, iskan ruhsatını da kapsadığını, iskan alınmadan hukuki anlamda binanın teslim edildiğinden bahsetmenin mümkün olmayacağını kabul etmektedir³¹⁵.

İnşaat tamamlanmış fakat teslimde gecikme söz konusu ise, inşaatın tamamlanmış olması yükleniciyi temerrütten kurtarmayacaktır. Ancak bu durumda arsa sahibi TBK m.125'te düzenlenen seçimlik haklar yerine aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilecektir. Nitekim ortada tamamlanmış bir inşaat bulunduğundan arsa sahibinin artık aynen ifadan vazgeçme hakkı bulunmamaktadır³¹⁶. Aynı durum sadece yapı kullanma izin belgesinin alınmasındaki gecikme halinde de söz konusu olacaktır. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 30 gereğince sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, kural olarak inşaat ruhsatını alma yükümlülüğü arsa sahibine yüklenmiştir. Ancak, sözleşmede iskan izninin yüklenici tarafından alınmasının kararlaştırıldığı hallerde bu iznin alınmasındaki gecikme yüklenicinin temerrüdüne neden olacaktır³¹⁷. Fakat bu durumda da arsa

³¹³Kaplan, İnşaat, s.76.

³¹⁴Serkan Ayan, s. 82; Cengiz/Cengiz, s. 48.

³¹⁵Y. 15. HD. T. 21.11.2019, E.2019/1079, K.2019/4772; “Davacıların dayanağı olan 20.05.2008 gün 7072 ve 15.05.2005 gün 17595 yevmiye nolu düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat satış sözleşmelerinde yüklenici tarafından arsa sahiplerine ait dairelerin anahtar teslimi olarak yapıp teslim edileceği kararlaştırılmıştır. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında yüklenicinin anahtar teslimi inşaatı yapıp teslim etmeyi üstlenmiş olması durumunda anahtar teslimi ibaresinin yapı kullanma izin belgesinin alınması koşulunu da içerdiği kabul edilmektedir. Yapı kullanma izin belgesi alınmayan bağımsız bölüm ya da inşaat fiilen teslim edilmiş olsa dahi arsa sahibi yapı kullanma izni alınmayan bağımsız bölümler ya da yapıyı kullanmaya ya da kiraya vermeye zorlanamayacağından yüklenici tarafından arsa sahibine yapı kullanma izin belgesi alınmaksızın teslim edilen bağımsız bölümlerin fiilen kullanılarak ya da kiraya verilmek suretiyle gelir temin edildiği ya da arsa sahibince satıldığı kanıtlanmadıkça arsa sahibi teslimi gereken tarihten yapı kullanma izin belgesinin alındığı ya da bağımsız bölüm veya bölümleri üçüncü kişilere sattığı tarihe kadar gecikme tazminatını arsa sahibi yükleniciden isteyebilecektir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2001 gün 2001/3088 Esas, 2001/5274 Karar sayılı ilamı ve benzer içtihatlar).” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.03.04.2022.

³¹⁶Ermən, s.73; Şahin, s.168; Akyol, s. 23.

³¹⁷Serkan Ayan, s. 133; Y. 23. HD. E.2015/3912, K.2018/2197, T. 15.03.2018: “Dava, 26.08.2004 günlü sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Davada, davacı arsa sahiplerince, eksik ve kusurlu işlerin tamamlanması ile yapı kullanma izin belgesinin alınabilmesi için davalı yükleniciye sözleşme gereğince isabet eden 19 numaralı dairenin satışına izin istenmiştir. Bu talep, hukuki niteliğince BK.’nın 97/1. (TBK md. 113/1) maddesi hükmünde düzenlenen nama ifa istemidir. Buna göre, borçlu yapma borcunu ifa etmediğinde, alacaklı, masrafları borçluya ait olmak üzere, edimin kendisi veya başkası tarafından yapılmasına izin verilmesini isteyebilir. Somut olayda, taraflar arasındaki sözleşmede,

sahibinin aynen ifadan vazgeçme hakkı bulunmamaktadır, aksinin kabulü hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir³¹⁸.

Bazı durumlarda fiilen bitirilmiş inşaatla bile ayıp ya da eksikliklerin bulunması mümkün olduğundan bu durumun inşaatın tamamlanmış sayılmasını veya teslimini engelleyeceği hem doktrinde hem de yargı kararlarında kabul edilmektedir³¹⁹. Bu nedenle inşaatla ayıp veya eksiklik bulunması halleri de bu çalışmada incelenecektir.

2.2.3.1. İnşaatla Ayıp Bulunması Halinde

Teslim edilen inşaat, açıkça ya da örtülü olarak öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli nitelikleri taşımalıdır. Kararlaştırılan nitelikleri taşımayan yapı ayıplı sayılır³²⁰. Sözleşmede kararlaştırılmamakla birlikte dürüstlük kuralı gereği bulunması lazım gelen niteliklerin inşa edilen yapıda bulunmaması da yapının ayıplı olduğu anlamına gelir³²¹. Yargıtay ayıplı eseri, sözleşmede kararlaştırılan vasıf ve nitelikleri veya olması gerekli bazı vasıfları bünyesinde taşımayan eser olarak tanımlamaktadır³²².

İnşaatın ayıpsız olması bir şart olmamakla birlikte teslimin zorunlu koşullarından biri de değildir. Bu durumda arsa sahibi, kendisine teslimi yapılmak istenen bağımsız bölümlerde ayıp bulunması halinde ayıplı ifayı kabul etmek zorunda değildir³²³. Keza arsa sahibi yapıyı, TBK m.474 yollamasıyla teslimden sonra makul bir sürede incelemek ve tespit ettiği ayıpları yükleniciye bildirmek zorundadır. Yapının tek bir seferde değil de bölüm bölüm teslimi halinde teslim edilen bölümlerin her birinin ayrı ayrı gözden geçirilmesi gerekmektedir³²⁴. Örnek olarak iki bloklu bir sitenin inşaatı halinde yüklenici ilk inşa ettiği bloğu diğer bloktan önce arsa sahibine teslim ederse arsa sahibi muayene için ikinci bloğun tamamlanmasını beklememelidir.

yapı denetim masrafları ve iskan izin belgesi alınması ve masraflarının da yükleniciye ait olacağı açıkça düzenlenmiş; davalı yüklenicinin ise bu borçlarını ifa etmediği gibi inşaatla halen eksik ve kusurlu işlerin bulunduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, mahkemece, eksik ve kusurlu işler bedeli, yapı denetim masrafları ve iskan izni alınması ve masraflarının karşılanması amacıyla, davacıların nama ifa ve bu kapsamda 19 numaralı dairenin satışına izin ve yetki verilmesi taleplerinin kabulü yerine nama ifa talebinin yerinde görülmediği gerekçesiyle reddi usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması gerekmiştir.” www.kazanci.com, e.t. 06.03.2022.

³¹⁸Öz, Dönme, s. 170.

³¹⁹Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku C.1, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 1012.

³²⁰Erman, s. 121; Kırmızı, s. 693.

³²¹Tandoğan, s. 161, Gümüş, s. 49, Şenocak, s.93.

³²²Y. 23. HD. T.11.03.2015, E.2015/973, K.2015/1534; “Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.03.04.2022.

³²³Erman, s. 74.

³²⁴İpek Yücer Aktürk, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Kulfetleri, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 128; Şahiniz, s. 110-111.

Arsa sahibinin ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmesi için gözden geçirme yükümlülüğü dışında aynı zamanda tespit edilen ayıpları yükleniciye ihbar etmesi gerekmektedir³²⁵.

Ancak arsa sahibi gözden geçirme ve ihbar yükümlülüğüne uymaksızın bitirilen bölümleri teslim almışsa bu durumda ifa gerçekleştirmiş kabul edilerek yüklenici edimini yerine getirmiş sayılacaktır. Bu durumda yüklenicinin edimini yerine getirmediğinden bahisle temerrüde düşmesinden bahsedilemeyecektir³²⁶.

2.2.3.2. İnşaatta Eksiklik Bulunması Halinde

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri bakımından eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları birbirinden farklı olup her iki durumun varlığı halinde de sözleşmeye aykırılık söz konusu olacaktır³²⁷.

Sözleşme gereği belirlenen işlerin bir kısmının veya tamamının yapılmaması eksik ifa halidir. Örnek olarak asansörün takılmaması ya da parkelerin döşenmemiş olması gösterilebilir³²⁸. Doktrinde yapılan bir tanıma göre arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde teknik şartnamede belirtilen işlerin bir bölümünün ya da tamamının yapılmaması veya teknik şartnamede olmasa bile orta seviye bir inşaatta olması gereken işlerin bulunmaması halinde eksik işlerin varlığından söz edilebilir³²⁹.

Eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları birbirine karıştırılmakla birlikte Yargıtay'ın tanımı ise şu şekildedir: “Eksik iş, yapılması gerekmesine rağmen tam olarak yapılmayan iştir. Ayıplı eser ise sözleşme ile belirlenen özellikleri veya olması gerekli bazı özellikleri taşımayan eserdir. Başka bir anlatımla ayıp, sözleşme veya kanun hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken özelliklerin o malda ya da eserde bulunmaması, olmaması lazım gelen bozuklukların ise olmasıdır.”³³⁰.

Eksik ifa ve ayıplı ifanın ayırt edilmesi noktasında doktrinde yapılan bir tanım ise genel olarak kabul görmektedir. İlgili tanıma göre, aykırılıklar diğer bölümlere dokunulmaksızın giderilebiliyor ise eksik ifa, bu aykırılığın giderilebilmesi için diğer bölümlere de dokunulması gerekiyor ise ayıplı ifa söz konusudur³³¹.

³²⁵Gür, s. 69.

³²⁶Erman, s. 121.

³²⁷Serkan Ayan, s. 61; Erman, s. 199.

³²⁸Serkan Ayan, s. 61.

³²⁹Erman, s. 199-201.

³³⁰Y. 15. HD. T. 30.06.2021, E. 2020/1263, K.2021/3148, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 03.04.2022.

³³¹Gauch, s. 403 naklen Serkan Ayan, s. 61.

İnşaatta eksiklik bulunması durumunda, İsviçre ve Türk Hukukundaki ağırlıkta olan görüş, ifa olarak bu inşaatın teslim edilmesinin veya teslim alınmasının mümkün olmadığı yönündedir. Ancak bu görüş birtakım itirazlarla karşılaşmaktadır. Buna göre yüklenici bağımsız bölümleri tamamlamış ancak pencere veya kapı kollarının takılması eksik kalmışsa ya da bağımsız bölüm bitirilmemiş olsa bile arsa sahibi muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmeden yapıyı örtülü olarak kabul etmişse artık teslimin yapılmadığının kabul edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır³³².

Kanaatimizce daha isabetli olan bir diğer görüş ise; inşaatteki eksiklik halinde teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirlenmesi için, öncelikle işteki eksikliğe göre bir değerlendirme yapılmasının daha hakkaniyetli olacağını savunmaktadır. İnşaatta var olan eksiklik eğer inşaatın tamamlanmış sayılmasını engelliyorsa diğer bir ifadeyle arsa malikinin bağımsız bölümü teslim alması dürüstlük kuralları gereği kendisinden beklenemiyorsa, teslimin dolayısıyla da ifanın gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Bu durumda arsa sahibi bağımsız bölümlerden birkaçını kullanıyor olsa bile teslim gerçekleşmiş olmaz. Buna karşılık inşaatteki eksiklik küçük ve basit nitelikte ise, muslukların takılmamış olması gibi, bu durum arsa malikine inşaatı teslim almama hakkı vermemelidir. Böyle bir durumda yüklenicinin inşaatı teslim iradesi tek başına yeterlidir³³³.

Yüklenicinin sözleşmeye konu edilen inşaatla ilişkin iskan ruhsatı almaması durumunun eksik iş mi yoksa ayıplı ifa mı olduğu hususu da önem arz etmektedir. Yargıtay eski tarihli kararlarında iskan ruhsatı alınmamasını hukuki ayıp olarak kabul edip bu ayıbın inşaatın arsa maliki tarafından teslim alınmasına engel oluşturmadığı görüşündeydi. Fakat ilerleyen yıllarda görüş değiştirerek iskan ruhsatının alınmamasını eksik iş olarak kabul etti. Bu durumda yapı arsa malikine fiilen teslim edilmiş olsa bile hukuki anlamda teslim meydana gelmediğinden yüklenici edimini yerine getirmemiş olacaktır³³⁴.

³³²Alfred Koller, Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag Art. 363-366, Bern 1998, s.100 naklen Serkan Ayan, s. 65; Erman, s. 201.

³³³Öz, İnşaat, s.131; Serkan Ayan, s.50-60; Karataş, s.143.

³³⁴Asuman Turanboy, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhitin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 41, S.1, Ankara 1990, s. 155; Serkan Ayan, s. 71; Zevkliler/Gökyayla, s. 481; Y. 23. HD. T. 19.09.2019, E.2016/7132, K.2019/3721; “Arsa sahibinin sözleşmeden doğan haklarını, teminat altına alabilmek amacıyla elde tutulan bağımsız bölüm veya bölümlerin eksik ve ayıplı işleri tamamlamadan veya eksik ve ayıplı işleri bedeli ile gecikme tazminatı ödenmeden sözleşmeye uygun olarak teslim olgusunun gerçekleştiği kabul edilemeyeceğinden yüklenici tescile hak kazanamaz. Somut olayda, sözleşmeye göre davacı yüklenicinin yükümlülüğünde bulunan iskan ruhsatının alınmadığı ve eksik imalatların bulunduğu görülmüştür. Bu durumda mahkemece,

Kanaatimizce iskan ruhsatının alınmamış olması, inşaatın tamamlanmamasında ileri geliyor ise temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Ancak inşaat tamamlanmış fakat yüklenici henüz ruhsatı alamamışsa bu durumu eksiklik olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

2.2.4. İhtar

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için, muaccel ve ifası mümkün olan teslim borcunu ifa etmemesi yeterli değildir. Ayrıca arsa sahibi tarafından, yüklenicinin temerrüde düşmesinin şekli şartı olan ihtarın da yerine getirilmiş olması gerekmektedir³³⁵. İhtar, borcun ifasının alacaklı tarafından belli bir zamanda talep edildiğine ilişkin bir irade açıklaması olup borçlu ihtarla, edimini ne zaman yerine getirmesi gerektiği hakkında fikir sahibi olur³³⁶.

İhtar, tek taraflı ve hukuki işlem benzeri irade açıklaması olup yükleniciye varmasıyla sonuç doğuracaktır³³⁷. İhtarın hukuki işlem benzeri bir beyan olmasının sonucu olarak, ihtara ilişkin sonuçlar karşı tarafça bilinmese ve öngörülme dahi doğacaktır. Alacaklı ihtarı borçluyu temerrüde düşürme amacıyla yapmasa bile bu beyanın hukuki sonucu temerrüttür³³⁸. İhtarın hukuki işlem benzeri bir beyan olmasının diğer bir sonucu da kural olarak hiçbir şekle tabi olmamasıdır. Ancak sözleşme gereği bir şekil şartı kararlaştırılmış ise bu şekle uyulması gerekir³³⁹. Nitekim tacirler arasındaki temerrüt ihtarının yapılma şekli ile ilgili TTK m.18/3 hükmü uyarınca; karşı tarafı temerrüde düşürme, sözleşmeyi feshetme ve dönmeye yönelik ihbar veya

edimini tam olarak ifa etmeyen davacı yüklenicinin davalı arsa sahibinden karşı edim olan tapu iptali ve tescil isteyemeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabule karar verilmesi doğru görülmemiş kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 03.04.2022.

³³⁵Kırmızı, s. 485; Y. 15. HD. T. 28.03.2011, E.2010/1577, K.2011/1869; “Davacı, sondaj işini yapmak üzere makine ve araçları ile Patnos ilçesine geldiğini ancak davalının sözleşmeye uymayarak işi başkasına verip akdi bozduğunu, bu yüzden araçları nakil nedeniyle yaptığı masraflardan dolayı zarara uğradığını ileri sürerek tahsilini istemiştir. Davalı akdi ilişkiyi kabul etmekle beraber davacının geciktiğini, bu itibarla dava konusu işlerin kendisine yaptırılmadığını savunmuştur. Ne var ki sözleşmede işe başlama tarihi ve süresi belirlenmiş olmadığı halde davalının BK'nın 101 ve 106. maddelerindeki koşullara uygun olarak davacıyı temerrüde düşürmeksizin işi bir başkasına yaptırması nedeniyle akdi fesihte kusurlu duruma düştüğü anlaşılmıştır. Bu itibarla davalı, davacının uyuşmazlık konusu yapılan zararını tazmin etmek zorundadır.” www.corpus.com.tr, e.t. 06.03.2022

³³⁶Eren, Genel Hükümler, s. 1049; Oğuzman/Öz, s. 297.

³³⁷Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 29. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2020, s.128.

³³⁸Dirican, s. 43; Von Andreas Tuhr (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Olgaç Matbaası, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara 1983, s.606; Sütçü, s. 671.

³³⁹Köksal/Güneri, s. 251.

ihhtarların taahhütlü mektup, telgraf, güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi aracılığıyla ya da noter kanalıyla yapılması zorunludur³⁴⁰.

İhtar açık veya zımni şekilde yapılabilir ancak ihtarda ifası istenen borç açık bir şekilde belirtilmelidir. Bu bakımdan arsa sahibinin göndereceği ihtardan, ifa zamanının geldiğinin ve yükleniciden bağımsız bölümlerin teslimini talep ettiğinin anlaşılmaması gereklidir. Sadece teslim tarihine ilişkin hatırlatmalar ihtar sayılmaz³⁴¹.

İhtarın ne zaman yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte arsa sahibi kural olarak ihtarın yapılacağı zamanı serbestçe belirleyebilir. Ancak ihtar için uygun bir yer ve zaman belirlenmelidir. İhtar, uygun olmayan zamanda veya yerde yapılmışsa, hükümsüz sayılmayıp dürüstlük kuralı doğrultusunda uygun şekilde yapılabileceği an itibariyle hüküm ifade edecektir. Ancak kanunda özel olarak öngörülmedikçe borç muaccel olmadan gönderilen ihtar hukuki sonuç dođurmayacaktır³⁴². Bununla birlikte doktrinde de genel olarak kabul edildiği üzere borç muaccel olmadan gönderilen ihtar muacceliyete kadar hukuki sonuç doğurmasa da muacceliyetten sonra hüküm ve sonuçlarını dođurabilmelidir³⁴³.

Bazı durumlarda alacaklının ihtar amaçlı olmayan beyanları, ihtar niteliği taşıyabilecektir.  rnek olarak eserin teslim edilmesi için yükleniciye karşı davası açılması ya da ödeme emri gönderilmesi, alacaklının edimin ifasına yönelik iradesini yeterince ortaya koyması sebebiyle TBK m.121/1 gereği ihtar (ihtar yerine geçen işlem) niteliği ta ır³⁴⁴.

³⁴⁰ ahin, s. 170.

³⁴¹Eren, Genel Hükümler, s. 1227 -1228.

³⁴²Kurt, s.174.

³⁴³S t  , s. 676;  nen, s. 43; Suat Sarı, “Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.2, S.1, İstanbul 2010, s. 1577.

³⁴⁴S t  , s. 986; Kurt, s. 174;  etin Aslan ve Mustafa Kırmızı, Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.190; Y. 15. HD. T. 18.2.2019, E.2018/5005, K.2019/657 “...818 Sayılı BK’nın 101. maddesi hükmünce davalının usulüne uygun ke ide edilen ihtarla temerrüde d   r lmediğinden, söz konusu davanın açıldığı 16.09.2009 tarihinden önce davalı i  sahibinin temerrüdünün gerçekleşmediği söz konusu kararda 1.000,00 TL ticari faize hükmedilmiş ise de karar gerekçesinde davacı yüklenicinin belirlenen bir tarihten itibaren i  sahibini temerrüde d   r erek faiz istemekte haklı olduğuna dair bir gerekçesi ve kabulüyle hesaplaması olmadığından ve 1.000,00 TL’lik faiz kararının temyiz konusu yapılmamış olması nedeniyle bozma nedeni yapılmadığından davacı yararına oluşan usuli kazanılmış haktan söz edilmesinin mümkün bulunmamasına”; Y. 23. HD. T.16.10.2014, E.2014/1358, K.2014/6364 “Davaya konu kalemler tek tek değerlendirilerek, bunların ayıplı i  mi, yoksa eksik i  mi, ayıplı i lerin ise gizli ayıp mı yoksa açık ayıp mı olduğu belirlenmelidir. İnşaatın davacılara fiilen teslim edildiği tarih itibarıyla açık ayıplarla ilgili teslimden sonra yükleniciye BK’nın 359. (TBK’nın 474.) maddesinde öngörülen sürede ihbarda bulunulup bulunulmadığı, gizli ayıplarla ilgili olarak da ayıbın ortaya ne zaman çıktığı, çıkmasından sonra yüklenicinin BK’nın 362. (TBK’nın m. 477) maddesine uygun olarak haberdar edilip edilmediği hususları üzerinde durulmalıdır. B y k kmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2009/842 E. sayısına kayıtlı davada, dava dilekçesinde, yüklenici tarafından inşaatın 2008 yılında teslim edildiği kabul edilmiş olup, 08.06.2009 tarihinde açılan dava, ayıp ihbarı niteliğinde ise de, belirlenen açık ayıp kalemleri yönünden ayıp ihbarının BK’nın 359.

İhtar, varması gerekli bir irade beyanı olduğundan yükleniciye ulaşmasından itibaren hüküm doğuracaktır. Eğer ihtarda edimin teslimi için bir süre belirtilmişse, ihtar bu sürenin dolması ile hüküm ve sonuç doğuracak, yüklenici de bu sürenin sonunda hala edimini ifa etmemişse temerrüde düşecektir³⁴⁵.

2.2.5. İhtara Gerek Olmayan Durumlar

Yüklenicinin temerrüdü için arsa sahibinin yapacağı ihtara ihtiyaç duyulurken bu kural emredici nitelikte değildir. Bu nedenle ihtar gerekmesine rağmen taraflar anlaşarak temerrüdün ihtara gerek olmadan gerçekleşeceğini kararlaştırabilirler. Doktrinde de tarafların temerrüt için sadece muacceliyetin yeterli olduğunu bunun dışında ihtara lüzum bulunmadığını kararlaştırmaları halinde bunun geçerli olacağı kabul edilmektedir³⁴⁶. Bunun dışında bazı istisnai durumların varlığı halinde de ihtar gerekmez. Bunlar;

2.2.5.1. İfa Gününün Taraflarca Belirlenmiş Olması

TBK m. 117/2'ye göre, borcun yerine getirileceği gün sözleşmede belirlenmiş ya da sözleşme ile taraflardan birine bu zamanı belirleme yetkisi tanınmışsa ve bu taraf usulüne uygun biçimde karşı tarafa bildirmişse artık belirli vade söz konusu olup borçlunun temerrüdü için ihtara gerek yoktur³⁴⁷. Bu hüküm kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 102.maddesinde, “İfa için belirli bir vadenin kararlaştırılmış olduğu hallerde” şeklinde düzenlenmiştir³⁴⁸.

Belirli vade, borçlunun sözleşmenin içeriğinden alacaklının herhangi bir talebine gerek olmaksızın edimini ifa etmesi gereken tarihi anlayabileceği durumlarda söz konusu olur³⁴⁹. Yüklenici belirli vadenin olduğu durumlarda, vadede borcunu ifa etmezse, arsa sahibinin ihtarına gerek olmadan kendiliğinden temerrüde düşecektir.

maddesinde öngörülen sürede yapılmadığı gözetilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik araştırmaya dayalı olarak hüküm tesisi doğru olmamıştır.”, www.legal.com.tr, e.t. 07.03.2022.

³⁴⁵Kurt, s. 175; Eren, Genel Hükümler, s. 1118; İsa Enli, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 101.

³⁴⁶Oğuzman/Öz, s. 297; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 919, Havutçu, s. 31.

³⁴⁷Duman, s.568; Yavuz/Acar/Özen, s. 527.

³⁴⁸Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 879.

³⁴⁹Kurt, s.177; Serkan Ayan, s.141.

Çünkü bu halde, yüklenici, arsa sahibinin kendisinden bağımsız bölümleri ne zaman teslim etmesini istediğini önceden bilmektedir³⁵⁰.

Kesin vadede ise belirli vadeden farklı olarak borçlu, belirlenen tarihte borcunu mutlaka ifa etmek zorunda olup sürenin dolması akabinde, alacaklının ek süre vermeksizin aynen ifadan vazgeçebilmesi söz konusudur³⁵¹. Bu kapsamda TBK m.117/2 uyarınca ihtarın aranmaması için vadenin açık ve belli olması gerekli ve yeterli iken, TBK m. 124/b.3 uyarınca ek sürenin verilmemesi için vadenin kesin olması gerekmektedir³⁵².

TBK uyarınca belirli vadenin söz konusu olabilmesi için borcun ifa edileceği tarihin önceden belli veyahut belirlenebilir olması gerekmektedir. Örnek olarak vade 1 Ocak 2021 şeklinde muayyen bir tarih olarak belirlenmişse, vadede borç ifa edilmediği takdirde belirlenen günün sonunda ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olacaktır³⁵³.

Vadenin belli bir gün olarak takvime göre değil de uygulamada da sıklıkla yapıldığı üzere sözleşmenin imzasından sonra 24 ay, 36 ay gibi kararlaştırılması da mümkündür. Bu durumda sözleşmenin imza tarihinden itibaren hesaplanan sürenin geçmesiyle borçlu, ihtara lüzum olmadan temerrüde düşmüş olacaktır³⁵⁴. Borçlar Kanunumuzda ve kanunun iktibas edildiği İsviçre Borçlar Kanunu'nda ifa zamanı olarak sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelecek bir olayın üzerinden belirli bir süre geçmesi şeklinde kararlaştırılması halinin, belirli vade niteliğinde olup olmadığı hususunda net bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Alman Hukuku'nda bu husus daha net ortaya konularak, belirli bir olayın gerçekleşmesinden sonra ifanın gerçekleşmesi kararlaştırılmışsa ve ifa için gerekli olan makul zaman, ilgili olayın gerçekleşmesinden sonra tarih olarak hesaplanabilecek bir biçimde belirlenmişse, artık temerrüt için ihtara gerek olmadığı düzenlenmiştir³⁵⁵.

³⁵⁰Kurt, s. 177.

³⁵¹Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.891; İzzet Karadaş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 167.

³⁵²Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 880.

³⁵³Oğuzman/Öz, s. 300; Serkan Ayan, s. 141.

³⁵⁴Serkan Ayan, s. 142; Karadaş, s. 168.

³⁵⁵Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 8.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 271; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. 1, Lieferung 1, Zürich 1974, Lieferung 2, Zürich 1979 naklen Oğuzman/Öz, s.300 dipnot 45; Wolfgang Ernst, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil (9th edn, C H Beck 2018) BGB § 286, Rn 60-67 naklen Kürşat Yağcı, "Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart

Doktrinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından tarafların muacceliyet tarihini belirleyip bu sürenin ne zaman başlayacağını belirlememeleri durumunda ne olacağı tartışmalıdır. Bu tartışmanın sebebi, sözleşmenin yapıldığı sırada vadenin belirlenebilir olmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır³⁵⁶. Uygulamada inşaatın yapımına başlamak için gerekli olan ruhsatın alındığı tarihte sürenin başlayacağı yönünde kabul olmakla birlikte bu şekilde belirlenen vadenin, belirli vade sayılıp sayılmayacağı konusu tartışma yaratmaktadır³⁵⁷. Hakim olan görüş, belli vadeden söz edebilmek için bunun sözleşme yapıldığı sırada belirlenebilir olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, belirli vadeden bahsedebilmek için borçlunun, sözleşmenin yapıldığı sırada hiçbir tereddüde yer olmaksızın borcunu ne zaman ifa edeceğini bilmesi gerekir. Nitekim sürenin sonradan ve ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir duruma bağlanması halinde belirli vadeden bahsedilemez, bu sebeple de yüklenicinin temerrüde düşebilmesi için ihtar gereklidir³⁵⁸. Aksi görüşteki yazarlara göre ise; inşaat süresinin ruhsat alınması gibi sonradan gerçekleşecek bir olaya bağlandığı durumlarda da belirli vadenin olduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda da yüklenicinin borcunu ifa etmesi gereken süre sözleşmede kararlaştırılmıştır ve bellidir. Dolayısıyla sözleşmede yer alan 24 ay, 36 ay gibi sürelerin dolması ile yüklenici ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşecektir³⁵⁹.

Mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)”, İHM, C.77, İstanbul 2019, s. 278, <http://mecmua.istanbul.edu.tr>, e.t. 03.04.2022.

³⁵⁶Yener, s. 10; Serkan Ayan, s. 142; Kurt, s. 177.

³⁵⁷Kurt, s. 177; Y. 23. HD. T. 02.04.2018, E.2015/2528, K.2018/2563; “Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; davaya konu taşınmaz için davalı tarafından hazırlanan 18.06.2012 tarihli onaylı mimari projenin, taşınmazın bulunduğu 414 oda için Belediye Başkanlığı ile Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu'nun koruma amaçlı imar planının uygun bulunmasından sonra değerlendirilebileceği belirtildiğinden, inşaat ruhsatı alabilmek için yasal zorunluluk olan izinlerin Belediye Başkanlığı ve Koruma Kurulu'ndan alınacağı, onaylar ve izinler alınmadan inşaat ruhsatı alınamayacağından taraflar arasındaki sözleşme doğrultusunda davalının gerekli başvuruları yaptığı, ancak ...incelenmesinden dolayı zaman aldığından halen koruma amaçlı İmar Planının Koruma Kurulu tarafından onaylanmadığı, böylelikle davalının inşaatın yapılmasındaki gecikmeden dolayı sorumlu tutulamayacağı, davacının davasını ispatlayamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.”, www.sinerji.com, e.t. 08.03.2022.

³⁵⁸Kurt, s. 178; Öz, Dönme, s. 154.

³⁵⁹Serkan Ayan, s. 142; Şahin, s. 175; Y. 23. HD. T. 13.11.2012, E.2012/3847, K.2012/6647; “Somut olayda, davacı arsa sahibi ile davalı yüklenici arasındaki 08.01.2010 tarihli düzenleme şeklindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı ruhsatı alınması için herhangi bir vade kararlaştırılmamış olup, inşaatın temel üstü vizesi alındığı tarihten itibaren 34 ay içinde bitirileceği belirtilmiştir. Bunun dışında inşaatın tasdikli projeye, imar durumuna ve sözleşmede yazılı şartlara uygun olarak yapılacağı kararlaştırılmıştır. Ne var ki, davalı yüklenici henüz yapı ruhsatını almamasına rağmen, BK nun 101. maddesine uygun şekilde temerrüde düşürülmüş değildir. Ayrıca yüklenicinin sözleşmeye aykırı imalat yaptığını gösteren belediyesince onaylı herhangi bir proje de bulunmamaktadır. Bu durumda, davacı arsa sahibi açısından fesih koşullarının oluştuğu söylenemeyeceğinden davanın reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.” www.corpus.com.tr, e.t. 08.03.2022.

Belirli vade açısından incelenmesi gereken diğer durum ise, daha sonradan ortaya çıkan ve özellikle asa malikinin risk alanından kaynaklanan sebeplerle inşaatın durması veya yavaşlaması hâlinde, bu durumun muacceliyet tarihine ve vadenin belirliliğine etki edip etmeyeceği hususudur. Doktrindeki bir görüş, sonradan ortaya çıkan sebeplerle başlangıçta belirlenen süre uzamışsa artık vadenin, belirli olma özelliğini yitirdiğini bu sebeple de yüklenicinin temerrüde düşmesi için arsa sahibinin ihtarının gerekeceğini savunmaktadır³⁶⁰. Diğer görüşteki yazarlara göre ise bu durumun kabulü yani vadenin belirli olma özelliğini yitirip temerrüt için ihtarın varlığının kabulü hakkaniyete aykırıdır. Bu durumda yüklenicinin arsa sahibinden ihtar beklemesi menfaatler dengesine aykırılık teşkil edecektir. Nitekim teslim süresinin ne kadar uzayacağı bellidir, bu sebeple de yüklenicinin belirli vadenin ortadan kalktığını ve ihtar olmadığı için uzayan inşaat süresinin sonunda temerrüde düşmediğini ileri sürmesi hakkaniyete aykırı sayılmalıdır³⁶¹. Yargıtay uygulamaları da ikinci görüş doğrultusunda olup öngörülemeyen sebeplerle sürenin uzaması halinde yüklenicinin temerrüdü için ihtar aramamıştır³⁶².

2.2.5.2. İfa Gününü Belirleme Yetkisinin Taraflardan Birine Bırakılması

TBK m.117 ikinci fıkra uyarınca ihtara gerek olmayan diğer bir hal olarak; borcun ifa edileceği günün belirlenmesinin taraflardan birisine bırakılması düzenlenmiştir. Borcun ifa edileceği günü tayin yetkisi sözleşme ile ya da kanunla taraflardan birisine bırakılmış olabilir. Bu halde belirlenecek vadenin ertesinde diğer şartların da mevcudiyetiyle birlikte temerrüt söz konusu olacaktır³⁶³.

Borcun ifa gününün tayinine yönelik yapılacak bildirim, hukuksal sonuç doğuran bir irade açıklamasıdır. Zira bu irade açıklaması sonucunda borçlu temerrüde düşmektedir. Bu sebeple de buradaki bildirimin niteliği itibariyle hukuksal işlem olduğu kabul edilmektedir. HMK m. 200 gereğince, hukuksal işlemlerin ispatı senetle ispat kuralına bağlandığından, ispatın yapıldığı ancak senetle kanıtlanabilecektir³⁶⁴.

³⁶⁰Ozanoğlu, s. 71; Dirican, s. 104.

³⁶¹Serkan Ayan, s. 145; Şahin, s. 175.

³⁶²Y. 15. HD. T. 07.04.2004, E. 2003/4795, K. 2004/1968; "... mahkemece ilgili imar müdürlüğünden ve belediyeden durum sorularak deprem yüzünden inşaatların ne kadar süre durdurulduğu belirlenmeli, büyük çapta bir depremin kendiliğinden meydana getirdiği bu gecikme mücbir sebep sayılarak hakkaniyete uygun bir süre için gecikme tazminatı istemi karar altına alınmalıdır..." www.corpus.com.tr, e.t. 08.03.2022.

³⁶³Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıp, s. 1229; Yakuppur, s. 81.

³⁶⁴Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 881.

İfa zamanını belirleme yetkisinin yalnızca bu hakkın sözleşmede saklı tutulması durumunda mı uygulanacağı yoksa kanundan kaynaklanan hallerde de uygulanabilir olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre saklı tutulma ibaresinden bu durumun sadece sözleşmede saklı tutulmasını değil, kanunda yer alan durumlarda da ihbar hakkının kullanılabilceğini anlamak gerekir³⁶⁵. Aksi görüşte düşünen yazarlara göre ise ifa zamanını ihbarla belirleme yetkisi sadece sözleşmede yer alıyorsa uygulanabilecektir. Zira kanunda ihbara ilişkin saklı tutulan bir hak olamaz³⁶⁶.

Kanaatimizce burada ihbar ile amaçlanan borçlunun borcunu ne zaman ifa edeceğini bilmesi olduğundan bu ihbarın kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanmasının bir farkı ya da önemi bulunmamaktadır.

2.2.5.3. İhtarın Gereksiz Ya Da Yararsız Kalacağına Anlaşılması

Türk Borçlar Kanunu'nda ihtarın gereksiz veya yararsız olacağına ilişkin bir istisnai hüküm mevcut olmamakla birlikte bu durumun varlığı genel hükümlerden çıkartılabilmektedir³⁶⁷. TBK m.117/2'de açık bir hüküm olarak ifade edilmemiş olmakla birlikte dürüstlük kuralına göre ihtarın yapılmasına gerek kalmayan hallerde yüklenicinin ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceği kabul edilmektedir³⁶⁸.

Yüklenicinin, bir yapı inşa etme edimini yerine getirmek istememesi farklı sebeplere dayanabilir. Örnek olarak yüklenici sözleşmenin kendisi için bağlayıcı olmadığını iddia edebilir veya sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürebilir, irade bozukluğu sebebiyle sözleşmeyi iptal ettiğini ya da arsa malikinin temerrüde düşmüş olmasından mütevellit sözleşmeden dönme hakkını kullandığını beyan edebilir veya ekonomik sebeplerle yapıyı bitiremeyeceğini söyleyerek yarım bırakarak inşaat alanını terk edebilir³⁶⁹.

İhtarın gereksiz veya yararsız kalacağına anlaşılması durumu daha çok borçlunun borcunu yerine getirmeyeceğini açık olarak belirttiği veya yapılan muacceliyet bildirimine rağmen yine de borcunu ifa etmeyeceğinin anlaşıldığı hallerde söz konusu olur³⁷⁰. Doktrinde borçlunun, muacceliyet tarihinden önce borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi durumunda, ihtarın yine de gerekip gerekmeyeceği konusunda görüş ayrılığı bulunmakla birlikte hakim olan görüş bu durumda dürüstlük kuralı uyarınca tekrar

³⁶⁵Havutçu, s. 30; Tandoğan, s. 477; Önen, s. 45.

³⁶⁶Oğuzman/Öz, s. 464.

³⁶⁷Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 881; Oğuzman/Öz, s. 301.

³⁶⁸Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıparmak, s. 918; Oğuzman/Öz, s. 462; Karahasan, s. 898; Dirican, s. 45.

³⁶⁹Serkan Ayan, s. 159.

³⁷⁰Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 685; Önen, s. 46; Havutçu, s. 30; Kılıç Öztürk, s. 71.

ihbarda bulunmaya gerek olmadığı yönündedir. Nitekim artık borçlu borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmiş ya da belli etmiş olup tekrar ihbarda bulunmanın hukuki yararı kalmamıştır³⁷¹.

TBK m.473 uyarınca, yüklenicinin sözleşme ile yükümlendiği işi tüm tahminlere göre zamanında tamamlayamayacağı açık olarak belliyse, iş sahibi artık teslim için belirlenen vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilir. Madde kapsamında teslim borcu muaccel hale gelmeden evvel yüklenici teslim ilişkine iradesini ortaya koyarsa, arsa sahibi borcun muaccel hale gelmesini beklemeden sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir³⁷².

Doktrindeki bir görüşe göre eğer yüklenici edimini ifa edemeyeceğini kesin bir şekilde belirtiyorsa bu durumda kusurlu ifa imkansızlığı söz konusu olur ve yüklenici tarafından arsa sahibinin müspet zararının tazmini gerekir. Bu görüşe göre alacaklının hiçbir şekilde ifaya ulaşamayacağı bütün haller imkânsızlık sayılmalıdır ve borcun iş görme edimini içermesi durumunda borçlunun kesinlikle ifada bulunmayacağını bildirmesi de imkânsızlık halidir. Bu durumda elde edilecek şey sadece tazminat olduğundan bu sebeple de artık temerrüt hükümleri uygulama alanı bulmaz³⁷³. Ancak doktrinde baskın olan görüşe göre yapma borcunun söz konusu olduğu durumlarda borçlunun edimini ifa etmeyeceğini net olarak ortaya koyması imkânsızlık olarak değerlendirilemez. Zira bunun iki sebebi bulunmaktadır. İlk olarak böyle bir değerlendirmenin kabulü TBK m.473/I hükmünü göz ardı etmek olacaktır. İkinci olarak ise imkânsızlık, yüklenicinin şahsi özelliklerinin ve becerilerinin ön planda olduğu iş görme edimleri açısından uygulanabilirse de bunun haricindeki başka iş görme edimlerinde kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. TBK. m.113 hükmü uyarınca, alacaklı borçlunun yapma borcuna ilişkin edimini ifa etmemesi durumunda masrafı borçluya ait olacak şekilde borcun kendisi tarafından yerine getirilmesine izin verilmesini talep edebilir. Bu nedenle yüklenici ifa borcunu yerine getirmeyeceğini kesin bir şekilde beyan ediyorsa temerrüdün şartlarının gerçekleşmesi aranmalıdır³⁷⁴.

Yargıtay da yüklenicinin kararlaştırılan inşaatı sözleşmede belirlenen tarihte bitirmeyerek inşaatı terk etmesi ve adresinden ayrılması durumunda fesih ihbarının ve

³⁷¹Barlas, s. 65; Kizir, s. 105; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altup, s. 918.

³⁷²Zeynep Sümeyra Başaran, “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertay’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1330.

³⁷³Öz, İnşaat, s. 134.

³⁷⁴Serkan Ayan, s. 160; Şahin, s. 145.

kendisine süre tanınmasının etkisiz olduğunu belirterek bu hallerde temerrüt için ayrı bir ihtar gerek olmadığını kabul etmiştir³⁷⁵.

Sonuç olarak yüklenici edimini ifa etmeyeceğini yani inşaatı öngörülen tarihte tamamlamayacağını açık ve kesin bir şekilde belli etmişse, teslim borcunun muaccel olması ile birlikte ihtar yapılması faydasız olacağından, ihtarın aranmasına artık gerek yoktur³⁷⁶. Bununla birlikte yüklenici kasten arsa sahibinin ihtarında bulunmasını engeller ya da ihtarın kendisine ulaşmasına mani olursa ihtar olmamasına rağmen yine temerrüde düşecektir³⁷⁷.

2.3. Yüklenicinin Kısmi Temerrüdü

İfanın kural olarak bir bütün halinde, başka bir deyişle sözleşme ile belirlenen edimlerin tam olarak birlikte ifa edilmesi gerekmektedir. Ancak borcun bir bölümünün ifa edilmesinden sonra, geri kalan kısmının ifasında borçlu temerrüde düşmüş olabilir. Bu durumda kısmi temerrüt söz konusu olacaktır³⁷⁸. Kısmi temerrüt bölünebilir bir edim borcunun belli bir bölümünün ifa edilmesi şeklinde olabileceği gibi sözleşme ile birden

³⁷⁵Y. 19. HD. T.10.10.2017, E.2016/12471, K.2017/6788; “Her ne kadar bozmadan sonra yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınmış ise de alınan yeni raporda bozmadan önceki ikinci bilirkişi heyetince düzenlenen kök ve ek raporların yerinde olduğu belirtilmiştir. Bu raporun atıf yaptığı bozma öncesinde alınan 18.12.2012 tarihli raporda ise "borçlu davalının hal ve davranışlarından ihtarın yararsız olacağı anlaşıldığı ve bu nedenle davalının ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olduğunun kabulünün gerekeceği" yönünde görüş bildirilmiş ancak davalı borçlunun hal ve davranışlarından neyin kastedildiği açıklanmamıştır.”; Y. 23. HD. T.05.03.2014, E.2013/7738, K.2014/1621; “Taraflar aralarında anahtar teslimi inşaat yapımı hususunda bir eser sözleşmesi yapmışlardır Davacı yüklenicinin edimi yerine getirmeden %40 seviyesinde inşaatı terk ettiği anlaşılmaktadır. Davacı yüklenici inşaatı terk etmiş bulunması nedeniyle, davalı işveren tarafından ihtarın semeresiz kalacağı kuşkusuz bulunduğundan, TBK 124. maddesine göre ihtar keşide edilmesinde de zorunluk bulunmamaktadır.”, www.corpus.com.tr, e.t. 03.04.2022.

³⁷⁶Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 255; Erman, s. 69; Serkan Ayan, s. 146; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 881; Oğuzman/Öz, s. 301; Y. 23. HD. T.27.06.2014, E.2014/5076, K.2014/5025: “Sözleşmede belirlenen kesin teslim tarihine göre, yüklenicinin temerrüde düştüğü açıktır. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 355. vd. maddelerinde yer alan eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın kararlaştırılan tarihte tesliminin gerçekleştirilememesi durumunda yüklenici borçlu temerrüde düşer ve arsa sahibinin anılan Yasa'nın 106/2. maddesince seçimlik hakları doğar.”; Y. 3. HD. T.19.02.2007, E.2006/45, K.2007/1019: “Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşmiş kararlarına göre; teslimi gereken tarihte inşaatın teslim edilmemesi halinde, yüklenici kendiliğinden temerrüde düşer ve temerrüt tarihinden itibaren de hiçbir ihtarla gerek kalmaksızın, yüklenici gecikmeden doğan zararları karşılamakla yükümlü olur. Somut olayda, temel üstü ruhsatı 13.01.1993 günü alındığına göre, 30 aylık sürenin sonu, 13.07.1995 tarihidir. Yüklenici, bu tarihte davacının bağımsız bölümünü teslim etmediğinden kendiliğinden teslimde temerrüde düşmüş olup, bu tarihten arsa sahibine ait 1.kat 5 nolu bağımsız bölümü teslim ettiği tarihe kadar olan gecikme süresi için aylık 500.000 TL tazminattan sorumludur.” www.corpus.com.tr, e.t. 10.03.2022.

³⁷⁷Kurt, s.181 ; Kılıç Öztürk, s. 71; Kizir, s. 105.

³⁷⁸Oğuzman/Öz, s. 535; Sütçü, s. 715.

fazla edim kararlaştırıldığı durumda bunlardan sadece bir kısmının yerine getirilmesi şeklinde de gerçekleşebilir³⁷⁹.

Borçlunun sözleşme gereği ifa ile yükümlü olduğu borcunun sadece belli bir bölümünü ifa etmesi halinde, alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda alacaklı kısmi ifayı kabul etmeyip, borcun tamamı için borçluyu temerrüde düşürebilir ve TBK 125. maddede sayılan seçimlik haklarını kullanabilir. Yeter ki alacaklının kısmi ifayı reddetmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesin³⁸⁰. Örnek olarak kaba inşaat şeklinde teslim edilmek istenen inşaatı, arsa sahibinin teslim almaması durumunda kısmi ifayı reddetmekte arsa sahibi haklıdır³⁸¹.

Ancak kısmi temerrüdün söz konusu olabilmesi için, borcun bölünebilir bir edim olması gerekir. Örneğin arsa payı inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin konusunu oluşturan inşaatın birden fazla bloktan oluşması halinde bazı bloklar tamamlanmışsa ayrı ayrı her blok edimin bir parçasını oluşturacağından bölünebilir bir edimin kısmi ifası gerçekleşmiş olur³⁸². Edim bölünebilir bir edim değilse ya da borcun niteliğinde bir azalma meydana getiriyorsa kısmi ifa mümkün olamaz, dolayısıyla da kısmi temerrütten bahsedilemez³⁸³.

Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından arsa sahibinin kısmi ifayı kabul ettiği veya dürüstlük kuralı gereğince kabul etmek zorunda kaldığı durumlarda, ifası gerçekleşen kısım dışında kalan bölümler için temerrüt ve temerrüde bağlı sonuçlar söz konusu olacaktır. Bu durumda arsa sahibi kendi edimini, kabul ettiği kısma karşılık gelen oranda kısmen yerine getirmelidir. İfa edilmeyen kısım bakımından ise; aynen ifa, ifa yerine tazminat, sözleşmeden dönme ya da sözleşmenin feshi seçeneklerinden birini seçebilecektir³⁸⁴.

³⁷⁹ Öz, Dönme, 98; Oğuzman/Öz, s. 535.

³⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 764; Reisoğlu, s. 297-298; Yener, s. 42, Serkan Ayan, s. 285.

³⁸¹ Sütçü, s. 718.

³⁸² Yener, s. 45; Serkan Ayan, s. 283-284.

³⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 764; Eren, Genel Hükümler, s. 1126; Oğuzman/Öz, s. 528.

³⁸⁴ Altınkan, s. 203; Serkan Ayan, s. 282-283; Buz, Dönme, s. 313-314; Dayınlarlı, s. 96; Eren, Genel Hükümler, s. 1126; Oğuzman/Öz, s. 546-548; Öz, Dönme, s. 187; Y. 23. HD. T. 30.11.2017, E.2015/9948, K.2017/3526; “Mahkemece, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamından; davalı yüklenici tarafından imzalanan, arsa sahiplerince dosyaya ibraz edilen ve imzası inkar edilmeyip, uygulanmaya başlanan “Ek Sözleşme ve Protokol” başlıklı belgede, ... numaralı parselde yer alan binanın tamamen yükleniciye bırakıldığı, bu nedenle asıl davada davacıların eksik, kusurlu işler bedeli ve gecikme tazminatı isteyemeyecekleri, ... numaralı parseldeki binanın % 81 oranında olduğu ve yüklenicinin temerrüde düştüğü gerekçesiyle, asıl davanın kısmen kabulü ile, ... numaralı parselde yönelik sözleşmenin geriye etkili feshine, 5 numaralı bağımsız bölümün tapu kaydının iptali ile davacılar adına tesciline; yüklenicinin ... numaralı parselde üçüncü kişilere sattığı bölümler nedeniyle elde ettiği gelirin, her iki parselde yaptığı imalatın bedelini karşıladığı, ... numaralı parselde yönelik sözleşme geriye etkili feshedildiği ve yüklenicinin alacağı bulunmadığı gerekçesiyle, birleşen davanın reddine karar verilmiştir.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.09.04.2022.

2.4. Yüklenicinin Temerrüdü Bakımından Kusurun Önemi

Borçlunun temerrüdü için kusurlu olması, Alman Hukukunun aksine Türk Hukuku açısından zorunlu bir şart değildir³⁸⁵. Türk Borçlar Hukukunda objektif borca aykırılık teorisi benimsenmiş olup borçlunun borcunu ifa etmeyip borca aykırı davranmasında kusurlu davranışı aranmamıştır³⁸⁶. Temerrüt halinde kural olarak borçlunun kusurunun aranmıyor oluşunun sebebi, temerrüdün borçlunun kişiliğinden soyutlanmış objektif bir durum olmasıdır³⁸⁷.

Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici inşaatı teslim edememe nedeni olarak kendi kusuru dışındaki sebepleri ileri sürerek temerrüde düşmekten kurtulamaz. Fakat yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun olmaması, temerrüdün bazı hukukî sonuçları bakımından onu sorumluluktan kurtarır³⁸⁸.

Şöyle ki; arsa sahibinin tazminat talepleri bakımından yüklenicinin kusurlu bulunması şarttır. Buna göre arsa sahibinin seçimlik hakları olan aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönüp menfi zararın tazmini taleplerinde yüklenicinin kusurlu olması aranır³⁸⁹. Ayrıca TBK m. 119/I hükmü gereğince temerrüde düşmekte kusuru olan yüklenici, yapının meydana getirilmesinin ve bağımsız bölümlerin tesliminin kazaen imkansız hale gelmesinden de sorumlu olacaktır³⁹⁰.

Yüklenicinin kusuru ile temerrüde düşmesi halinde kusurun derecesinin bir önemi bulunmamaktadır. Yüklenicinin davranışı kasıtlı veya ihmali olsa bile temerrüde düşmesi bakımından kusurlu olduğu kabul edilir³⁹¹.

³⁸⁵Eren, Genel Hükümler, s. 1054; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 884; Havutçu, s. 37; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 920.

³⁸⁶Havutçu, s. 33; Eren, Genel Hükümler, s. 1122; Kılıç Öztürk, s. 78-79.

³⁸⁷Eren, Genel Hükümler, s. 1122; Kılıç Öztürk, s. 78.

³⁸⁸Serkan Ayan, s. 146; Kurt, s. 84; Oğuzman/Öz, s. 303.

³⁸⁹İlker Hasan Duman, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.80; Eren, Genel Hükümler, s. 1122; Kurt, s. 184; Enli, s. 107; Y. 23. HD. E.2015/4159, K. 2015/6432, T.09.10.2015: "Tazminat borcunun doğması için temel koşul "kusur" olduğundan, tazminat isteyen tarafın "kusursuz" olması gerekir. Bir tarafın "az kusurlu", diğer tarafın "çok kusurlu" olmasının bir önemi yoktur. Az kusurlu olan taraf da sözleşmenin bozulmasına kusuruyla sebebiyet vermiş sayılacağından tazminat isteyemez. Bu gibi durumlarda feshe taraflar "ortak kusuru" ile sebebiyet vermiş olacaklarından tazminat istenemez ve sözleşmenin tasfiyesi gerekir. Tasfiyeden amaç, tarafların sözleşme etkisinden kurtulması, sözleşmenin yapıldığı tarihteki durumlarına geri döndürülmesidir. Böylelikle taraflar eser sözleşmesi nedeniyle birbirlerinin malvarlığına kattıkları değerlerin iadesini isteyebilecektir. Borçlu, alacaklının talep ettiği olumsuz zararı ödemek istemiyorsa, direnime (temerrüde) düşmekte kusurlu olmadığını kanıtlamak zorundadır. Aksi halde, zarardan sorumlu olur. Çünkü, yasa koyucu, anılan 108/2. madde hükmünde borçlunun kusurlu olduğunu karine olarak kabul etmiştir. Bu karine, alacaklı lehine olup; alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu kanıtlamak zorunda değildir; sadece, kendi zararını ve bunun miktarını kanıtlaması yeterlidir." www.corpus.com.tr, e.t.09.04.2022.

³⁹⁰Reisoğlu, s. 372; Kurt, s. 184.

³⁹¹Oğuzman / Öz, s. 466; Havutçu, s. 35-36; Enli, s. 107; Kurt, s. 185.

Borçlu, borcun ifa edilmesini veya borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını, ifa yardımcılara ya da birlikte yaşadığı kişilere bırakmış ise, bu kişilerin borcun ifası ya da hakkın kullanılması sırasında, sözleşmenin karşı tarafına verdikleri zararlardan TBK m. 116/I hükmü uyarınca sorumlu olacaktır. Bu kapsamda yüklenicinin bağımsız bölümleri teslim borcunda temerrüde düşmesi sadece kendi kusurundan kaynaklanmayabilir. Yüklenici, yasal temsilcisinin ya da yardımcı kişilerinin gecikmeye neden olan kusurlarından da sorumludur³⁹².

2.5. Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Açılacak Davalarda Görev Ve Yetki

Tarafı idare olan inşaat sözleşmeleri dışında kalan davalara ilişkin genel görevli mahkeme kural olarak HMK m. 2 uyarınca dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir.

Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, mülga 4077 sayılı Kanun'dan farklı olarak tüketici işlemlerinin kapsamı genişletilmiş ve 6502 sayılı Kanun m.3/1-1'de, "gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan eser sözleşmeleri", tüketici işlemi kapsamına alınmıştır. Bu tanımlamadan hareketle, eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı, dolayısıyla arsa sahibi ve yüklenici arasındaki uyuşmazlıkların, tüketici mahkemesinde görülüp görülmeyeceği noktasında tereddütler yaşanmıştır³⁹³.

Bu noktada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan davalarda görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi mi yoksa Tüketici Mahkemesi mi olacağı yönündeki tereddütler Yargıtay kararları ile giderilmeye çalışılmıştır. Yargıtay kararların da ise, kanun maddesinin gerekçesinde eser sözleşmesinin kanun kapsamına alınma gerekçesinin açıklanmadığı bu sebeple kanun sistematigi dikkate alındığında eser sözleşmesinden kastedilenin, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla salt kişisel ihtiyaçlar için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişiler ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmesi olduğu, kendine özgü yapısı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından arsa sahibinin, kanundaki "tüketici" tanımına uymayacak bir şekilde kar elde etme, sahip olduğu bir malvarlığına değer kazandırma amacı taşıdığı belirtilmiştir³⁹⁴.

³⁹²Havutçu, s. 35; Öz, Dönme, s. 271.

³⁹³Cengiz/Cengiz, s. 114.

³⁹⁴Y. 15. HD. T.25.09.2018, E.2018/1607, K.2018/3413; "Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6502 Sayılı Kanun uyarınca bir davanın tüketici mahkemesinde görülebilmesi için bir tarafın nihai

Dolayısıyla, arsa sahibinin, sadece kişisel ihtiyaçları doğrultusunda kullanma amacının olmadığı, konut edinmeden ziyade arsasını değerlendirme amacıyla olduğu belirtilerek tüketici sayılamayacağı ve bu sebeple de görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemeleri olacağı ifade edilmiştir³⁹⁵.

Ancak belirtmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların her ikisinin de ticari işletmesiyle ilgili bir sözleşme kurulmuş ise, TTK m.4 gereği tarafların tacir olması nedeniyle çıkan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, asliye ticaret mahkemeleri olacaktır³⁹⁶.

tüketici diğer tarafın ise satıcı/sağlayıcı olması zorunludur. Nitekim, davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un amaç başlıklı 1. maddesinde, "Bu Kanun'un amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarının koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerinin korucuyu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmelerini teşvik etmeye dair hususları düzenlemektir. Tanım başlıklı 3. maddesinin (ı) sağlayıcı; Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, (k) Tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, (l) Tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzer sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi." düzenlemeleri bulunmaktadır. Bir hukuki işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için yukarıda belirtilen tanımlara uygun olması gerekir. Açıklanan hususlar gözetildiğinde eser sözleşmesi ilişkisinin de Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kalabilmesi için eser sözleşmesi ilişkisi yanında bir tarafın satıcı-sağlayıcı olmasının yanında diğer tarafın da nihai tüketici olması diğer bir anlatımla ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi zorunludur. Davacı yüklenici satıcı/sağlayıcı ise de, davalıların nihai tüketici olduğundan söz edilemez. Davalılar Düzenleme Şeklinde Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nde taraf olup, arsa payları bulunmakta olup, eser sözleşmesi ilişkileri anılan Kanun kapsamında ise de, Dairemizin uygulamalarına göre, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri anılan Yasa uyarınca tüketici işlemi kabul edilmemekte ve davaların genel mahkemede görülmesi gerektiği yönünde değerlendirme yapılmaktadır.", www.kazancı.com.tr, e.t.05.04.2022.

³⁹⁵Cengiz/Cengiz, s. 114; Y. 20. HG. T.13.02.2020, E.2019/6341, K.2020/687; "6502 sayılı Kanunun 3. maddesi gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına ilişkin herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak, kanunun sistematığı nazara alındığında kanunda zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı BK'nın 155 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanununda 3/k maddesindeki tüketici tanımına uymadığı anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin üst düzey teknolojiyi gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 sayılı Kanunda kanun koyucunun salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığı kabulü gerekir Bu durumda eldeki davada uyuşmazlık 6502 sayılı Kanun kapsamında kalmadığından, davanın HMK'nın 2. maddesi uyarınca genel hükümlere göre İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir." www.kazancı.com.tr, e.t.05.04.2022.

³⁹⁶Sütçü, s.2073-2074, Y. 23. HD. T.03.06.2020, E.2020/814, K.2020/1910; "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan davalar kural olarak asliye hukuk mahkemesinin görev alanında kalsa bile davanın taraflarının tacir olması ve ihtilafın tarafların yaptığı sözleşmeden kaynaklanması halinde artık bu

Bunun yanında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciden alacağın temlik yoluyla taşınmaz satın alan üçüncü kişilerin işlemlerinin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğunu ve taraflar arasındaki ihtilaflarda Tüketici Mahkemesinin görevli olduğunu belirtmek gerekir³⁹⁷.

Kanaatimizce bu tartışmanın çözümünde, her somut olay kendi özelliklerine göre incelenerek arsa sahibinin bu sözleşmeyi hangi amaçla yaptığı tespit edilmelidir. Kendi ihtiyacı doğrultusunda konut ya da yazlık olarak kullanma amacıyla mı, yoksa başkalarına satarak ticari amaçla mı hareket edildiği belirlenerek görevli mahkeme tespit edilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan davalarda yetkili mahkeme ise davacı tarafın kim olduğuna ve dava dilekçesinde ileri sürülen hususlara göre değişiklik gösterecektir³⁹⁸. Eğer ileri sürülen talepler taşınmazın aynına ilişkin ise HMK m.12/I gereği taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin olmayan davalarda ise HMK m. 6 uyarınca, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Bununla birlikte HMK m.10 gereği sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilirden sözleşmenin ifa yerinin bulunduğu yerde de dava açılabilir.

Bunun dışında HMK m.17 de yetki sözleşmesi düzenlenmiş olup tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılacak yetki sözleşmesi ile bir veya birden fazla mahkeme yetkili kılınabilir³⁹⁹.

dava nispi ticari dava sayılır. Bir başka deyişle somut olayda yukarıda izah edildiği gibi davalı kooperatif tacir olduğu gibi, davacı şirkette tacirdir. Bu durumda, davanın taraflarının tacir olması ve dava konusunun tarafların ticari işletmesinden kaynaklanması nedeniyle; dava, TTK nın 4. maddesine göre nispi ticari dava kabul edilerek ticaret mahkemesinde görülmesi gerekir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.05.04.2022.

³⁹⁷Cengiz/Cengiz, s. 115; Mehmet Doğan, Ön Ödemeli Konut Satışı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 49.

³⁹⁸Cengiz/Cengiz, s. 116.

³⁹⁹Cengiz/Cengiz, s. 117.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA SAHİBİNİN TEMERRÜTTEN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLARI

3.1. Arsa Sahibinin Seçimlik Haklardan Faydalanabilmesinin Şartları

TBK'nun 125.maddesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklıya, temerrüdün genel sonuçları haricinde farklı seçimlik haklar tanımıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da uygulanabilecek bu haklar için arsa sahibinin öncelikle TBK m.123 gereği bir takım şartları yerine getirmesi gereklidir⁴⁰⁰.

3.1.1. Ek Süre Verilmesi

Arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü halinde, temerrüdün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin sonuçlarından faydalanabilmesi için öncelikle ek süre vermesi ya da bu sürenin verilmesini hakimden istemesi gereklidir⁴⁰¹.

Ek süre verilmesinin önemi, arsa sahibinin bu sürenin sonunda borcun ifa edilmemesi sebebi ile sözleşmeyi feshetme ya da tazminat isteme haklarını kullanabilme imkanına kavuşmasıdır. Yoksa bu sürenin sonunda arsa sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkına hala sahiptir⁴⁰². Hatta ek süre verilmemişse, sadece aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilecektir⁴⁰³.

Ek süre tayini esas olarak, mütemerrit durumda olan borçluya, borcunu yerine getirmesi için bir süre tanınmasıdır. Bir nevi alacaklı, borçluyu ifaya davet etmektedir⁴⁰⁴.

Ek sürenin, temerrütten sonra verilebileceği gibi ihtarla birlikte verilmesi de mümkündür⁴⁰⁵. Verilen süreyle birlikte borçluya, borcunu ifa ederek sözleşmenin feshi ya da tazminat ödeme ihtimalleri ile karşılaşmaması için son bir imkan tanınmaktadır. Ek süre boyunca temerrüt hali devam ettiğinden borçlu, gecikme tazminatı ödemek zorunda olup aynı zamanda kaza nedeniyle meydana gelecek zararlardan da sorumlu

⁴⁰⁰Kırmızı, s. 501.

⁴⁰¹Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 368; Kırmızı, s. 501.

⁴⁰²Oğuzman/Öz, s. 401.

⁴⁰³Şahin, s. 217.

⁴⁰⁴Oğuzman/Öz, s. 402.

⁴⁰⁵Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 955; Reisoğlu, s. 381.

olacaktır. Ancak verilen bu süre içerisinde borcun, gecikme tazminatı ile birlikte ifasını teklif ederek temerrüitten kurtulabilir⁴⁰⁶.

Kanunda verilecek sürenin uygun olması aranmıştır. Bu kapsamda borcun niteliği, yüklenicinin ifasının güçlük derecesi, arsa sahibinin ihtiyacının aciliyeti gibi hususlar sürenin tayininde göz önünde tutulmalıdır⁴⁰⁷. Fakat bu süre herhalde, dürüstlük kuralı gereği her iki tarafın da menfaatleri çerçevesinde tayin edilmelidir. Örnek olarak yüklenici ek süreye kadar hiçbir hazırlık faaliyetinde bulunmamışsa sıfırdan işe başlaması şeklinde uzun bir ek süreden faydalanması adalete aykırı olacaktır⁴⁰⁸. Doktrinde baskın olan görüşe göre, verilen süre borcun niteliğine ve dürüstlük kuralına aykırı olarak çok kısa belirlenmişse, tayin edilen süre kendiliğinden geçersiz olmayacak, uygun bir süre işlemeye başlayacaktır. Diğer bir anlatımla borçlu bu uygun sürenin sonuna kadar borcunu ifa edebilecektir⁴⁰⁹. Azınlıkta kalan görüşe göre ise; kanun açıkça sürenin uygun olmasını aramış olup uygun olmayan süre alacaklıya TBK m.125'teki hakları vermez. Bu durumda alacaklı yeniden uygun bir ek süre vermelidir⁴¹⁰. Fakat borçlu, verilen sürenin yetersizliğine ilişkin itirazda bulunmamışsa bunu kabul etmiş sayılmalı ve sürenin yetersizliğini ileri sürememelidir. Meğer ki, alacaklının verilen sürenin yetersiz olduğunu bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat etsin⁴¹¹.

Ayrıca ek süre tayininde verilen süre, belirli olmalıdır. Arsa sahibinin ek süre tayin ederken teslimin ne zamana kadar yapılması gerektiğini açıkça belirtmesi ya da bunun açıkça anlaşılması gerekmektedir. Yalnızca “uygun bir süre” verilmesi veya “takriben 3 ay içerisinde” gibi muğlak ifadeler yeterli derece belirlilik arz etmemekle birlikte kanunda ek süre verilmesi ile meydana gelecek sonuçları da doğurmayacaktır⁴¹². Ancak bu görüşün tersi yönünde düşünen yazarlara göre, “uygun bir süre içinde borcunuzu ifa ediniz” şeklindeki süre, kanunun amacına uygundur. Çünkü borçluya karşı gerekli uyarı yapılmış olmaktadır ve sürenin uygun olmadığı durumlarda uygun bir sürenin işleyeceği de kabul edildiğine göre sürenin tayinini tespit yetkisinin borçluya bırakılması mümkündür⁴¹³.

⁴⁰⁶Oğuzman/Öz, s. 403.

⁴⁰⁷Sütçü, s. 681.

⁴⁰⁸Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 947; Oğuzmaz/Öz, s. 403.

⁴⁰⁹Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 947; Serozan, İfa Engelleri, s. 192; Tunçomağ, s.935.

⁴¹⁰Oğuzman/Öz, s.404; Öz, Dönme, s. 176.

⁴¹¹Öz, Dönme, s. 175; Sütçü, s.682; Oğuzman/Öz, s. 404.

⁴¹²Kurt, s. 240; Kırmızı, s. 501.

⁴¹³Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 948; Feyzioğlu, s.255.

Ek süre verilmesi tek taraflı ve ulaşması gereken hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olduğundan kanunun ek süre tayinine bağladığı sonuçlar kendiliğinden gerçekleşir. Bu sebeple arsa sahibinin, verilen süre sonunda inşaatın teslim edilmemesinin sonuçları bakımından yükleniciyi ayrıca uyarması gerekmeyecektir⁴¹⁴.

Kural olarak ek süre verilmesi bir şekle tabi olmamakla birlikte arsa sahibi ve yüklenicinin tacir olması durumunda TTK m.18/III uyarınca ek süre tayininin noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla ya da güvenli elektronik imza kullanılarak yapılması gerekecektir. Tarafların ek süre verilmesini belli bir şekil şartına bağladığı durumlarda ise buna uyulmaması durumunda verilen süre geçersiz olacaktır⁴¹⁵.

3.1.2. Ek Süre Tayinine Gerek Olmayan Durumlar

TBK m. 124'te öngörülen durumlarda yükleniciye ek süre verilmesine gerek yoktur. Bunlar;

3.1.2.1. Yüklenicinin İçinde Bulunduğu Durumdan veya Tutumundan Süre Verilmesinin Etkisiz Olacağının Anlaşılması

Yüklenici, borcunu inkar ediyor ya da ifa etmek istemediğini ya da etmeyeceğini açıkça bildirmişse, ek süre verilse dahi borcun ifasının tamamlanamayacağı belli ise artık arsa sahibinin ek süre vermesine gerek yoktur⁴¹⁶.

Örnek olarak yüklenicinin inşaatı tamamlamadan bırakıp gitmesi durumunda arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için artık ihtar göndermesine ve ek süre tayin etmesine gerek olmayacaktır⁴¹⁷.

⁴¹⁴Kurt, s. 239; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 226; Şirin Aydıncık, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, Vedat Yayınları, İstanbul 2013, s. 205.

⁴¹⁵Kurt, s. 239; Ayşe Havutçu, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1995, s. 47.

⁴¹⁶Kırmızı, s. 502; Oğuzman/Öz, s. 420.

⁴¹⁷Sütçü, s. 684; Y. 15. HD. T.02.10.2007, E.2006/4943, K.2007/5921; “Borçlar Yasası'nın 355. ve devamı maddelerinde yer alan eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin edimi inşaat karşılığı taahhüt edilen arsa tapusunun devri, yüklenicinin edimi ise sözleşmeye ve tekniğine uygun biçimde inşaatı tamamlayarak süresinde teslimidir. Karşılıklı edimleri içeren bu akitlerde taraflardan birisi süresinde edimini ifa etmediği takdirde borçlu temerrüdüne düşmüş sayılır. Bu durumda diğer taraf BK.nun 106. maddesinde seçimlik hakkını kullanabilir. Yine anılan Yasa'nın 107. maddesine göre, borçlunun hay ve vaziyetinden bir mehil tayinine gerek yok ise alacaklı derhal fesih hakkını kullanabilir ve 108. madde uyarınca zararını isteyebilir. Kural böyle olunca somut olaya bakıldığında, arsa sahibi tapuyu devrederek edimini ifa etmiştir. Sözleşmede teslim süresi diğer üyelerinki ile aynı olacak denilmiş olmasına göre teslim konusunda yüklenicinin ayrıca borçlu temerrüdüne düşürülmesi gerekir. Ne var ki, davada inşaata hiç başlanılmadığı ve yıllardır boş durduğu iddia edildiğine göre inşaata hiç başlanılmamış ise 107. madde uyarınca yüklenicinin ayrıca temerrüde düşürülmesinin sonuca etkisi

Bunun dışında, henüz borç muaccel olmadan yüklenicinin borcu ifa etmeyeceğini bildirmesi ya da sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi, iflas etmesi gibi hallerde de ek süre tanınması sonuçsuz kalacağından süre vermeye gerek yoktur⁴¹⁸. Bu durumda arsa sahibi, ek süre tayin etmeksizin ancak ihtar yükümlülüğüne uyarak aynen ifadan vazgeçip diğer haklarını kullanabilecektir⁴¹⁹.

3.1.2.2. Temerrüt Nedeniyle Borcun İfasının Arsa Sahibi İçin Yararsız Hale Gelmesi

Kural olarak temerrüt nedeniyle ifanın kendisi için yararsız hale geldiğini alacaklı kanıtlamak zorundadır⁴²⁰. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifanın arsa sahibi bakımından yararsız kalması pek olası değildir. Arsa sahibi, inşaat geç tamamlanmış ve teslim edilmiş olsa bile yine bundan faydalanabilecektir⁴²¹. Zira ülkemiz gibi konut ihtiyacının yoğun talep gördüğü ve sürekli arttığı ülkelerde, konut her zaman bir talep unsuru olmaktadır. Bu anlamda da arsa sahibi açısından bağımsız bölümlerden yararlanamaması çok istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir.

Örnek olarak, Haziran ayındaki uluslararası bir yarışmada kullanılmak için inşa edilecek olan spor tesisine ilişkin sözleşmede, teslim Mayıs başı olarak kararlaştırılmışsa, yüklenicinin temerrüdü, doğrudan doğruya edimi yararsız hâle getirmese bile yapının Haziran ayına kadar yetişmemesi bu sonucu doğuracağından istisnai bu gibi hallerde arsa sahibi ek süre vermeye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçip seçimlik haklarını kullanabilecektir⁴²².

olmayacağından davacının derhal fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.” www.corpus.com.tr, e.t.13.03.2022.

⁴¹⁸Şahin, s. 222.

⁴¹⁹Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1269; Eren, Genel Hükümler, s. 1068.

⁴²⁰Sütçü, s. 685.

⁴²¹Kurt, s. 244; Şahin, s. 225; Serkan Ayan, s. 193.

⁴²²Serkan Ayan, s. 193; Kartal, s. 94.

3.1.2.3. İfanın Belli Bir Zaman Diliminde Ya Da Belirli Bir Süre İçerisinde Gerçekleşmemesi Durumunda Artık Kabul Edilmeyeceğinin Sözleşmeden Anlaşılması

Bu durumda borcun ifası için kesin vade kararlaştırılmış olması söz konusu olup teslim tarihinin kesin vade olarak belirlenmiş olması halinde arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için artık ek süre vermesine gerek yoktur⁴²³.

Sözleşme ile kararlaştırılan vadenin belirli vade olduğu karine olarak kabul edildiğinden tarafların kesin vade için tarihi kesin ve net olarak belirtmeleri, sözleşmede bu anlama gelecek ifadeler yer vermeleri gerekmektedir⁴²⁴. Diğer bir deyişle gecikmiş ifanın kabul edilmeyeceği, temerrüt durumunda alacaklının ek süre tayin etmeden aynen ifadan vazgeçeceği sözleşme ile açıkça kararlaştırılmış olmalıdır⁴²⁵. Nitekim bu husus kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da "Akitten tarafların, edanın kesin olarak belli bir zamanda veya belli bir zamana kadar ifasını kararlaştırdıkları anlaşılıyorsa" şeklinde mevcuttur⁴²⁶.

Sözleşmede kesin vadenin kararlaştırıldığı durumlarda, alacaklının sadece ek süre vermeden sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu ancak derhal bildirmek şartıyla diğer seçimlik haklarını da kullanabileceği kabul edilmektedir. Alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini hemen bildirmezse, zımnen kesin vadeden feragat edip aynen ifayı istediği sonucu doğacaktır⁴²⁷.

Yargıtay uygulamalarında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından kararlaştırılan vade belirli olsa bile bunun kesin vade olarak dikkate alındığı

⁴²³ Eren, Genel Hükümler, s. 1069; Öz, Dönme, s. 177.

⁴²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 952; Selimoğlu, s. 237; Serkan Ayan, s. 194.

⁴²⁵ Öz, Dönme, s. 178; Dilşad Keskin, "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık", GÜHFD, C.11, S.1-2, Ankara 2007, s. 213.

⁴²⁶ Havutçu, s. 53; Sütçü, s. 685.

⁴²⁷ Öz, Dönme, s. 177; Sütçü, s. 687; Y. 15. HD. T.27.05.2002, E.2002/423, K.2002/2813; "Kesin vade geçtikten sonra alacaklının BK. 106. maddesinde sözü edilen seçimlik haklardan hangisini tercih ettiğini açıklamaması durumunda kural olarak akdin ifasının ve gecikmeden doğan zararlarını istediğinin kabulü gerekir."; YHGK T. 15.01.2014, E.2013/1947, K.2014/13; "Karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmelerinde, kesin vadenin dolmasıyla edimini ifa etmeyen yüklenici borçlu temerrüdüne düşer ve ek bir süre tayinine gerek olmaksızın alacaklı seçimlik hakkını kullanabilir. Borçlunun temerrüdü halinde, alacaklının (eser sahibinin) hakları BK'nun 106/II. maddesinde sayılmıştır. Alacaklı (eser sahibi), aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını istemek niyetinde değilse, vazgeçme iradesini borçluya derhal bildirmelidir (Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt III., 2.Baskı, Ankara 03.09.1990, sh. 292; ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD. 09.07.1974 gün ve 624 E. 654 K.; 15 HD. 02.02.1977 gün ve 3926 E. 193 K.); "Edim için sözleşmeye konulan kesin vadenin geçmesine karşın, alacaklı ses çıkarmaz ise, örtülü (zımni) olarak vadeden vazgeçtiği kabul edilir. Karar düzeltmeye konu Hukuk Genel Kurulu kararında sözü edilen 26.10.1994 gün ve E:1994/15-443, K:1994/643 sayılı HGK'na ait ilâmda da fesih hakkının derhal kullanılması gereği vurgulanmak istenmiştir. Bu durumda da ifadan vazgeçen alacaklı (eser sahibi) yeniden mehil tayini sureti ile borçluyu (yüklenici) temerrüde düşürmek zorundadır.", www.corpus.com.tr, e.t. 13.03.2022.

görülmektedir. Bunun sebebi ise teslim süresi dolmasına rağmen yüklenicinin inşaatı getirmiş olduğu seviye örnek olarak %40'lardaysa, artık arsa sahibinin inşaatın tamamlanması için süre vermesini istemek hakkaniyete uygun olmaz. Bu adaletsiz sonucun önlenmesi için teslim tarihinde yüklenicinin temerrüde düştüğü ve arsa sahibinin ek süre vermesine gerek olmaksızın seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir⁴²⁸.

3.1.2.4. Dürüstlük Kuralı Gereği Ek Süre Verilmesinin Arsa Sahibinden Beklenmemesi

Kanunda açıkça yer almamakla birlikte, arsa sahibinin ek süre vermesini gerektirmeyen ve yukarıda belirtilen üç durumdan biri olmasa bile somut olayın niteliği ve dürüstlük kuralı gereği ek süre vermesi kendisinden beklenemiyorsa arsa sahibi, derhal bildirmek koşuluyla seçimlik haklarını kullanabilecektir⁴²⁹.

Uygun ek süre verilmesi inşaatın geldiği seviye bakımından, dürüstlük kuralı gereğince arsa sahibinden beklenemeyecek kadar uzunsa artık arsa sahibinin ek süre tayin etmesine lüzum bulunmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceği kabul edilmelidir⁴³⁰. Bu bakımdan inşaatın geldiği seviye, bütün işin süresi, ek sürenin tüm sözleşme süresi karşısındaki uzunluğu, tarafların gecikmeye neden olan olaydaki etkileri ya da varsa kusurları dikkate alınacaktır⁴³¹.

3.1.3. Arsa Sahibinin Seçimlik Haklarını Derhal Kullanması

TBK m. 125/II 'ye göre alacaklının, borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini "hemen" bildirmesi gerekmektedir. Buradaki hemen

⁴²⁸Sütçü, s. 689; Y. 15. HD. T. 23.11.2015, E.2015/127, K.2015/5939; "Taraflar arasında 22.05.2013 tarihli "Komel Bilo 1000 Kombine Silaj Streçleme Makinesi"nin 230.000,00 TL bedel karşılığında imal ve teslimi hususunda sözleşme düzenlenmiştir. Sözleşmede teslim tarihi 15.08.2013 kabul edilerek kesin vade belirlenmiştir. Bu tarihte ve sonrasında makinenin teslim edilmediği hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, temerrüde ilk düşen tarafın kim olduğu hususundadır. Taraflar arasındaki sözleşmede vade kesin olarak belirlendiğinden ve davacı yüklenici kararlaştırılan sürede edimini tamamlayıp teslim etmediğinden temerrüde düşmüştür."; YHGK T.15.01.2014, E.2013/15-483, K.2014/11; "...Alacaklı, 106/II'de öngörülen seçimlik hakkını kullanabilmesi için kural olarak borcu yerine getirmemekte direnen (mütemerrit) borçluya mehil vermek zorundadır(BK. 106/1). Ancak 818 sayılı BK'nun 107 maddesinde yazılı hallerden birinin bulunması halinde mehil tayinine gerek yoktur. Eldeki davada davalı yüklenicinin borcunu en geç 30.05.2000 tarihine yerine getireceği sözleşmede kabul edildiğine göre, 818 sayılı BK.nun 106/1.maddesi gereğince bir önel (mehil) belirlenmesine gerek yoktur." www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 13.03.2022.

⁴²⁹Serkan Ayan, s. 223-224.

⁴³⁰Öz, Dönme, s. 175.

⁴³¹Serkan Ayan, s. 224.

ifadesi, gecikmeksizin, somut olayın özelliği ve dürüstlük kuralı gereği makul olan en kısa zamanı ifade etmektedir⁴³².

Arsa sahibi ek sürenin dolması akabinde seçimlik haklarından hangisini kullandığını bildirmezse, bu durum ek süre öncesinde olduğu gibi aynen ifayı ve gecikme tazminatını istediğine karinedir⁴³³. Ancak arsa sahibi, yükleniciye tekrardan ek süre vererek ve bu sürenin dolmasını bekleyerek aynen ifadan vazgeçme hakkını yine de kullanabilir⁴³⁴.

Seçimlik hakların hemen kullanılmasını öngören bu koşulun sebebi, taraflar arasındaki menfaatler dengesinin korunmasıdır. Zira amaç bildirimin yapılmasını geciktiren arsa sahibinin, yüklenicinin koşullarını ağırlaştırarak, tazminat sorumluluğun artmasının ve enflasyon ya da fiyat artışı gibi sebeplerle haksız kazanç sağlamasının önüne geçilmesidir⁴³⁵. Eğer arsa sahibi dilediği zaman dilediği hakkı seçme imkanına sahip olsaydı, kendisini riske atmadan yüklenici aleyhine spekülasyon yapma imkanına sahip olurdu. Bu durum yüklenici açısından belirsizlik yaratacaktır. Oysaki arsa sahibi verilen ek sürenin sonunda hangi hakkını kullanmak istediğini beyan ederse, artık yüklenici açısından bir kararsızlık söz konusu olmayacak ve arsa sahibinin de spekülasyon yapma imkanı bulunmayacaktır⁴³⁶. Ancak Yargıtay, arsa sahibinin seçimlik haklarını terditli olarak kullanabileceğini ve muhatabın durumunda spekülasyon yaratılmadığı sürece bunun mümkün olduğunu kabul etmektedir⁴³⁷.

TBK m. 124 uyarınca ek süre verilmesine gerek olmayan hallerde arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için derhal bildirimde bulunması gerekip gerekmediği

⁴³²Seliçi, s. 72; Serkan Ayan, s. 225.

⁴³³Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 955; Kurt, s. 249.

⁴³⁴Dirican, s. 56; Şahin, s. 232.

⁴³⁵Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 536; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1280.

⁴³⁶Oğuzman/Öz, s. 406.

⁴³⁷Y. 15. HD. T.08.10.2019, E.2019/539, K.2019/3835; “Davacı arsa sahibi davasında davalı yüklenicinin temerrüdü, sözleşmeye aykırı eksik ve kusurlu inşaat yapması sebebiyle gecikme bedellerinin (tazminatının) tespiti ile 30.000,00 TL'nin tahsilini, sözleşmenin feshini, sözleşmenin feshi talebi kabul edilmezse eksik ve ayıplı imalatın kaynaklanan toplam 148.698,14 TL alacağın tespiti ile 70.000,00 TL'sinin tahsilini ve davalıya inşaatın el çektilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Dava dilekçesinin dava konusu kısmında sözleşmenin ileriye yönelik feshinin istendiği yazılmakla birlikte, sonuç ve istem kısmının 2. bendinde ileriye ya da geriye etkili olduğu açıklanmaksızın sözleşmenin feshine denilerek talepte bulunulmuş, mahkemece davanın fesih talebinin ileriye mi yoksa geriye etkili mi olduğu sorulup açıklanmamıştır. Davacının gecikme tazminatı ve sözleşmenin feshi asıl talebi olup, bu taleplerinin kabul edilmemesi halinde terditli olarak eksik ve kusurlu işlerin giderim bedelinin tespit ve tahsilini istemiştir. Yargılama sürecinde fesih talebinden vazgeçip gecikme tazminatı ile eksik ve kusurlu işlerin giderim bedelinin istediğine dair bir beyanı olmadığı gibi davanın karara bağlandığı son oturumda dahi fesih şartlarının oluştuğuna dair beyanı mevcuttur. Bilirkişi raporundan sonra gecikme tazminatı ile eksik ve kusurlu işlerin giderim bedelinin ıslah yoluyla arttırarak talep etmesinden davacının asıl talebi olan sözleşmenin feshinden vazgeçtiği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Terditli talep halinde öncelikle asıl talebin, yerinde görülmez ise terditli talebin incelenmesi zorunludur.” www.corpus.com.tr, e.t.13.03.2022.

tartışmalı olmakla birlikte doktrinde ve Yargıtay kararlarındaki hakim görüş, arsa sahibinin makul bir sürede seçimlik haklarından hangisini kullandığını bildirmesi gerektiği yönündedir. Eğer bu bildirimi yapmadıysa iradesinin aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme yönünde olduğu kabul edilmelidir⁴³⁸.

3.2. Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, yüklenicinin asli edim borcu olan inşaatı tamamlayarak teslim etmemiş olması durumunda TBK m.125’de, arsa sahibine, temerrüdün genel sonuçları dışında birtakım ek haklar tanınmıştır⁴³⁹.

3.2.1. Aynen İfa Talebi İle Birlikte Gecikme Tazminatı Ve Varsa Cezai Şartın Ödenmesini İsteme

TBK m.125/I uyarınca; “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.” Yüklenicinin temerrüdü durumunda, inşaatı tamamlama ve bağımsız bölümleri teslim borcu kendiliğinden sona ermediği için aynen ifa yükümlülüğü devam etmektedir⁴⁴⁰.

⁴³⁸Kurt, s. 251; Eren, Borçlar Genel, s. 1072; YHGK T. 15.01.2014, E.2013/296, K.2014/2; “Alacaklı (eser sahibi), aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını istemek niyetinde değilse, vazgeçme iradesini borçluya derhal bildirmelidir (Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt III., 2.Baskı, Ankara 03.09.1990, sh. 292; ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD. 09.07.1974 gün ve 624 E. 654 K.; 15 HD. 02.02.1977 gün ve 3926 E. 193 K.); "Edim için sözleşmeye konulan kesin vadenin geçmesine karşın, alacaklı ses çıkarmaz ise, örtülü (zımni) olarak vadeden vazgeçtiği kabul edilir" (Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 3.Baskı, Ankara 2003, Sahife:85 ve oradaki yollamalar). Karar düzeltmeye konu Hukuk Genel Kurulu kararında sözü edilen 26.10.1994 gün ve E:1994/15-443, K:1994/643 sayılı HGK'na ait ilâmda da fesih hakkının derhal kullanılması gereği vurgulanmak istenmiştir. Bu durumda da ifadan vazgeçen alacaklı (eser sahibi) yeniden mehil tayini sureti ile borçluyu (yüklenici) temerrüde düşürmek zorundadır. Somut olaya gelince; iş sahibince, 29.06.2008 tarihinde kesin vadenin dolmasıyla yüklenici temerrüdü gerçekleşmesine karşın seçimlik hak, ifayı beklemek şeklinde olmuş, böylece sözleşme kesin vadeli olmaktan çıkmıştır. O halde, fesih hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin uygun bir süre verilerek temerrüde düşürülmesi zorunlu hale gelmiştir. Süre verilmeden 16.01.2009 tarihinde yapılan fesih yukarıda belirtilen ilkelere uygun değildir, bu bakımdan eser sahibinin sözleşmeyi fesihde haklı olduğu kabul edilemez.” www.corpus.com.tr, e.t. 13.03.2022.

⁴³⁹Serkan Ayan, s. 183; YHGK T.16.01.2013, E.2012/13-592, K.2013/65; “Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde mütemerrit borçluya karşı, alacaklının üç ayrı seçimlik hakkı bulunduğu görülmektedir. Aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteme hakkı; sözleşmeyi feshederek müspet zararını talep hakkı; sözleşmeden dönerek menfi zararını isteme hakkıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin sözleşmeden doğan hakkı inşaatın zamanında bitirilip teslim edilmesini isteme hakkıdır. Müteahhidin edimini zamanında ifa etmemesi nedeniyle arsa sahibinin gecikmeden kaynaklanan kira tazminatını talep hakkı ise kanundan doğan bir haktır (BK. m.106/1).” www.corpus.com.tr, e.t.18.10.2021.

⁴⁴⁰Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 892; Eren, Genel Hükümler, s. 1139.

Temerrüde rağmen ifa, arsa sahibi için önem taşıyorsa, aynen ifa ile gecikme tazminatı talep etme yolunu seçebilir. Üstelik bunun için beyanda bulunmasına ya da ek süre vermesine de gerek yoktur zira aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi TBK m.118 gereği temerrüdün genel sonuçlarından olduğundan arsa sahibi bundan yararlanabilecektir⁴⁴¹.

Arsa sahibi ek süre vermiş olup da bu sürenin sonunda aynen ifa talebinden vazgeçtiğini derhal bildirmediği için diğer seçenekleri kaybetmiş olsa bile bu sonuç nihai değildir. Tekrardan yükleniciye ikinci bir ek süre tayin edip bu süre içerisinde ifa gerçekleşmezse bu sefer derhal bildirimde bulunarak diğer seçimlik haklarından birini tercih edebilir⁴⁴². Ancak yüklenici, aynen ifadan vazgeçme beyanının derhal bildirilmediğini bu sebeple de arsa sahibinin tazminat veya sözleşmeden dönme haklarını kullanamayacağını ileri sürüyorsa, aynen ifaya hazır olmalıdır. Zira borcu ifaya hazır olmayan yüklenici, aynen ifadan vazgeçme beyanının kendisine derhal bildirilmediği şeklinde savunma yapamayacaktır⁴⁴³.

Aynen ifa talebi yüklenicinin kusuruna bağlı değildir, yüklenici temerrüde düşmede kusursuz olsa bile arsa sahibi edimin ifası mümkün olduğu sürece aynen ifayı zamanaşımı süresi içerisinde her zaman talep edebilecektir⁴⁴⁴.

Yüklenicinin, inşaatı meydana getirme borcu bir yapma borcu olduğundan arsa sahibi edimini vaktinde ifa etmeyen yükleniciye karşı bir eda davası açarak, edimi ifaya mahkum edilmesini talep edebilir. Yüklenici dava sonucunda verilecek ilama uymazsa, arsa sahibi, İİK m.30 uyarınca cebri icra yoluna gidebilecektir⁴⁴⁵.

Aynen ifa ile birlikte sözleşmeden dönülmeyip sözleşme ayakta tutulduğundan, aynen ifa yüklenicinin ifaya zorlanması ya da masrafı yükleniciye ait olmak üzere başka bir kişinin işi tamamlaması şeklinde gerçekleşebilir⁴⁴⁶.

3.2.1.1. Nama İfa ve Eksik İşler Bedelinin Tahsili Talebi

TBK m.113/I hükmüne göre bir yapma borcu ifa edilmediğinde alacaklı, tüm masraf ve giderleri borçluya ait olmak üzere edimin kendisi tarafından veya başka birisi tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir. Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat

⁴⁴¹Kurt, s. 238; Kırmızı, s. 507.

⁴⁴²Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 957.

⁴⁴³Kırmızı, s. 682; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 946.

⁴⁴⁴Şahin, s. 239.

⁴⁴⁵Şahin, s. 240; Dirican, s. 48; Kurt, s. 197.

⁴⁴⁶Sütçü, s. 725; Kırmızı, s. 682.

sözleşmeleri bakımından, inşaatı bitirme ve bağımsız bölümleri teslim etme borcunu ifa etmediği takdirde, arsa sahibi masrafı yükleniciye ait olmak üzere bunu kendisi tamamlayabileceği gibi üçüncü bir kişiye de yaptırabilecektir⁴⁴⁷.

Nama ifa, aynen ifa niteliğinde olup inşaatın arsa sahibi tarafından bizzat tamamlandığı ya da bir üçüncü kişi tarafından tamamlanarak arsa sahibine teslim edildiği anda, aynen ifa gerçekleşmiş olacaktır⁴⁴⁸. Arsa sahibi bakımından ifa, inşaatın tamamlanması ile gerçekleşeceğinden teslim bağlanan sonuçlar da hukuki açıdan bu anda doğacaktır. Nitekim arsa sahibi, nama ifa olarak inşaatı tamamladıktan ve masrafı baştan nakit ya da bağımsız bölüm olarak aldıktan sonra kalan arsa payını yükleniciye devretmek zorunda olduğu için, yüklenicinin bedel alacağı ancak bu anda muaccel olacaktır. Dolayısıyla yüklenici bakımından da aynen ifanın sağlanması söz konusu olacaktır⁴⁴⁹. Bu noktada yüklenici zarardan değil masraftan sorumlu olduğu için hükmün tazminata yönelik bir yönünün bulunmadığı kabul edilmektedir⁴⁵⁰.

Kural olarak inşaat seviyesinin nama ifa talebinde bir önemi olmaması gerekmesine rağmen Yargıtay yasal bir dayanağı bulunmamasına rağmen nama ifanın uygulanabilmesi için inşaatın seviye olarak az bir kısmının bitirilmemiş olmasını aramakta, büyük bir bölümünün tamamlanmamış olması durumunda nama ifa talebini reddetmektedir⁴⁵¹.

⁴⁴⁷Şenocak, s. 189.

⁴⁴⁸Selimoğlu, s. 241; Y. 23. HD. T.10.10.2018, E.2015/8897, K.2018/4622: “Nama ifa, TBK’nın 125/.... Fıkrası kapsamında aynen ifa kapsamında değerlendirilir. Bir başka ifade ile nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir.” www.corpus.com.tr, e.t.13.03.2022.

⁴⁴⁹Öz, İnşaat, s. 136; Serkan Ayan, s. 156; Erman, s. 89-90.

⁴⁵⁰Serkan Ayan, s. 156; Y. 23. HD. T.27.05.2016, E.2014/10127, K.2016/3290: “Nama ifaya izin verilen işlerin tamamlanma bedelinin avans olarak, nama ifa kapsamı dışında kalan imalatlar ait nefaset farklarının ise normal bir alacak olarak hüküm altına alınması gerekir. Her iki alacağın hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Nama ifa kapsamındaki işler bakımından, nama ifa kararı verilmesi halinde, avans olarak verilen para yetersiz kaldığında, davacı tarafca yükleniciden eksik kalan kısmın istenmesi mümkün iken, nama ifa kararı ile birlikte olumlu zararın tahsili anlamına gelen eksik iş bedelinin tahsiline ilişkin de hüküm kurulması halinde ise, arsa sahibinin eksik işe ilişkin kesinleşen bu tutarın üzerinde talepte bulunması mümkün olmayacaktır. Avans alacağının (yapılacak masrafların) karşılanabilmesi için şartları oluştuğunda yükleniciye ait yeter miktardaki bağımsız bölümün satışına izin verilmesi mümkün iken, normal bir alacağın tahsili için taşınmaz satışına izin verilmesi mümkün değildir. Nama ifa kapsamındaki işler bakımından nama ifa ile birlikte bedelinin avans olarak tahsiline karar verilmesi, nama ifa kapsamı dışında kalan imalatlar yönünden ise belirlenen nefaset bedelinin hüküm altına alınması gerekir. Öte yandan, yükleniciye ait bağımsız bölümün ifaya izin kapsamında satışına ancak izin verilen işlerin giderini karşılamak amacıyla karar verilebilir.” www.corpus.com.tr, e.t. 14.03.2022.

⁴⁵¹Serkan Ayan, s. 153; Y. 23. HD. T.09.02.2017, E.2016/3125, K.2017/317; “Davada, taraflar arasındaki düzenleme şeklindeki 24.03.2005 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili feshi ile tapu kaydının iptaliyle davacılar adına tescilli talep edilmiştir. Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporlarından, dava tarihi itibarıyla, bir bloğun tamamlandığı diğer bloğun %33 seviyede olduğu, inşaatı devam edilmek suretiyle barbeküler hariç imalatın tamamlandığı ve %100 seviyede olduğu, ancak, bir kısım mali yükümlülüklerin yerine getirilmediği, bunlar dikkate alındığında seviyenin azaldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede, inşaatın anahtar teslim suretiyle ve sözleşme tarihinden itibaren 48 ay içinde

Nama ifanın uygulanma şartlarının gerçekleşmesi durumunda arsa sahibi, inşaatın kendisi ya da başka bir yüklenici tarafından tamamlanması için mahkemeden izin verilmesini isteyecektir. Uygulamada “nama ifa yetkisi” denilmekte olan bu durumda, inşaatı kendisi tamamlayan veya başka bir yükleniciye tamamlatan arsa sahibi, sonradan yapmış olduğu tüm masrafların karşılanmasını asıl yükleniciden talep edebilecektir⁴⁵².

Arsa sahibi mahkemeden nama ifa yetkisi isterken, ifa masraflarının yüklenici tarafından peşin olarak ödenmesine karar verilmesini de isteyebilir. Yüklenici bu durumda ikame masrafların kendi alacağına takas edilmesini isteyebileceği gibi Yargıtay, yükleniciye devredilmesi taahhüt edilen bağımsız bölümlerin inşaatı tamamlama masraflarına yetecek kısmının, üçüncü kişilere satılmasına da izin vermektedir⁴⁵³. Ancak bizde kabul edilen bu görüşün aksine İsviçre doktrinindeki baskın görüş, bedelin para olarak kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin takas hakkının olmadığını, kendisinden istenen masraflar ile bedel alacağını takas

24.03.2009'da teslimi kararlaştırılmıştır. Bu durumda, davalı yüklenicinin temerrüde düştüğünde şüphe yoktur. Davacı arsa sahipleri ise, BK.'nın 106. (TBK md. 125/2) maddesindeki seçimlik haklarından sözleşmenin feshi yönünde talepte bulunduğu ve buna yasal olarak hiçbir engel bulunmadığı halde, mahkemece, davacıların ancak nama ifa talep edebileceğinden bahisle davanın reddi doğru olmamıştır.” www.corpus.com.tr, e.t. 13.03.2022.

⁴⁵²Enli, s. 116; Serkan Ayan, s. 156.

⁴⁵³Mahmut Coşkun, İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.651; Kurt, s. 207; Serkan Ayan, s. 157; Kırmızı, s.684; Y. 15. HD. T.17.10.2019, E.2019/2801, K.2019/3981; “Tarafların beyanları ve mahkeme tarafından alınan bilirkişi raporlarında, ilgili belediyesince davaya konu inşaat hakkında yapı tatil tutanağı düzenlenmemiş ise de inşaat temellerinin yapı ruhsatına aykırı olarak büyük atıldığı, bu şekliyle inşaatın temel üstü vizesi almasının mümkün olmadığı, imar mevzuatına aykırı olduğu belirtilmiştir. Davacı iş sahibi davasında tazminat talebinin yanı sıra inşaattaki eksikliklerin bizzat ya da uzman bir kişi tarafından tamamlanması için nama ifaya izin verilmesini talep etmiştir. Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, (iş sahibi) masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir. İstemin hukuki dayanağını sözleşme ve dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi oluşturmaktadır. Yasa hükmüne göre nama ifaya izin verilebilmesi için sözleşmenin feshedilmemiş, yani yürürlükte olması, borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmesi ve borcun "yapma borcu"na dair bulunması gerekir. Yargıtay uygulamalarında nama ifaya izin davası talep edilmesi halinde nama ifa talep edilen eksik ve kusurlu işlerin teker teker nelerden ibaret olduğu, bunların tamamlanması ve giderilmesi için yapılması gereken masrafların avans olarak da olsa miktarlarının tespit ettirilerek kararın hüküm fıkrasında teker teker gösterilmesinin zorunlu olduğu ve eksik ve kusurlu işlerin giderimini karşılayacak miktar ve değerde yükleniciye kalan bağımsız bölümün satışına izin ve yetki verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yukarıdaki açıklama uyarınca somut uyuşmazlığımızda mahkemece yapılacak iş; hükme esas alınan bilirkişi kurulundan, sözleşmeye konu inşaatın mevcut durumunun imar mevzuatına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi, imar mevzuatına aykırı ise yasal hale getirilme masraflarının ve taraflar arasında akdedilen sözleşmede davalı yüklenicinin borçlarının göz önünde bulundurularak eksik bırakılan ve ayıplı yapılmış olan iş kalemlerinin ve bunların tamamlanması ile giderilmesi masraflarının, imalatın metraj, yöntem ve takribi bedellerinin tespiti için ek rapor alınması, kararın hüküm fıkrasında teker teker bu eksik ve kusurlu işlerin giderilmesi için gerekli olan masrafların ve eksik ve kusurlu işlerin giderimini karşılayacak miktar ve değerde yükleniciye kalan 2 nolu bağımsız bölümün satışına izin ve yetki verilmesinden ibarettir.” www.corpus.com.tr, e.t. 14.03.2022.

edemeyeceğini savunmaktadır. Çünkü masrafların avans olarak verilmesi borcunun niteliği gereği aynen ifası gereken bir borç olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁴.

Nama ifaya izin isteme hakkı yasa gereği inşaat sözleşmesinin tarafı olan arsa sahibine ait olup yükleniciden, alacağın temlik yoluyla ya da direkt tapudan bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin nama ifa talebinde bulunması mümkün değildir⁴⁵⁵.

Nama ifada yüklenicinin arsa sahibine ödemek zorunda kaldığı masraflar, piyasa koşullarına göre ortalama olarak gerekli olan makul bir miktarı kapsayacaktır. Zira işin ucuza yaptırılması zorunluluğu bulunmadığı gibi en pahalı yöntemle ya da en yüksek fiyatla yaptırılması gibi bir lüks de bulunmamaktadır⁴⁵⁶.

Arsa sahibi, nama ifa durumunda yükleniciye düşecek bağımsız bölümleri tamamlamak zorunda değildir. Kendisine düşecek bağımsız bölümler ve ortak kullanım alanları için mahkemeden inşaatın yüklenici namına tamamlanması için izin isteyebilecektir. Lakin taraflar arasındaki sözleşmede bağımsız bölümler ayırt edici bir şekilde belirlenmemişse bu durumda arsa sahibi inşaatın tümünün tamamlanması için yetki isteyebilecektir⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴Gauch (Werkvertrag), s. 487; Jörg Schmid: "Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht", Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s. 625 naklen Serkan Ayan s. 158 dipnot 682.

⁴⁵⁵Sütçü, s. 738; Y. 15. HD. E.2018/1420, K.2018/3860, "Arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılmış bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde; yüklenicinin şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin, nama ifa talep edip edemeyecekleri hususu davanın esasını oluşturmaktadır. Nama ifa; eseri yüklenicinin nam ve hesabına, iş sahibinin bizzat tamamlaması veya başka bir yükleniciye tamamlattırması demektir. Yüklenicinin eseri tamamlama olasılığı zayıf ve eserde tamamlanabilecek durumda ise, sözleşmenin tarafı olan iş sahibi, TBK 113, (BK 97) maddesi uyarınca nama ifaya izin isteyebilir. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere yasal olarak nama ifaya izin isteme hakkı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan arsa sahiplerine ait olup, sözleşmenin tarafı olmadıklarından, davacıların TBK 113, BK 97 maddelerinden yararlanarak, böyle bir davayı açmaya aktif husumet ehliyetleri bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne dair verilen kararda isabet bulunmadığından, kararın davalılar yararına bozulması uygun bulunmuştur." www.sinerjimevzuat.cm.tr, e.t.14.03.2022.

⁴⁵⁶Aydıncık, s. 274-275.

⁴⁵⁷Kostakoğlu, s. 585; Şahin, s. 249; Sütçü, s. 727; Y. 15. HD. E.2008/6908, 2009/1163; "Arsa payı karşılığı yapılan inşaatlarda "nama ifa" istenmesi durumunda; arsa sahibi, kural olarak nama ifa suretiyle tamamlayacağı inşaatın, yüklenicinin payına düşen bağımsız bölümlerin eksik işlerini tamamlamak ve kusurları gidermek zorunda değildir. Buna göre, inşaatın kendisine isabet edecek bağımsız bölümler ile ortak alanlarını yüklenici namına tamamlamak üzere Borçlar Kanunu'nun 97/1. maddesi hükmüne dayanarak izin talep edebilir. Sözleşmenin yanları arasında bağımsız bölümlerin paylaşımı yapılmamış ise, arsa sahibi inşaatın tamamı için nama ifa izni talep etmek durumundadır." www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.14.03.2022.

3.2.1.2. Gecikme Tazminatı Talebi

Yüklenici TBK m.118/I gereği, borcun zamanında ifa edilmemesi nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür meğerki temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlasın⁴⁵⁸. Arsa sahibinin, yüklenicinin temerrüde düşmesi bu sebeple de sözleşmenin zamanında ifa edilmemesi nedeniyle uğrayacağı zararlar gecikme tazminatı kavramı ile belirtilmektedir⁴⁵⁹.

Arsa sahibi TBK m.125 uyarınca aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteme hakkına sahip olduğundan, temerrüt tarihinden aynen ifanın yapılacağı tarihe kadar geçen sürede oluşan zararlar gecikme tazminatının konusunu oluşturacaktır⁴⁶⁰.

Gecikmeden doğan zararlar, arsa sahibinin inşaat belirlenen tarihte teslim edilseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum ile geç teslimden dolayı hâlihazırda içinde bulunduğu durum arasındaki farkı ifade ettiğinden, zamanında ve gereği gibi teslim yapılmış olsaydı elde edeceği menfaate göre tespit edilir⁴⁶¹. Bu bağlamda gecikme tazminatının kapsamına fiili zararlar ve yoksun kalınan kazanç kalemleri girmektedir⁴⁶².

Arsa sahibinin, edimin zamanında ifa edileceği inancıyla yaptığı fakat sonuçsuz kalan masraflar fiili zararını oluşturur. Örnek olarak; teslim için yapılan hazırlık masrafları, üçüncü kişilere ödenen tazminat, inşaat teslim edilmediği için arsa sahibinin mevcutta oturduğu evi boşaltamaması ve kira ödemeye devam etmesi gösterilebilir⁴⁶³. Arsa sahibinin, teslim zamanında gerçekleşmiş olsaydı elde edeceği bazı kazançlardan mahrum kalması yoksun kalınan kazanç kapsamına girmektedir⁴⁶⁴. Yoksun kalınan kazancın en önemli örneğini ise, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümlerin teslim edilmesi lazım gelen tarihe kadar geçecek süredeki mahrum kalınan kira bedelleri oluşturmaktadır⁴⁶⁵. Yargıtay, inşaatın sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesi gereken tarihten, ifanın tam olarak sağlandığı tarihe kadar geçecek süre için kira kaybı istenebileceğini kabul etmektedir⁴⁶⁶.

⁴⁵⁸Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 893; Aral/Ayrancı, s. 396.

⁴⁵⁹Kırmızı, s. 509; Sütçü, s. 749.

⁴⁶⁰Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 893.

⁴⁶¹Şahin, s. 910; Dirican, s. 48.

⁴⁶²Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.925; Oğuzman/Öz, s. 387.

⁴⁶³Kurt, s. 210; Eren, Genel Hükümler, s. 1127.

⁴⁶⁴Kurt, s. 211.

⁴⁶⁵Sütçü, s. 750; Gümüş, s. 69.

⁴⁶⁶Y. 15. HD. E.2019/2704, K.2020/92, T. 15.01.2020, “İlgili belediyeden inşaatın genel yapı kullanma izin belgesi ile davacıya ait bağımsız bölümlerin yapı kullanma izin belgesinin hangi tarihte alındığı sorulduktan sonra davacıya ait bağımsız bölümün hangi tarihte tamamlanıp teslim edilmesi gerektiği, bu tarihten itibaren yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarihe kadar ne kadarlık gecikme olduğu ve gecikme süresine göre teslimi gereken tarihten itibaren 12 aylık süre için daha az olamayacağından mahalli piyasa rayiçlerine göre mahrum kalınan kira alacağı karşılığı gecikme tazminatı ile 12 ayı aşan

Ancak fiili teslim yapılmasına rağmen bağımsız bölümlerde arsa sahibinin kullanımına engel teşkil edecek eksiklikler varsa, bu eksikliklerin giderileceği süre belirlenerek bu süreyle sınırlı olarak da kira kaybına hükmedilebileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁷.

Gecikme tazminatı istenebilmesi için arsa sahibinin, geç teslimden dolayı bir zararının oluşması gerekmekte olup haliyle zarar ile yüklenicinin inşaatı geç teslimi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁴⁶⁸. Yargıtay, gecikme ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan tüm zararların gecikme tazminatı kapsamında değerlendirilebileceği görüşündedir⁴⁶⁹.

Arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü durumunda gecikme tazminatı talep edebilmesi için yüklenicinin kusuru gerekmektedir. Zira TBK m. 118 hükmünce temerrüde düşen borçlu kusuru olmadığını ispat ederse gecikme tazminatı ödemekten kurtulabilecektir⁴⁷⁰.

gecikme nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan kira bedeli karşılığı gecikme tazminatı miktarı konusunda davacının talebinin hangi tarihe kadar olduğu da gözetilerek gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu gecikme tazminatı isteminin tümünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” www.corpus.com.tr, e.t.08.11.2021.

⁴⁶⁷Sütçü, s.756; Selimoğlu, s. 267; Y. 15. HD. T. 28.03.2007, E.2006/1528, K.2007/1924; “Gecikme tazminatı, bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden başlayarak, eylemli olarak teslim alındığı tarihe kadar olan süre için istenebilir. Taraflar arasındaki 31.03.1995 tarihli sözleşmeye göre, işin teslimi gereken tarih, 15.11.1997’dir. Dosya içeriğine göre, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin dava tarihi itibarıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, arsa sahibi, kendisine düşen bağımsız bölümleri kiraya verilecek durumda teslim almış ise, o bölümlerle ilgili kira alacağına bu tarihe kadar hükmolunur. Eğer teslim alınırken kiraya verilmesine engel eksiklikler varsa, öncelikle, arsa sahibinin bu eksiklikleri ne kadar sürede tamamlayabileceği bilirkişiye hesaplatılarak, bulunacak bu tarihe kadar kira alacağı karar altına alınmalıdır.” www.sinerjimevzuat.com, e.t. 09.11.2021.

⁴⁶⁸Eren, Genel Hükümler, s.1104.

⁴⁶⁹Sütçü, s. 750; Y. 23. HD. T.10.06.2013, E.2013/3925, K.2013/3927; “Asıl ve birleşen 2007/843 esas sayılı davalarda davacı Ü. vekili, davalı yüklenici Paşabeyoğlu A.Ş.’nin davacıyla imzaladığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca işi hukuki ayıplı olarak teslim ettiğini, kira gelir kaybı olduğunu, ayrıca yakıt gideri ödendiğini ileri sürerek, kira bedelinin ve yakıt giderlerinin davalı şirket ve şirket yönetim kurulu üyelerinden: birleşen 2007/330 Sayılı davada ise, davacılar Ü. ve E. vekili, kira bedeli ve yakıt giderlerinin davalı şirketten tahsiline karar verilmesini talep etmiş olup...Birleşen 2007/330 esas sayılı davada ise, 3, 12, 34, 35, 41, 53 ve 83 numaralı bağımsız bölümler yönünden arsa sahibi Ülker ve 41 numaralı bağımsız bölümü arsa sahibinden tapuda devralan E. B., 1.3.2004 ile 26.2.2007 tarihleri arasında dair gecikme tazminatı ve 15.12.2005 tarihinden öncesine ait olmak üzere ödenen yakıt bedelinin tahsilini istemişlerdir. Öncelikle arsa sahibi Ü. ile 41 numaralı bağımsız bölümü devralan E. birlikte dava açtıklarından, bu bağımsız bölüm yönünden devir tarihi olan 24.3.2004’ten itibaren gecikme tazminatı ve varsa ödenen yakıt giderini talep hakkı davalı E. E. aittir. Şu halde, 41 numaralı bağımsız bölüm yönünden devir tarihinden itibaren E.’in talep hakkı doğduğu gözetilerek, gecikme tazminatı ve varsa ödenmiş yakıt giderinin buna göre hesaplanması gerekirken, anılan hususun gözden kaçırılması hatalı olmuştur.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.14.03.2022.

⁴⁷⁰Oğuzman/Öz, s. 498; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 961; Y. 15. HD. T.27.02.2012, E.2011/4058, K.2012/1134; “Tarafların murisleri arasında düzenlenen 10.06.1998 tarihli sözleşmenin 13. maddesinde, inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 48 aylık sürede tamamlanacağı, mücbir sebeplerin varlığı halinde 6 ay mülhet verileceği, gecikme halinde daireler için emsal kira bedelinin ödeneceği kararlaştırılmıştır. Davada, sürede teslim edilmeyen daire ve dükkanlar için kira bedeli istenmektedir. BK’nın 96. maddesince, alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.

Gecikme tazminatı sadece aynen ifa istenebileceği sürece talep edilebilecek olup arsa sahibinin sözleşmeden dönme ya da fesih durumunda gecikme tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır⁴⁷¹. Nitekim arsa sahibinin sözleşmeden dönme iradesini göstermesi durumunda yükleniciden inşaaat devam ederek edimini ifası beklenemez. Bu sebeple de inşaaat devam etmeyen yükleniciden gecikme tazminatı istenemeyecektir. Ancak yüklenici, dönme beyanını kabul etmez veyahut dönme beyanından etkilenmeyip inşaaat devam ederse bu durumda teslim süresi sözleşmeye göre belirlenebilecek olup arsa sahibi gecikme nedeniyle uğradığı zararları isteyebilecektir⁴⁷².

Yargıtay önceden aynen ifa ve gecikme tazminatı istenebileceği süreyi, arsa sahibinin TBK m.125 gereğince seçimlik hakların kullanılması için gereken makul süre ve somut olayın özelliğine göre eksik işlerin tamamlanabilmesi için bilirkişi tarafından tespit edilen sürenin toplamı kadar bir süreyle sınırlı olarak belirlemektedir⁴⁷³.

Ancak YHGK bu görüşe katılmayarak, arsa sahibinin gecikme süresinin tamamını kapsayacak şekilde tazminat istemesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceğini zira TBK m. 471/1 uyarınca bu durumun yüklenicinin özen borcuna, doğruluk ve güven kurallarına uygun düştüğünü belirtmiştir. Ancak arsa

Sözleşmeye konu inşaatın sürede tamamlamadığı iddiası ile gecikme tazminatı istenildiğine göre sözleşmede gecikme tazminatına ilişkin düzenleme olmasa dahi yüklenici kusuru nedeniyle gecikme var ise tazminatla sorumludur. Sözleşmede cezai şarttan söz edilmediğinden davada BK'nın 158. maddesi hükmünün uygulama yeri de bulunmamaktadır. Kaldı ki arsa sahibi gecikmeden doğan dükkanlara ilişkin zararını ve cezayı aşan zararını her zaman isteyebilir (BK. 159 md).” www.sinerji.com.tr, e.t. 14.03.2022.

⁴⁷¹Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 258; Oğuzman/Öz, s.499.

⁴⁷²Sütçü, s. 750; Y. 23. HD. T.06.11.2015, E.2015/4602, K.2015/7122; “Bununla birlikte, depo edilen bedel kapsamında belirlenen gecikme tazminatı hesaplanırken, gecikilen sürenin tespitinde sürenin başlangıcı yönünden temel üstü ruhsatının alındığı 16.08.2000 tarihi esas alınmıştır. Sözleşmede, işin süresinin temel üstü ruhsatının alınmasından itibaren başlayacağı öngörülmüş ise de, bundan, ruhsatın yüklenici tarafından istendiği zaman alınabileceği anlamı çıkarılamaz. Bu itibarla, sözleşmenin düzenlendiği 08.08.1994 tarihinden itibaren temel üstü ruhsatının alınabileceği makul sürenin bilirkişilere tespit ettirilerek, bu tarihten itibaren teslimi gereken tarihin belirlenmesi suretiyle sonuca ulaşılması gerekirken belirtilen bu hususlar gözardı edilerek hüküm kurulması yerinde olmamıştır.

Yine, gecikme tazminatı talebi hakkında inceleme yapılırken, ihtarla yapılan fesih bildirim tarihine kadar hesap yapılmış ise de, yukarıda değinildiği gibi, sözleşme halen ayakta olup, arsa sahiplerinin ihtarı nedeniyle işin durup durmadığı konusunda araştırma yapılmaksızın, soyut olarak fesih tarihine kadar hesap yapılması da hatalı bulunmuştur. Yapılacak inceleme sonucunda feshin işin durmasına bir etkisinin bulunmadığının anlaşılması durumunda ve halen dahi teslimin gerçekleştirilmediği dikkate alındığında bağımsız bölümlerin satış tarihleri de gözden kaçırılmaksızın hüküm kurulmalıdır.” www.corpus.com.tr, e.t.15.02.2022.

⁴⁷³Kostakoğlu, s. 622; Sütçü, s. 746; Y. 15. HD. T. 17.04.1989, E.1989/2719, K.1989/1964; “İnşaatın 19.10.1980 tarihinde bitmesi gerektiği halde dava tarihine kadar tamamlanmadığı mahkemece kabul edilmiş ve geciken bu süre için kira tazminatına hükmedilmiştir. Oysaki müteahhidin sözleşme süresi sonunda inşaatı tamamlayamaması üzerine davacıların BK. 106. maddesinde tanınan seçimlik haklarını muhik bir süre sonunda kullanmaları gerekirdi. Bu hakların kullanmaktaki gecikmeden dolayı yüklenicinin zararının artmasına neden olan davacıların bu kusurlarından yararlanmaları BK. 98/2 ve 44. maddeleri hükmüne aykırıdır.” www.sinerjimevzuat.com, e.t.19.03.2022.

sahibinin ifayı beklemek yerine başka türlü davranma olanağı varsa bunun kullanılmaması ortak kusur olacaktır⁴⁷⁴.

3.2.1.3. İfaya Ekli Ceza Koşulu

Roma Hukukundan beri var olan bir kavram olan ceza koşulunun çıkış sebebi bir taraftan zararın ispatında ve hesaplanmasında ortaya çıkacak zorlukları aşmak diğer taraftan ise borçlu üzerinde baskı kurarak onu ifaya zorlamak olmuştur. Ancak Roma Hukukunda aynen ifa davası kabul görmemekte olduğundan bir malın teslimine ilişkin davalarda ceza olarak bir miktar paranın ödenmesi talep edilmekteydi⁴⁷⁵.

19. yy.'a gelindiğinde ise Almanya ve İsviçre öğretisinde aynen ifa, asli talep olarak ön planda tutulmaya başlandı ve tazminat talebinin yerini aldı. Böylelikle cezai şart, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifasını sağlama amacına hizmet etmek üzere evrildi⁴⁷⁶.

Bu bakımdan ceza koşulu, diğer adıyla cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda borçlunun, alacaklıya karşı önceden bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi olarak tanımlanabilir⁴⁷⁷. TBK'nunda açık tanımlanmamakla birlikte m.179/I'de, "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir." hükmü yer almaktadır.

Cezai şart ile borçlu, alacaklıya karşı asıl edimini tam ve eksiksiz olarak zamanında veya yerinde ifa etmemesinden kaynaklı bir edimde bulunmayı üstlenir ya da kararlaştırılan bedeli ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı kazanır⁴⁷⁸. Yargıtay cezai şartı; geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veyahut eksik getirilmesi ya da belli bir

⁴⁷⁴Sütçü, s. 746; YHGK T. 21.10.2015, E.2013/23-2396, K.2015/2331; "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.10.1991 tarih, 1991/15-340 E, 1991/467 K içtihadında belirtildiği ve bu tarihten sonra Yargıtay'ca da istikrarlı şekilde uygulandığı üzere arsa sahibi, sözleşmeye göre kararlaştırılan teslim tarihinden sonra makul sürede BK'nun 106/2. (TBK 125/I) seçimlik haklarını kullanmaya zorlanamaz. Bu itibarla davacılar da somut olayda aynen ifa yönünde seçimlik haklarını kullanmış olmakla, ifayı bekledikleri sürede oluşan gecikme tazminatı alacaklarını tümüyle talep edebileceklerinden, 01.03.1998 ile takip tarihi arasındaki dönemde oluşan gecikme tazminatı alacaklarının davacılar yararına nazara alınması gerekirken aksi yönde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olmuştur.." www.corpus.com.tr, e.t. 19.03.2022.

⁴⁷⁵Atamer/Süzel/Geisinger, s. 93.

⁴⁷⁶Pascal Hachem, Agreed Sums Payable Upon Breach of an Obligation, Eleven Publishing, 2011, s. 30, naklen Atamer/Süzel/Geisinger, s. 95.

⁴⁷⁷Hüseyin Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 25-26.

⁴⁷⁸Ekinci, s. 27; Reisoğlu, s.455.

zaman ve yerde yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken götürü edim olarak tanımlamıştır⁴⁷⁹.

Ceza koşulu alacaklının ifaya ulaşması için borçluya karşı kullanabileceği bir baskı vasıtası olup bunun için zararın varlığı gerekmemektedir⁴⁸⁰. Ceza koşulu, bir borcun ifasını yaptırıma bağladığı için geçerliliği asıl borcun varlığına bağlıdır⁴⁸¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da teslim gününün geçirilmesi ile birlikte ceza koşulu işlemeye başlayacak olup aksine anlaşma olmadıkça ceza koşulunun istenebilmesi için yükleniciye ihtar çekilmesi gerekmemektedir⁴⁸². Ancak aksi kararlaştırılmadıkça yüklenici, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayarak cezayı ödemekten kurtulabilecektir⁴⁸³. İnşaat sözleşmelerinde, teslim haricinde diğer borca aykırılıklar için de ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür. Buna göre inşaatın vaktinde tamamlanarak teslim edilmemesi, inşaatın ayıpsız ve tam olarak teslim edilmemesi ya da inşaatın zamanında ve ayıpsız ve de eksiksiz olarak teslim edilmemesi durumlarında cezanın istenebileceği kararlaştırılabilir⁴⁸⁴.

İfaya eklenen ceza koşulunda ise, cezanın borcun belirli bir yer veya zamanda ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılması söz konusudur. Bu iki halin varlığı durumunda yani ceza koşulunun, borcun kararlaştırılan yerde ya da zamanda ifa edilmemesi hali için kararlaştırılmış olması durumunda Kanun gereği karine olarak ifaya ekli ceza koşulu söz konusu olacaktır⁴⁸⁵. Bu iki halin varlığı dışında kararlaştırılan ceza koşulunun ise ilke olarak seçimlik borç doğurduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁶.

İfaya ekli ceza koşulunun istenebilmesi için; cezanın borcun belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış olması, alacaklının bu hakkından

⁴⁷⁹Y. 14. HD. T.28.06.2010, E.2010/6622, K.2010/7394; “Gerçekten cezai şart, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken götürü bir edimdir.” www.corpus.com.tr, e.t. 19.11.2021.

⁴⁸⁰Dirican, s. 16; Kırmızı, s. 1114.

⁴⁸¹Eren, Genel Hükümler, s. 1182; Y. 23. HD. T. 12.01.2016, E. 215/1656, K. 2016/72; “Davalı vekili, adi yazılı şekilde yapıldığı için geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat ön sözleşmesine dayanarak cezai şartın tahsilinin istenemeyeceğini savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, resmi şekilde yapılması gerekirken adi yazılı şekilde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat ön sözleşmesinin geçersiz olduğundan tarafların sadece verdiklerini geri isteyebileceği, geçersiz sözleşmenin yerine getirilmemesi halinde sözleşmede yazılı cezai şartın tahsilinin istenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyiz istemi üzerine Dairemizin 17.11.2014 tarih ve 6906 E., 7283 K. sayılı ilamıyla onanmıştır.” www.corpus.com.tr, e.t. 19.11.2021.

⁴⁸²Zevkliler/Gökyayla, s. 484.

⁴⁸³Dirican; s. 69.

⁴⁸⁴Serkan Ayan, s. 170.

⁴⁸⁵Sütçü, s. 775; Kırmızı, s. 1128.

⁴⁸⁶Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Refet Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayını No:19, Ankara 1987, s. 335; Sütçü, s. 775.

açıkça feragat etmemiş olması ve ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmaması gerekmektedir⁴⁸⁷. Ancak taraflar muaccel olan ceza koşulunun miktarı ve ödenmesi konusunda teslimden önce anlaşmışlarsa, artık arsa sahibinin çekince ileri sürmesi gerekmez⁴⁸⁸.

Ceza koşulu, inşaatın vaktinde teslim edilmemesi durumu için saatlik, günlük, haftalık veya aylık olarak belli bir miktarın ödenmesi biçiminde kararlaştırılabileceği gibi tek bir miktar olarak da kararlaştırılabilir⁴⁸⁹. Yargıtay taraflar arasındaki sözleşmede ceza koşulu ile birlikte gecikme tazminatının da istenebileceğine ilişkin bir hüküm mevcut değilse arsa sahibinin ceza ile ceza miktarını aşan zararını isteyebileceğini kabul etmektedir⁴⁹⁰.

Cezai şartın fahiş olarak belirlendiği durumlarda doktrinde, alacaklının menfaati, yüklenicinin kusurunun ağırlığı, borcun ihlalinin arsa sahibi bakımından ağırlığı ve tarafların ekonomik durumları dikkate alınarak cezanın tenkis edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁹¹.

⁴⁸⁷Köksal Kocaağa, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 151; YHGK T. 29.06.2021, E. 2017/3-2245, K. 2021/880: “Somut olayda; davaya konu sözleşmelerin 3.6. maddesinde düzenlenen “Teslim süresine uyulmaması durumunda satıcı her gecikme ayı için alınan gayrimenkulün bedelinin %1 tutarındaki cezayı hükmü alıcıya ödemek zorundadır.” hükmünün ifaya ekli cezai şart mahiyetinde olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. Türk Borçlar Kanunu’nun 179/II. maddesinde ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir denilmek suretiyle ifaya ekli cezayı düzenlemiştir. Bu cezaya, gecikme cezası da denmektedir. 28. Anılan hükme göre borçlunun borca aykırı davranışı hâlinde, alacaklı hem aynen ifayı, hem de kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edebilecektir. Bu nedenle, burada ceza koşulunun aynen ifaya ilave olarak (kümülatif) talep edilebilmesi olanaklıdır. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yüklenici, işin teslim edilmesi gerektiği tarihten itibaren geciktiği her gün için iş sahibine 10.000 TL ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmişse, yüklenicinin borcunu ifada gecikmesi hâlinde, iş sahibi hem gecikilen her gün için 10.000 TL ceza koşulunu hem de inşaatın bitirilmesini isteyebilir. İfaya eklenen ceza koşulu, özellikle borcun geç ifa edilmesi hâlinde uygulanır ve uygulamada en çok rastlanan ceza koşulu türüdür.” www.corpus.com.tr, e.t. 18.11.2021.

⁴⁸⁸Kurt, s. 221.

⁴⁸⁹Serkan Ayan, s. 171; Büyükay, s. 214.

⁴⁹⁰Y. 23. HD. T. 05.06.2018, E.2015/8378, K.2018/3536; “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması zorunludur. Tadil sözleşmeleri de asıl sözleşmenin tabi olduğu şekilde yapılmalıdır. Bu nedenle mahkemece asıl sözleşmede olmayan cezai şartın adi yazılı sözleşmede kararlaştırılmış olması nedeniyle reddi yerindedir. Ancak kira tazminatı bakımından farklı bir değerlendirme yapılması gerekir. Kira tazminatı olarak isimlendirilen talepler, hukukî niteliği itibariyle bir gecikme tazminatıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin zamanında ifa edilmemesi nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zararın tazmine gecikme tazminatı denilmektedir. Arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin sözleşmeye göre teslim edilmesi gereken tarihten, teslim tarihine kadar geçen sürede mahrum kalan kira bedeli gecikme tazminatının en önemli kısmını oluşturur. Yüklenici, süresinde inşaatı teslim borcunu yerine getirmemişse; arsa sahibi her zaman gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir (TBK m.125/...). Bu sebeple, kira tazminatının sözleşmede yazılı olmasına veya ihtirazi kayıt konulmasına teslimde gerek olmaksızın talep edilebilmesi mümkündür.” www.corpus.com.tr, e.t.19.03.2022.

⁴⁹¹Tunçomağ, s. 144; Ekinci, s. 328; Kocaağa, s. 230.

Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici taraf genellikle tacir olduğundan ve tacir olan yüklenici TTK m.22 uyarınca cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceğinden, cezanın tenkisi söz konusu olmamakla birlikte Yargıtay uygulamasında yapı kooperatifleri tacir sayılmadığından cezai şartın tenkisi yapı kooperatifleri için kabul edilmektedir⁴⁹². Fakat kural bu olmakla birlikte cezai şart eğer tacir yüklenicinin mahvına neden olacak ve ahlak ve de adaba aykırı nitelikteki ise geçerli olmayacaktır⁴⁹³.

3.2.2. Arsa Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zararının Tazminini Talep Etmesi

Zarar kavramı, hem sözleşme kaynaklı sorumluluk hem de sözleşme dışı sorumluluk alanında yer bulan bir kavram olmakla birlikte Türk Borçlar Kanunu ile mehz İsviçre

⁴⁹²Sütçü, s. 786; Y. 15. HD. T.09.07.2019, E.2019/1960, K.2019/3281; “13.09.2003 tarihinden itibaren dava tarihi olan 26.11.2012 tarihine kadar dubleks mesken için aylık 200 Mark cezai şart talep edebileceği, davalı kooperatifin tacir olmadığı ve üyelerini konut sahibi yapmak gibi sosyal bir amaçla kurulduğu ve inşaatların halen de bitmemiş olduğu, dolayısıyla davacının dava tarihinden sonraki dönem için de tazminat istemeye hakkı bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda aşırı bulunan tazminatın 6098 sayılı Kanunun 182/3'üncü maddesi uyarınca indirilmesinin hakkaniyete uygun olacağı gerekçesiyle 13.3.2005'den davadan önceki tahakkuk tarihi olan 13.11.2012 tarihine kadar geçen 93 ay için aylık 200 mark üzerinden 18.600 Mark cezai şart alacağının TL karşılığı 22.073,12 TL üzerinden davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosya kapsamına göre davalı kooperatifin dava dışı diğer arsa sahipleriyle de kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yaptığı, mahkemenin gerekçesinde belirttiği 2008/88 E sayılı dosyada başka arsa sahibi tarafından açılan davada cezai şartın tahsili talepli dava açıldığı, mahkemece davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmede 6'ncı maddesinde, İnşaatların başlayarak bitirilmesi ve arsa sahibine ait iş yerlerinin teknik şartnamesine ve planlamasına uygun bir şekilde teslim edilmesi için 540 iş günü süre belirlendiği, sürenin başlangıcının arsanın ruhsat alınmasında bir pürüz yoksa ve arsa sahibinden oluşan bir kusur olmazsa her halükarda kooperatif imar durumu aldıktan itibaren altı aylık süre içinde ruhsat alması halinde ruhsatın alındığı tarihten itibaren başlayacağını ve belediyece inşaat yasağı gibi bir yasak ve düzenleme getirilmesi ve buna da arsa sahibine karşı yazılabilir şekilde kanıtlanması halinde işbu yasak süresinin inşaat süresine ekleneceğinin kabul edilip inşaatın süresinde bitmemesi halinde sözleşmenin 17'nci maddesine göre her bir villa için aylık 200 Alman Markı cezai şart ödenmesinin kabul edildiği görülmektedir.”; Y. 16. HD. T. 03.06.2011, E.2011/954, K.2011/3255; “...her ne kadar kooperatifler 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 136. maddesinde ticaret şirketleri arasında gösterilmiş ise de, amacı ortaklarının konut ihtiyacını karşılamak olan ve bu ihtiyacı karşıladıktan sonra tasfiye ve terkin edilen ve hiçbir ticari faaliyeti bulunmayan konut yapı kooperatiflerinin ticaret şirketi kapsamında değerlendirilemeyeceğine göre...” , www.corpus.com.tr, e.t. 09.03.2022.

⁴⁹³YHGK T. 18.06.2019, E.2017/19-922, K.2019/706; “Ticaret Hukukumuzda cezai şart, miktarı yönünden sadece, BK'nın 20. maddesindeki “ahlâka aykırılık” kavramı ile sınırlanmış bulunmaktadır. TTK'nın 24. maddesi uyarınca tacirin, borçlu olduğu cezai şartın tenkisini istemesi mümkün değildir. Ancak, TTK'nın 24. maddesiyle tacir olan şahsa ve onun âkidine tanınmış olan bu (akit serbestisi) ilkesi, bütün akitler için sınırlayıcı bir hüküm mahiyetinde olan TTK'nın birinci maddesi hükmünün atfi nedeniyle BK'nın (butlan) 20. maddesi hükmü ile, tahdit edilmiştir. Şayet, taraflarca sözleşme ile tespit edilmiş olan cezai şart miktarı, borçlu durumda olan tacirin, iktisaden mahvını mucip olacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede ağır ve yüksek ise, o zaman, böyle bir cezai şartı ahlâk ve adaba aykırı bir şart olarak kabul ederek, kısmen veya tamamen iptali cihetine gitmek mümkündür. Çünkü, ahlâk ve adaba aykırılık dolayısıyla sözleşmede yer alan cezai şart'ın butlanı, hukukun genel bir ilkesidir. TTK'nın 24. maddesi hükmünün, bu genel müeyyidenin dışında kalacağını düşünmek mümkün değildir.” www.corpus.com.tr, e.t. 19.03.2022.

Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda bu kavramın tanımı yapılmamıştır⁴⁹⁴. Bir zarar tanımının yapılmamasının en önemli nedeni gerçekleşebilecek tüm halleri kapsayan bir tanımın verilmesinin mümkün olmayışı olup doktrin ve uygulamaya bu tanımın yapılması görevi yüklenmiştir⁴⁹⁵.

Karşılıklı olarak borç yükümleyen akitlerde taraflardan birinin asli edim borcunu yerine getirmemesi nedeni ile temerrüde düşmesi halinde verilecek ek süre sonunda aynen ifa ve gecikme tazminatı isteminden vazgeçen alacaklının, seçimlik haklarından birisi aynen ifa yerine tazminat talebidir. Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının ödenmesini istemesi durumunda, sözleşme geçerliliğini korumaya devam etmekte fakat aradaki ilişkinin içeriği değişerek, borçlunun asli edim yükümünün yerini tazminat ödeme borcu almaktadır⁴⁹⁶. Bu ihtimalde borcun ifası halen mümkün olmakla birlikte borçlu sanki borcun ifası imkansızlaşmış gibi alacaklının zararını tazmin etmektedir⁴⁹⁷.

Bu kapsamda müspet zarara ilişkin bir tanım vermek gerekirse; edimin ifa edilmemesi sebebi ile alacaklının mal varlığının şu anda içinde bulunduğu durum ile edim sözleşmeye uygun bir şekilde tam ve eksiksiz olarak yerine getirilmiş olsaydı içinde bulunacağı varsayılan durum arasındaki fark müspet zararı oluşturmaktadır⁴⁹⁸. Kural olarak bu zarar ifa edilmeyen borcun değeri ile gecikme zararlarından oluşur⁴⁹⁹. Gecikmeden doğan zararının da eklenmesiyle alacaklı, borç zamanında ifa edilseydi malvarlığı hangi durumda olarsa o duruma getirilmelidir⁵⁰⁰.

Yüklenicinin, bağımsız bölümleri teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda gecikmiş ifanın arsa sahibi açısından artık bir öneminin bulunmaması ve müspet zarara ilişkin tazminatın teslimi gereken bölümlerin ederinden daha fazla olması halinde arsa sahibi TBK m.125/II uyarınca artık müspet zararın tazminini talep edebilecektir⁵⁰¹.

⁴⁹⁴Zafer Zeytin, "Alman hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi, Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara 1999, C. 20, S. 2, s. 75; Seda İrem Çakırca, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 11.

⁴⁹⁵Çakırca, s. 11.

⁴⁹⁶Şerife Deren Gündüz, Olumlu Zarar, 1.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 167.

⁴⁹⁷Oğuzman/Öz, s. 526; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 962.

⁴⁹⁸Havutçu, s. 68.

⁴⁹⁹Kurt, s. 258; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 496.

⁵⁰⁰Gündüz, s. 167.

⁵⁰¹Duman, İnşaat, s. 86; Kırmızı, s.517-518; Y. 15. HD. T. 04.06.2012, E.2012/2766, K.2012/4181; "Yüklenicinin yüklenmediği edimin ifasında borçlu temerrüdüne düşmüş olması durumunda arsa sahipleri Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi hükmünde düzenlenen seçimlik haklarından birisini kullanabilir. Somut olayda ise davacılar Borçlar Kanunu'nun 106/II. maddesi uyarınca "ifa yerine olumlu zararın" tazminini istemişlerdir. İfa yerine olumlu zararın giderilmesinin istenmesi durumunda yanlar arasındaki sözleşme yürürlükte kalır; ancak, vazgeçilen asıl borcun yerini

Ancak bu seçenek inşaat sözleşmelerinde nadir olarak karşımıza çıkmaktadır zira arsa sahibinin aynen ifada menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁰².

Arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi niteliği gereği değiştirici yenilik doğuran bir hak olup, bununla birlikte inşaat sözleşmesi yürürlükte kalmakta ancak yüklenicinin bağımsız bölümleri teslim borcu tazminat borcuna dönüşmektedir⁵⁰³.

TBK m.112 uyarınca yüklenici, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadığı sürece, arsa sahibinin bundan dolayı meydana gelecek zararını gidermek zorundadır. Bu durumda arsa malikinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istemesi, yüklenicinin kusurlu olmasına bağlıdır⁵⁰⁴.

Yüklenici bağımsız bölümleri teslim borcunda temerrüde düşmesinde kendisine kusur yüklenemeyeceğini kanıtlarsa, müspet zarara ilişkin tazminatı ödemek zorunda değildir⁵⁰⁵.

Alacaklının aynen ifadan vazgeçip müspet zararının ödenmesini istediği ana kadar meydana gelen temerrüdün sonuçları, yapılan bildirimden sonra da geçerli olacağından, bu ana kadar doğmuş bir zarar varsa, bunun da müspet zarar tazminatı kapsamında istenip istenemeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır⁵⁰⁶. Bazı yazarlar, aynen ifadan vazgeçen arsa sahibinin artık ifaya bağlı bir talepte bulunmasının mümkün olmadığından yola çıkarak müspet zarar kapsamında cezai şartı talep edemeyeceğini ileri sürmektedir⁵⁰⁷. Buna karşılık hakim olan görüş, ifadan vazgeçilen tarihe kadar

"olumlu zarar" tazmini alır. Kusuruyla temerrüde düşen borçlu, Borçlar Kanunu'nun 96 ve izleyen maddeleri çerçevesinde alacaklıların müspet zararını tazminle sorumlu tutulur. Borçlunun, tazmin sorumluluğundan kurtulabilmesi için borçlu temerrüdüne düşmesinde kusursuzluğunu kanıtlaması gerekir. Alacaklının isteyebileceği olumlu zarar tazminatının konusu "ifadaki çıkarıdır", yani sözleşmede yüklenilen edimin tümüyle yerine getirilmesi durumunda alacaklının elde edecek olduğu çıkarıdır. Olumlu zarar tutarının belirlenmesinde, yüklenilen edimin yerine getirilmesi gereken tarih esas tutulur. Başka bir anlatımla zarar, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu güne göre hesaplanır. Ancak, aynen ifaden vazgeçip olumlu zararın tazmini istendiğinde; ayrıca, gecikme-kira tazminatı, eksik ve ayıplı işler bedeli, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez. Çünkü, ifa yerine geçen olumlu zararın istenmesi demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi davacılar düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin, teslimi gereken tarihteki bitmiş halde rayiç bedellerin müspet zarar olarak istenmesi demektir." www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.19.03.2022.

⁵⁰² Sütçü, s. 807.

⁵⁰³ Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 193; Murat Topuz, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2011, s. 95; Eren, Genel Hükümler, s. 1141.

⁵⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s.1143; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 930; Enli, s. 140.

⁵⁰⁵ Enli, s. 140.

⁵⁰⁶ Havutçu, s. 69-71; Bekir Akıncı, Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar, Sayram Yayınları, Konya 2014, s. 95; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 962.

⁵⁰⁷ Kurt, s. 225; Gümüş, s. 72.

oluşan gecikme zararlarının da müspet zarar kapsamında dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim temerrüdün ifadan vazgeçildiğinin bildirildiği ana kadar doğan sonuçları, bundan sonra da saklı olacaktır. Yargıtay da gecikme tazminatı ve ifaya bağlı ceza koşulunun müspet zarar olarak istenebileceği görüşündedir⁵⁰⁸.

Doktrindeki bir görüşe göre ise burada ikili bir ayırım yapılması gerektiği ve eğer temerrütten sonra verilen mehil sonunda müspet zarar talep edilmişse, gecikme tazminatı ve ifaya ekli cezai şartın istenemeyeceği çünkü müspet zararın zaten temerrüt tarihi itibarıyla belirlendiğini ileri sürülmektedir. Ancak temerrüdün oluşmasından ve aynen ifanın istenmesinden sonra, tekrar ek süre verilerek müspet zararın tazmininin istenmesi durumunda artık temerrüt tarihi ile zararın tazmininin istendiği tarih arasındaki süre için gecikme tazminatı ve ifaya ekli cezai şartın talep edilebileceğini kabul etmektedir⁵⁰⁹.

Arsa sahibi müspet zararının tazminini istediği takdirde, bağımsız bölümlerin tamamlanan kısmının kullanılması mümkün ise bu kısmı kabul etmeli ve bu kısım la orantılı olarak bedelin tazminattan mahsup edilmesine razı olmalıdır. Bu sonuca TBK m.486/II’de yer alan metnin kıyasen uygulanmasıyla ulaşılır⁵¹⁰.

Ancak kanun gereği alacaklıya üç kademeli seçimlik hak tanınmış olduğundan dolayı alacaklının iradesinin net ve kesin olarak belirlenmesi gerekir. Zira uygulamada alacaklının sözleşmeden döndüğünü belirtmesine rağmen bunun yanı sıra müspet zararının tazminini talep ettiği de görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi bu şekilde meydana gelen bir olayda alacaklının açık bir şekilde sözleşmeden dönme iradesini belirtmesine rağmen bunun yanında yoksun kalınan kazancın da tazmininin talep edilmesi durumunda alacaklının gerçek iradesinin dönme değil, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini olarak yorumlamış ve kabul etmiştir⁵¹¹. Yargıtay da benzer bir şekilde hem sözleşmenin feshi hem de ifaya ekli cezanın talep edilmesi

⁵⁰⁸ Oğuzman/Öz, C.2, s. 1678; Havutçu, s. 70-71; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 962; Y. 23. HD. T. 03.12.2015, E.2014/6623, K.2015/7866; “Müspet zarar, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir. Binaların bitirilmiş olması halinde getirmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa nedeniyle ifaya bağlı ceza (TBK 179/2), seçimlik ceza (TBK 179/1.), eksik işler bedeli, kâr kaybı, gecikme tazminatı (TBK 125/1) müspet zarar; inşaatın yapımı süresince oturulacak ev için ödenmesi gereken kira bedeli ile yıkılan binanın enkaz bedeline yönelik talepler menfi (olumsuz) zarar kapsamındaki alacak kalemlerindendir.” www.lexpera.com.tr, e.t. 25.12.2021.

⁵⁰⁹ Sütçü, s. 809-810.

⁵¹⁰ Tandoğan, s. 140; Enli, s. 140; Kurt, s. 265.

⁵¹¹ BGE 76 II 306; Serkan Ayan, s. 187.

durumunda davacının bu husustaki tercihinin sorulması ve tercih edilen talebe göre davaya devam edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵¹².

Peki aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmininin istenmesi durumunda sözleşme ilişkisi devam ettiğinden arsa maliki kendi edimini ifa edecek midir? Bu sorunun yanıtı iki farklı teoriyle açıklanmaktadır⁵¹³.

3.2.2.1. Mübadele (Değişim) Teorisi

Mübadele teorisine göre zarar, sadece ifası gerçekleşmeyen edim dikkate alınarak hesaplanacak yani borçlunun edim borcunun yerine tazminat ödeme yükümlülüğü geçerken alacaklının aynen ifa yükümlülüğü devam edecektir⁵¹⁴.

Mübadele teorisine göre, arsa sahibi inşaatın teslimi gerçekleşmemesine rağmen yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin arsa payını yükleniciye devretmek zorundadır. Yüklenici de inşaatın geldiği seviyeden tamamlanmasına kadarki masraflardan sorumlu olacaktır⁵¹⁵.

Arsa sahibinin mübadele teorisine göre müspet zararının tazminin talep etmesi durumunda ifa menfaatindeki bölünmezlik dikkate alınarak, kendisine teslim edilecek bağımsız bölümler bitirilmiş olsaydı piyasa değeri ne olacaksa bunun dikkate alınması gerekir. Nitekim piyasa değerinin içinde binanın değeri ile arsa değeri de bulunduğundan ötürü edimler arasındaki dengenin sağlanabilmesi için kendisine kalacak bağımsız bölümlerin piyasa değerine kavuşan arsa sahibinin yükleniciye kalacak bölümler yanında kendisine kalacak bölümlerin de arsa paylarını yükleniciye devretmelidir⁵¹⁶.

Piyasa değeri ise, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmininin, temerrütten sonra derhal istenmesi gerektiğinden temerrüt tarihi itibarıyla hesaplanabilecektir. Zira bu iki tarih birbirine çok yakındır⁵¹⁷.

⁵¹²Y. 15. HD. T. 26.02.2001, E. 2000/4962, K. 2001/1042; “Davacı arsa sahipleri, hem sözleşmenin feshini ve hem de sözleşmenin yürürlükte kalması anlamına gelip ifaya ekli cezayı istemekte, birbiri ile çelişkili iki aynı talepte bulunmuşlardır. Başka bir anlatımla, ya sözleşmenin feshi talep edilecek ve dava feshe inhisar ettirilecek ya da sözleşme ayakta tutularak, dava sadece ifaya ekli cezaya hasrettirilecektir. Mahkemece davacı arsa sahiplerinin bu konudaki açık tercihleri tutanağa geçirilip imzalatıldıktan sonra tercih edilen isteme göre davaya devam edilmesi gerekirken, yazılı biçimde davanın sonuçlandırılması doğru olmamıştır.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.19.03.2022.

⁵¹³Kırmızı, s. 524.

⁵¹⁴Sütçü, s. 810; Kırmızı, s. 524.

⁵¹⁵Kılıç Öztürk, s. 121; Kurt, s. 265, Şahin, s. 268; Öz, İnşaat, s. 147.

⁵¹⁶Sütçü, s. 813.

⁵¹⁷Gündüz, s. 468; Sütçü, s. 813.

Yargıtay da ifa yerine geçen müspet zararın tazmini seçimlik hakkının, sözleşmenin sona ermesine ilişkin süreden sonra derhal kullanılması gerektiğinden bahisle bu tarihteki rayiç değerın esas alınması gerektiğı görüşündedir⁵¹⁸. Ancak Yargıtay'ın daha eski tarihli kararlarında dava tarihi itibarıyla müspet zararın tazminine hükmedildiğı de görölmektedir⁵¹⁹.

Durum bu olmakla birlikte mübadele teorisinin pratikte uygulanma olanağı azdır. Nitekim yüklenici, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin bitmiş değerinin piyasa bedelini ödeyebilecek ekonomik durumda ise zaten inşaatı yarım bırakması söz konusu olmayacaktır. Bu seçeneğē, yüklenici tarafın kamu kuruluşu olduğı ya da yüklenicinin ekonomik durumunun çok iyi olduğı hallerde başvurulabilir. Ayrıca tek katlı ya da iki katlı villa yapılması gibi inşaat sözleşmesine konu işin büyüklüğünün az olması ihtimalinde de bu seçeneğē gidilebilecektir⁵²⁰.

Yine arsa sahibinin, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi yapmasındaki amacın yükleniciden bağımsız bölüm elde etmek olduğı göz önüne alındığında aynen ifadan vazgeçip müspet zararın mübadele teorisine göre tazmini yolunu seçmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ruhu ve amacıyla bağdaşmamaktadır⁵²¹.

⁵¹⁸Y. 23. HD. T. 21.02.2019, E.2016/4647, K.2019/651; “TBK 125/2 maddesi hükmüne göre ifa yerine geçen olumlu zararın tazmini yönündeki seçimlik hakkın işin sözleşmede kararlaştırılan süreden sonra derhal kullanılması gerekmektedir. Bu durumda teslim edilmeyen dükkan ve dairenin değerinin, sözleşmenin ifa edilmesi gereken tarih itibarıyla belirlenip hüküm altına alınması, faizin de bu tarih itibarıyla işletilmesi gerekiyor ise de davacı dava dilekçesinde dava tarihi itibarıyla faiz talebinde bulunduğundan faizin dava tarihinden itibaren verilmesi gerekir. Bu nedenlerle talebin ıslah edilen kısmı bakımından ıslah tarihinden itibaren faiz verilmesi doğru olmamıştır.”, Y. 23. HD. T. 22.12.2015, E.2015/2153, K.2015/8490; “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacıya ait bir daire ve bir dükkan bedelleri toplamı 2006 yılı fiyatlarıyla 59.674,00 TL ; 2013 yılı fiyatlarıyla ise 123.890,00 TL olarak hesaplanmış olup, mahkemece, her iki yıla ait bedeller toplanarak bağımsız bölüm değerleri toplamı 183.564,00 TL hüküm altına alınmak suretiyle mükerrer hesaplanan bedelin kabulüne karar verilmiştir. TBK'nun 125/2. (BK. md. 106/2) maddesi hükmüne göre ifa yerine geçen olumlu zararın tazmini yönündeki seçimlik hakkın işin sözleşmede kararlaştırılan süreden sonra derhal kullanılması gerekmektedir. Mevcut sözleşmeye göre ise, işin teslimi gereken tarih 05.12.2006 olduğundan 2006 yılı sonu serbest rayiç fiyatlarıyla hesaplanacak bedelin davacı yararına hüküm altına alınması yasaya uygun olacaktır.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 25.12.2021.

⁵¹⁹Y. 15. HD. T. 18.07.2005, E.2004/6922, K.2005/4298; “Davanın açılmasından sonra davalılar tarafından 5.7.2000 tarihinde yapı ruhsatı alınmışsa da, inşaatın yapılmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede inşaatın yapımı için kararlaştırılan süre dolduğı halde, inşaat yapılarak davacıya bağımsız bölümleri teslim edilmediğinden davalıların temerrüde düşüklerini kabul etmek gerekir. Dosyadaki deliller dikkate alındığında, BK. nun 107. maddesindeki şartların gerçekleştiğı, ayrıca davalılara ihtarname ile süre tanınmasına gerek olmadığı sonucuna varılmaktadır. Davacı BK.nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifadan vazgeçerek, bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından, bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibarıyla piyasa rayiç bedellerinin, davacının istek miktarı da gözetilerek, karar altına alınması gerekir.”, Y. 15. HD. T. 08.11.2010, E.2010/4059, K.2010/6090; “...dava tarihi itibarıyla müspet zararın tazmininin gerektiğı” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 17.03.2022.

⁵²⁰Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 869; Sütçü, s. 817.

⁵²¹Sütçü, s. 817; Oğuzman/Öz, s.409.

3.2.2.2. Fark Teorisi

Fark teorisinde alacaklı yanın zararı, ifası gerçekleşmeyen edimin değeri ile kendi edimi arasındaki farktan oluşmaktadır. Diğer bir anlatımla alacaklı, borçluya karşı borçlanmış olduğu kendi edimini aynen ifayla zorunlu olmayıp karşı taraftan talep ettiği tazminattan kendi borçlandığı edimin değerinin mahsup edilerek artan kısmı isteyebilir⁵²². Bu durumda artık edimlerin değiş tokuş etmesi söz konusu değildir⁵²³.

Fark teorisinde zarar, fiili zarar ve kar mahrumiyetinden oluşmaktadır. Buna göre zarar, alacaklının edimin gerçekleşmemesi nedeniyle malvarlığının içinde bulunduğu hali hazırdaki durum ile edim, tam ve eksiksiz bir şekilde ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktan oluşur⁵²⁴.

Fark teorisinin arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerine uygulanması durumunda arsa sahibinin artık kendisine düşen edimin ifasını teklif etmesine gerek yoktur. Bu durumda arsa maliki, arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmek zorunda

⁵²²Şahin s. 268; Sütçü, s. 811; Oğuzman/Öz, s. 515.

⁵²³Y. 15. HD. T.10.05.2018, E.2016/5440, K.2018/1884; “Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur. Sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir.” (Örnek: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.07.2006 tarihli, 2006/13-499 Esas, 2006/507 Karar sayılı ilâmı). Müspet zarar olan kâr kaybı, yukarıdaki hükümlerin de sonucu olarak kâr elde edememek nedeniyle malvarlığındaki gerçek eksilme esas alınarak belirlenmelidir. Gerçek eksilmenin belirlenmesi konusunda hizmet sözleşmeleriyle ilgili olarak TBK'da düzenlenen 408 ve 438. maddelerdeki kesinti yöntemi esas alınmalıdır. TBK'daki kesinti yöntemi hizmet sözleşmelerine ilişkin olmasına rağmen, diğer sözleşmelerin haksız feshi halinde de kıyasen uygulanması gerekir. Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2010 tarih, 2010/14-244 Esas, 2010/260 Karar sayılı ilâmında da iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde, kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunundaki kesinti yönteminin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Kesinti yöntemine göre yüklenicinin fesih sebebiyle yapamadığı sözleşme konusu işlerin geri kalan kısmından dolayı mahrum kaldığı kâr kaybının, öncelikle yapılmayan işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedelinin (eser tamamlanmış, borç ifa edilmiş olsaydı yüklenicinin eline geçecek bedel ile sözleşmesine göre yapılan imalât sebebiyle yükleniciye ödenen ya da ödenecek bedel farkı) tespit edilmesi, bulunacak bu bedelden yüklenicinin işi fesih sonucu tamamlamaması sebebiyle sağladığı tasarruf (malzeme, işçilik, sigorta, vergi vs. masraflar) ile bu süre içinde başka bir iş yapıp çalışmışsa ya da başka bir iş yapmaktan kaçınmışsa kazanabileceği miktarlar belirlenip, bulunacak bu miktarların ilk olarak bulunan yapılmayan iş bedelinden çıkartılarak hesaplanması gerekir.”; Y. 15. HD. T. 12.07.2004, E. 2004/3108, K. 2004/11101; “Doktrinde müspet zararın hesabı ile ilgili, mübadele teorisi ve fark teorisi olmak üzere iki teori vardır (Prof.Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuk Genel Hükümler Cilt 2, 5.bası, sh.1106). Mübadele teorisinde mütemerrit borçlu kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklı kendi edimini aynen yerine getirmek zorundadır. Doktrin ve uygulamada daha fazla benimsenen fark teorisine göre ise alacaklı mütemerrit borçluya karşı borçlandığı kendi edimini aynen ifa etmek zorunda değildir. Bu durumda alacaklı, tazminat alacağından kendi borcunu düşürür ve geri kalan kısmı ister.” www.corpus.com.tr, e.t. 26.12.2021.

⁵²⁴Ergüne, s. 17; Gündüz, s. 18; Y. 17. HD, T. 28.03.2016, E. 2015/17481, K. 2016/3833; “Bilindiği gibi hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile zarar verici olay meydana gelme idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında hükmedilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de değerlendirilmesi ve yararlar zarar denkleştirilmek suretiyle gerçek zararın belirlenmesi gerekir.”. www.corpus.com.tr, e.t. 26.12.2021.

olmayıp kendisine kalacak bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki inşaat değeri ile yükleniciye kalan bölümlerin arsa değeri arasındaki farkı talep edebilecektir⁵²⁵. Bu halde arsa sahibinin ifadaki menfaatini, kendisine kalacak bölümlerin aynen ifadan vazgeçtiği tarihteki rayiç değeri karşılayacaktır. Bu tarihten sonraki değer değişiklikleri ise dikkate alınmayacaktır⁵²⁶.

Bu teoride arsa sahibinin müspet zararının tazmininde, yüklenicinin inşaat için yapmış olduğu imalat giderlerinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin bitmiş değeri olup yüklenici inşaat için yapmış olduğu masrafları gerekçe göstererek tazminatın indirilmesini talep edemez⁵²⁷.

Arsa sahibi eğer sözleşme gereği yükleniciye taahhüt ettiği arsa payını satım sözleşmesi ile üçüncü bir kişiye devrettiyse bu durumda ikame satım sözleşmesi ile elde etmiş olduğu değer, yükleniciye aynen ifa etmediği karşı ediminin yerini alacak ve onun değerini oluşturacaktır. Burada, arsa sahibinin pay devrini, dürüstlük kuralına aykırı olmayacak bir şekilde rayiç bedele uygun yapması gerekmektedir⁵²⁸.

Fark teorisinin uygulanması halinde arsa sahibi kendisine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değerinden yükleniciye kalacak arsa paylarının bedeli inildikten sonra kalan bedel ile yapının bitirilebilmesi için gerekli olan tutarı ve gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir⁵²⁹.

Bu teori, alacaklıya sözleşmeden dönerek müspet zararını tazmin niteliğinde seçimlik hak yarattığı gerekçesiyle eleştirilmiş bu eleştiriye karşılık ise bunun bir seçimlik hak olmadığı sadece hesaplama yöntemi olduğu ileri sürülmüştür⁵³⁰.

Nitekim müspet zararın hesaplanmasında mübadele veya fark teorisinin tercih edilmesi yüklenicinin tazminle yükümlü olduğu zararın kapsamını değiştirmeyecektir. Çünkü müspet zararın mübadele veya fark teorisine göre tazmin edilmesi, ifa edilmeyen edimin değerinde ya da gecikme zararlarının hesaplanmasında farklılık yaratmayacaktır. Sadece arsa sahibinin yapacağı bu seçim doğrudan yükleniciyi etkileyecek, mübadele teorisinin seçilmesi halinde yüklenici karşı edim alacağını talep edebilecek fark teorisinin seçilmesi durumunda ise bu talepte bulunamayacaktır⁵³¹.

⁵²⁵Sütçü, s. 819.

⁵²⁶Erman, s. 101-102; Şahin, s. 271.

⁵²⁷Sütçü, s. 820.

⁵²⁸Kurt, s. 275; Havutçu, s. 128.

⁵²⁹Erman, s. 102; Kırmızı, s. 526; Şahin, s. 271.

⁵³⁰Gündüz, s. 410-411.

⁵³¹Şahin, s. 269; Kurt, s. 264.

3.2.3. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi ve Menfi Zararın Tazmini Talebi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa malikinin sahip olduğu diğer bir seçimlik hak, TBK m.125/III'te düzenlenen sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmininin talep edilmesidir⁵³². Yüklenici, kusuru olmadığını iddia ve ispat ederek arsa malikinin sözleşmeden dönmesine mani olamaz. Başka bir ifadeyle dönmede, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesinin bir önemi yoktur⁵³³.

Dönme beyanı tek taraflı, şekle bağlı olmayan ve karşı tarafa varması gerekli olan, kullanıldıktan sonra geri dönülemeyen yenilik doğuran bir haktır⁵³⁴. Bu beyan yöneltmesi gereken bir irade beyanı olduğu için kural olarak karşı tarafa varması ile sonuç doğurur. Ancak Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından dönmenin, ancak karşı tarafın kabulü ya da mahkeme kararı ile sonuç doğuracağı kabul edilmektedir⁵³⁵.

Doktrinde Yargıtay'ın bu görüşü, yenilik doğuran bir hak olan dönme hakkını, yenilik doğuran dava hakkına dönüştürdüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira yenilik doğuran davalar istisnai olup kanunda sınırlı sayıda belirtilmişlerdir. Diğer yandan sözleşmeden dönme anı, dönme iradesinin borçluya ulaştığı tarihtir. Ancak Yargıtay'ın uygulamasına göre yüklenici, arsa malikinin bu dönme beyanına rıza göstermezse, arsa maliki dönme hakkını dava açarak kullanmak mecburiyetinde kalacak ve bunun bir sonucu olarak da mahkeme kararının kesinleştiği tarihte ancak sözleşmeden dönmüş olacaktır⁵³⁶.

⁵³²Semih Yünlü, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılmasının Etkileri, Hasan Erman'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 913.

⁵³³Buz, Dönme, s. 110; Öz, Dönme, s. 32.

⁵³⁴Buz, Dönme, s. 71; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 233; Öz, Dönme, s. 31; Muaz Ergezen, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 51.

⁵³⁵Serkan Ayan, s. 253; Selimoğlu, s. 333; Kırmızı, s. 691; Y. 23. HD. T.03.07.2018, E.2015/9748, K.2018/3897; "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir. Dairemizin kararlılık gösteren içtihatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf, dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri fesihte birleşmediği sürece ancak mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır.", Y. 15. HD. T. 09.03.2006, E. 2005/7640, K. 2006/1334: "... Eser sözleşmelerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşması ile fesih gerçekleşir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapu devrini de öngördüğünden resmi şekilde yapılması zorunlu olduğu gibi sona erdirilmesi için de tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesi veya mahkeme kararının varlığı zorunludur. Açıklanan hususlar nazara alınmadan sözleşmenin fesh edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.", www.corpus.com.tr, e.t.22.03.2022.

⁵³⁶Kurt, s. 286-287; Serkan Ayan, s. 257; Öz, Dönme, s.142.

Tam iki taraflı sözleşmelerde, sözleşmeden dönme hakkı ile ulaşılmak istenen bir takım amaçlar bulunmaktadır. Bunlardan birisi sözleşmenin kurulması esnasında taraflar arasında mevcut olan ve sözleşmeye uyulmaması nedeniyle ihlal edilen dengenin denkleştirici adalet anlayışı çerçevesinde yeniden kurulmasını sağlamaktır. Bu bağlamda dönmenin etkilerinden sadece alacaklı olan taraf değil borcuna aykırı davranan borçlu da faydalanacağı için taraflar arasında adil bir denge sağlanacaktır⁵³⁷. Bu amacın yetersiz kalması durumunda ise alacaklıya olumsuz zararlarını talep etme hakkı tanınmıştır. Bu talep hakkı borçlu bakımından, onu karşı edim alacağından yoksun kılan ve aynı zamanda elde etmiş olduğu edimleri iade yükümü doğuran dönme işleminden ayrı olarak bir yaptırım niteliği taşımaktadır⁵³⁸.

3.2.3.1. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonuçları

Sözleşmeden dönme halinde, taraflar karşılıklı olarak borç altına girdikleri edimi ifa yükümlülüğünden kurtulurlar. Bu kapsamda daha önce ifa edilen edimleri geri isteyebilecekleri gibi henüz ifa edilmemiş edimlerin ifa borcu da ortadan kalkacaktır⁵³⁹.

Sözleşmenin taraflarının taahhüt ettikleri edimleri ifa borcundan kurtulması dönmenin ileriye etkili sonucu iken ifa edilmiş olan edimlerin karşılıklı olarak iade edilmesi dönmenin geçmişe yönelik hukuki sonucuna ilişkindir⁵⁴⁰.

İade borcunun hukuki niteliğine ilişkin doktrinde iki ana görüş bulunmaktadır. Bunlar klasik dönme görüşü ile ki bu görüş sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını savunmaktadır, sözleşmenin ortadan kalmadığını içerik değiştirdiğini ve sözleşmeden kaynaklanan bir tasfiye sürecine girildiğini savunan yeni dönme (dönüşüm) teorisidir⁵⁴¹.

Klasik dönme teorisine göre; dönme iradesi ile birlikte baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş bulunan sözleşme, kurulduğu andan itibaren yani geçmişe etkili olarak sona erer⁵⁴². Bu görüş uyarınca dönme beyanının karşı tarafa varması ile birlikte sözleşme ilişkisi kurulduğu andan itibaren ve tümüyle ortadan kalkmaktadır. Sözleşme ilişkisi

⁵³⁷Serozan, Dönme, s. 40-41; Buz, Dönme, s. 78-79; Ergezen, s. 121.

⁵³⁸Ayça Yıldırım Akkayan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, İstanbul 2004, s. 50; Serozan, Dönme, s. 41.

⁵³⁹Kırmızı, s. 531; Oğuzman/Öz, s. 411.

⁵⁴⁰Kırmızı, s. 531-532; Sütçü, s. 863.

⁵⁴¹Buz, Dönme, s. 123; Öz, Dönme, s. 34; Eren, Genel Hükümler, s. 1120-1121; Paul Piotet (Çev. İlhan Helvacı), Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 921.

⁵⁴²Oğuzman/Öz, s. 517; Yünlü, s. 915; Buz, Dönme, s. 151; Öz, Dönme, s. 227; Kırmızı, s. 532; Kurt, s. 292.

geçmişe yönelik ortadan kalktığı için de sözleşmeden doğan borçlar ve haklar hiç doğmamış gibi kabul edilmektedir⁵⁴³.

Klasik dönme teorisi kendi içinde tarafların iade borçlarını farklı hukuki temellere ayıran iki görüş barındırmaktadır⁵⁴⁴. Bunlardan ilki sebepsiz zenginleşme görüşü olup buna göre; sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için önceden ifa edilmiş edimlerin hukuki sebebi sona erer. Artık ortada geçerli bir sebep olmadığından ötürü ifa edilmiş edimlerin haksız zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerekir⁵⁴⁵. Zira sözleşmeden dönülmekle birlikte sözleşme ilişkisi tamamen ortadan kalktığı için tarafların sözleşme gereğince malvarlığında meydana gelen artışlar sebepsiz zenginleşme olur⁵⁴⁶. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme beyanı ile borçlandırıcı işlem yani sözleşme ortadan kalkmakta fakat sözleşmenin ifasına yönelik yapılan tasarruf işlemleri varlığını korumaktadır. Bu sebeple tarafların önceden geçerli olarak ifa ettikleri fakat artık hukuki sebebi ortadan kalkmış olan edimlerin iadesine ilişkin talepleri aynı değil şahsi bir taleptir⁵⁴⁷. Bu durumda arsa sahibi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak yükleniciden mülkiyetin iadesini isteme hususunda kişisel hakka sahiptir. Yükleniciye karşı, bu kişisel hakkını istemek için TMK m.716 uyarınca hükmen tescil davası açabilir⁵⁴⁸.

Diğer görüş olan kanuni borç ilişkisi görüşüne göre, dönme ile birlikte sözleşmenin ortadan kalktığı kabul edilmekle beraber edimlerin iadesi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin değil kanun gereği iade borcunun doğduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre tarafların iade talepleri doğrudan TBK m.125'e dayanır. Yine dönme üzerine açılacak iade davasında zamanaşımı süresi, TBK m.146 uyarınca on yıldır. Kanuni borç ilişkisi görüşüne göre tarafların ifa etmiş olduğu edimler geçersiz bir hukuki sebebe dayanılarak verilmiş olmadığından geri alma hakları aynı değil kişisel bir haktır⁵⁴⁹. Bu görüşün Alman Hukukunda ortaya çıkış sebebi, dönme sonrası tarafların iade borçlarına ilişkin sorumluluklarını düzenleyen hükümlerin, sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen hükümlere göre daha ağır bir sorumluluk getirmesidir⁵⁵⁰.

⁵⁴³Kırca, s. 82; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 1289; Seliçi, s. 161-162.

⁵⁴⁴Kurt, s. 292; Buz, Dönme, s. 118; Kırmızı, s. 532.

⁵⁴⁵Kılıçoğlu, s. 375; Feyzioğlu, s. 751; Dirican, s. 61; Reisoğlu, s. 340, Öz, Dönme, s. 34-35.

⁵⁴⁶Oğuzman/Öz, s. 412; Eren, Genel Hükümler, s.1075; Dayınlarlı, s. 107.

⁵⁴⁷Kırmızı, s. 532; Serozan, İfa Engelleri, s. 268; Burak Özen, Haksız Zilyetlikte İade, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003, s.136-137.

⁵⁴⁸Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 968; Şeref Ertas, Bir Sözleşmenin Haklı veya Haksız Feshinin Sonuçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 393, Kılıçoğlu, s. 501.

⁵⁴⁹Kırca, s. 84; Buz, Dönme, s. 120-121; Dayınlarlı, s. 106.

⁵⁵⁰Serozan, İfa Engelleri, s. 61-62; Buz, Dönme, s. 121.

Son dönemde Alman Hukuku başta olmak üzere İsviçre - Türk doktrininde de hakim olmaya başlayan yeni dönme teorisine göre ise; dönme beyanı ile sözleşme ilişkisi ortadan kalkmamakta sadece içerik değiştirmektedir. Buna göre sözleşmenin konusunu artık kararlaştırılan edimlerin ifası borcu değil sözleşmeyi tasfiye etme borcu oluşturur⁵⁵¹.

Yeni dönme teorisinde sözleşme ayakta olduğundan iade borçları sözleşmeden doğan bir nitelik taşımaktadır. Dönülen sözleşme varlığını koruduğundan, bu sözleşme temel anılarak yapılan tasarruf işlemleri ve böylelikle kazanılan aynı haklar geçerliliğini korur⁵⁵². Bu nedenle de kazanılan aynı hakların dönme ile kendiliğinden bunları devreden kişiye dönmesi söz konusu olmayacaktır. Devredilen hak önceki malikine, devralan taraf iadeye ilişkin borcunu yerine getirdiğinde geri dönecektir⁵⁵³. Dolayısıyla sözleşme gereği devredilen paylar bakımından arsa sahibinin, yükleniciden iade talebinde bulunması gerekir ki bu talep aynı değil sözleşmeden doğan borcun ifasına yönelik şahsi bir taleptir. Yüklenicinin devirden kaçınması halinde açılacak tescile zorlama davası ile arsa sahibi mülkiyeti tekrar kazanacaktır⁵⁵⁴.

Sözleşme ilişkisinde henüz ifa edilmemiş edimler ise bu görüş uyarınca son bulmamaktadır. Ancak sözleşmeden dönülünce borçlu lehine, bu edimleri yerine getirmekten kaçınma hakkı veren bir defi hakkı söz konusu olmaktadır. Bu sebeple bu teoride dönme, yerine getirilmemiş edimler için bozucu yenilik doğuran, yerine getirilen edimler için ise değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir⁵⁵⁵.

Sözleşmeden dönme ile ilgili bu iki teori dışında doktrinde kabul edilen diğer bir teori de aynı etkili dönme teorisidir. Buna göre tasarruf işlemlerinin nedene bağlı olmasının bir sonucu olarak sözleşmeden dönülmesi ile ortadan kalkan borçlandırıcı işleme bağlı olarak yapılan tasarruf işlemleri de bundan etkilenecektir. Öteki görüşlerden farklı olarak bu görüşte sözleşmeden dönmeye aynı etki tanınmaktadır. Bu nedenle de dönme ile ortadan kalkan sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı hakların devralana aslında hiç geçmediği kabul edilmektedir⁵⁵⁶. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri bakımından dönme durumunda arsa payı devri yapılmışsa, hukuki sebebin ortadan kalkması ile TMK m. 1024/2 uyarınca yapılan tescil yolsuz hale geleceğinden, yüklenicinin tescilin düzeltilmesini kabul etmemesi halinde zamanaşımına tabi

⁵⁵¹Eren, Genel Hükümler, s. 1120; Serozan, İfa Engelleri, s. 72.

⁵⁵²Kırmızı, s. 533; Serkan Ayan, s. 239.

⁵⁵³Öz, Dönme, s. 37; Kırmızı, s. 534.

⁵⁵⁴Kırmızı, s. 533; Kurt, s. 294; Yener, s. 112.

⁵⁵⁵Eren, Genel Hükümler, s. 1076; Buz, Dönme, s. 154; Öz, Dönme, s. 37; Serkan Ayan, s. 239.

⁵⁵⁶Kırmızı, s. 533; Serkan Ayan, s. 237; Kurt, s. 293; Öz, Dönme, s. 40; Buz, Dönme, 121.

olmaksızın TMK m. 683/2 ve 1025 hükümlerine dayanılarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılacaktır⁵⁵⁷. Bu görüş uyarınca dönme ile birlikte yükleniciye geçmiş olan mülkiyet kendiliğinden arsa sahibine geri dönmektedir⁵⁵⁸.

Aynı etkili dönme teorisi, hukuki işlem güvenliğini önemli derecede zedeleyeceği ve alışveriş hayatını alt üst edeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Ancak bu görüşü savunan yazarlara göre, iyi niyeti koruyan hükümlerin varlığı sayesinde iade konusu edimi iyi niyetle elde eden üçüncü kişilerin bu kazanımı korunacaktır. Zira yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin inşaatın, arsa payı karşılığı olarak yapıldığını bilmesi ya da bilmesi gerekmesi kötü niyetli oldukları anlamına gelmez. Üçüncü kişilerin iyi niyeti tapu siciline itimat prensibi kapsamında korunmalıdır⁵⁵⁹. Fakat aşağıda açıklanacağı üzere Yargıtay'ın aksi görüşteki kararları mevcuttur.

Yargıtay genel olarak sebepsiz zenginleşmeye dayalı klasik dönme görüşünü⁵⁶⁰ kabul etmekle birlikte dönme öncesi verilen edimlerin iadesi bakımından arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde, arsa malikinin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini kabul ederek aynı etkili dönme teorisini benimsediğini göstermektedir. Yargıtay'a göre, sözleşmeden dönme durumunda arsa maliki, dönmeye önce yükleniciden pay satın alan üçüncü kişilere karşı cebri tescil davası açarak geri alabilir. Yargıtay bu durumda söz konusu kişilerin TMK m.1023 hükmünden yararlanamayacağını açıkça kabul etmektedir⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 518; Dayınlarlı, s. 107; Dirican, s. 61; Serkan Ayan, s.237.

⁵⁵⁸ İlhan Uluhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984, s. 62-63; Serozan, İfa Engelleri, s. 269; Sütçü, s. 871.

⁵⁵⁹ Kırca, s. 93; Sütçü, s. 872.

⁵⁶⁰ Y. 23. HD. T.20.03.2019, E.2018/709, K.2019/1101; "Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış farz edilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir. Oysa ileriye etkili fesihte sonuç farklıdır. Burada arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararların ödenmesini de ister" www.corpus.com.tr, e.t. 23.03.2022.

⁵⁶¹ Y. 15. HD. T.28.09.2010, E.2009/3593, K.2010/4847; "...arsa sahiplerince yüklenici şirkete intikal ettirilen pay kayıtlarının tescili yüklenici şirkete kural olarak aynı haklar sağlamaz. Çünkü, aynı haklar illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması, mülkiyet hakkının doğması için geçerli olmayıp; ayrıca geçerli bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir. Yüklenici şirketle davacılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geriye etkili sonuç doğurur şekilde fesih olunduğuna göre, Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve "haksız iktisap kuralları" uyarınca tarafların aldıklarını karşılıklı olarak iade etmesi gerekir. Bu yasal nedenlerle, yüklenici şirket tarafından dava dışı Faruk'a temlik olunan ve onun tarafından da davalı Nuran'a temlik edilen pay kaydının edinme sebebi, hukuksal dayanaktan yoksun kalmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü gereğince, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı, yasal kural olarak korunur ise de; aynı Yasa'nın 1024. maddesi hükmü gereğince, bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Somut olayda ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan yapı, inşaat halinde olduğu ve yüklenici şirket tarafından tamamlanmadan terkedilmiş bulunduğu halde

Ancak Yargıtay arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri bakımından yapının arsa malikinin arazisi üzerinde yapılması, yapının ortaya çıkarılmasının uzun bir süre gerektirmesi ve binanın tamamlanma seviyesi ilerledikçe yükleniciye bağımsız bölümlerin tapularının verilmesi gibi sebeplerle sözleşmenin sona erdirilmesinde, sürekli borç ilişkisine ait özelliklerin de dikkate alınması gerektiğini hakkaniyet gereği kabul etmektedir⁵⁶². Bu durumda Yargıtay, somut olayın özelliğine göre dönme (geriye etkili fesih) ya da feshin (ileriye etkili fesih) söz konusu olabileceğini, inşaat seviyesinin gelmiş olduğu nokta bakımından geriye etkili olarak sözleşmeden dönmenin adaletsiz olacağı derecede yüksek olması durumunda sözleşmenin ileriye etkili olarak sone ermesi gerektiğini kabul etmektedir⁵⁶³. Bunun belirlenmesinde ise kıstas olarak inşaatın gelmiş olduğu seviyenin ileriye etkili feshi haklı kılması gerekmektedir. Böylelikle yapının büyük bir kısmının bitirilmemiş olması durumunda sona erme geçmişe etkili olacak ve dönmeye bağlı sonuçlar ortaya çıkacaktır⁵⁶⁴.

Bu noktada ileriye etkili feshi haklı kılacak oranın ne olduğuna değinmek gerekmektedir. Yargıtay eski tarihli kararlarında bu oranı %65'ten başlatmakta iken güncel tarihli kararlarında inşaatın %90 ve üzerinde tamamlanmış olması durumunda sözleşmenin ileriye etkili olarak feshini kabul etmektedir⁵⁶⁵.

davalı tarafından pay kaydı iktisap olunduğundan davalı, iktisabında iyiniyetli kabul edilemez ve Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 23.03.2022.

⁵⁶²Serkan Ayan, s. 260; Serozan, Dönme, s. 175-176; Erman, s. 100-101; Sungurbey, s. 466.

⁵⁶³Akkayan Yıldırım, s. 78.

⁵⁶⁴Erman, s. 97; Serkan Ayan, s. 262; Aral/Ayrancı, s. 397-398.

⁵⁶⁵Dayınlarlı, s. 146; Akkayan Yıldırım, s. 79; YHGK. T. 27.01.1988, E. 1987/15-509, K. 1988/48; “... inşaatın % 65'nin tamamlanmış olduğu, % 35'inin yapılmadığı tespit edilmiş bulunmaktadır. Tümü itibarıyla işin % 65'inin ikmal edildiği gözetilerek işin ortaya çıkan bu özelliği ve kapsamı bakımından kısmi ifalarının karşılığı olmak üzere sözleşmelerinde öngörülen bağımsız bölümler oranlanarak hangilerine ve ne kadarına hak kazandıklarının belirlenmesi suretiyle feshin ileriye etkili (ex nunc) şeklinde kabulüne karar verilmesi gerekir...” ; Y. 15. HD. T.08.07.2019, E.2018/4947, K.2019/3227; “Dava; arsa pay karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye dönük feshi, bağımsız bölümlerin aidiyetinin tespiti ve gecikme tazminatının tahsili istemlerine ilişkindir. Gerek Dairemiz, gerekse Hukuk Genel Kurulu Kararlarında, akdin ileriye etkili feshedilebilmesi için inşaat seviyesi %90 ve üzeri orana ulaşmış olmalıdır. Bunun için yüklenicinin işten el çektiği tarihte inşaatın fiziki durumunun tespitinde ve yapılan işin tüm işe oranının saptanmasında zorunluluk vardır. Böylece işin arz ettiği özellik, işin kapsamı ile birlikte değerlendirilerek feshin ileriye etkili mi, yoksa geriye etkili mi sonuçlar doğuracağı üzerinde durulması gerekir”; Y. 23. HD. T. 26.01.2017, E.2016/1273, K.2017/192; “Dosya kapsamından, yapıda kaçak kısımların halen mevcut olduğu ve bu bölümler yıkılmadan yapının yasal hale getirilmemesinin mümkün bulunmadığı, bu haliyle davacı arsa sahiplerinin fesih isteminde haklı oldukları anlaşılmış ise de, bozma öncesi alınan rapora göre inşaat %90 seviyesinde olup, tüm eksikliklerine rağmen bağımsız bölümlerde oturulduğu, pek çok kişinin arsa sahiplerinden ve yükleniciden bağımsız bölüm satın aldığı, bu kişiler adına tapuda hisseler oluşturulduğu, bu aşamada sözleşmenin geriye etkili olarak feshinin adalet duygularını zedeleyeceği sonucuna varılmıştır.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.18.12.2021.

3.2.3.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Etkisi

Taraflar, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde sözleşmenin sona ermesi halinde tasfiyenin kapsamını ve bunun ne şekilde gerçekleştirileceğini kararlaştırabilirler. Bunu kararlaştırmaları halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçerli olacak ve iade borçları sözleşme hükümlerine göre yerine getirilecektir⁵⁶⁶.

Tasfiyenin kapsamının sözleşme ile kararlaştırılmamış olduğu durumda sözleşmeden dönmenin etkileri ikiye ayrılarak incelenebilir. Bunlardan ilki henüz gerçekleşmemiş borçları ifadan kurtarıcı etkisi diğeri ise ifası gerçekleşmiş edimlerin iadesidir⁵⁶⁷.

3.2.3.2.1. İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi

Sözleşmeden dönülmesi ile birlikte taraflar henüz ifa etmedikleri edimlerin ifa yükümlülüğünden karşılıklı olarak kurtulurlar. Bu durumda arsa sahibi inşaatın tamamlanarak teslimini talep edemeyecek, yüklenici de arsa paylarının devrini istemeyecektir⁵⁶⁸.

Yüklenicinin henüz kendisine devri gerçekleşmemiş arsa paylarına ilişkin alacağını, üçüncü kişilere usulüne uygun bir sözleşme ile devretmesi halinde, dönme ile birlikte henüz ifa edilmemiş edimler sona ereceğinden arsa sahibi artık böyle bir borcunun bulunmadığını ve devri gerçekleştirmeyeceğini ileri sürebilecektir⁵⁶⁹.

İfa edilmemiş edimlerin sona ermesine ilişkin bu etki sadece asli edimlerle sınırlı değildir. Asli edimlerin yanı sıra yan edimler ve yan yükümlülükler de sona erecektir. Buna karşın edim yükümünden bağımsız olan ve kaynağını dürüstlük kuralından alan yükümlülükler arlığını devam ettirir. Örnek olarak sadakat ve koruma yükümlülükleri gibi. Yüklenici teslim borcunun garantisi olarak ipotek ya da banka teminatı vermişse asıl borcun sona ermesi halinde ferî nitelikte olan bu teminatlar da sona erecektir. Lakin bu teminatların yüklenicinin edimini zamanında ifa etmemesinin zararlarını gidermek amacıyla verildiği anlaşıyorsa bu durumda dönme hakkıyla birlikte bunlar sona ermemelidir⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶Öz, Dönme, s. 31; Buz, Dönme, s. 151; Kostakoğlu, s. 751.

⁵⁶⁷Kırmızı, s. 534; Akkayan Yıldırım, s. 57.

⁵⁶⁸Buz, Dönme, s.154; Serkan Ayan, s. 254.

⁵⁶⁹Kılıçoğlu, s. 593; Oğuzman/Öz, s. 945-946; Ürem, s. 207, Eren, Genel Hükümler, s. 1193.

⁵⁷⁰Buz, Dönme, s. 157; Serkan Ayan, s. 254; Reisoğlu, s. 412.

3.2.3.2.2. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi

TBK m. 125/III uyarınca sözleşmeden dönme halinde taraflar daha önce ifa etmiş oldukları edimlerin iadesini karşılıklı olarak isteyebileceklerdir. Edimlerin iadesinde kural, aynen ifa yükümlülüğü olmakla birlikte bunun mümkün olmadığı durumlarda edimin objektif değerinin iadesi söz konusu olacaktır⁵⁷¹.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri bakımından inşaat, arsa malikinin arazisi üzerinde yapılacağından tamamlanmamış inşaatın iadesi söz konusu olamayacağı için arsa sahibi edimin değerini yükleniciye vererek iade borcundan kurtulacaktır⁵⁷². Burada iade borcunun kapsamı kural olarak parasal bir borç haline gelmektedir⁵⁷³. Yüklenici dönme zamanına kadar yaptığı işin bedelini TBK m. 77 uyarınca haksız zenginleşme hükümlerine göre arsa sahibinden talep edebilecektir⁵⁷⁴. Ancak istisnai olarak yapılan inşaatın tamamlanan kısmı arsanın malikine hiçbir yarar sağlamıyorsa, arsa maliki yükleniciye edimin objektif değerini iade etmek zorunda değildir⁵⁷⁵.

İnşaata başlanmadan önce sözleşmeden dönülmesi durumunda kural olarak arsa sahibinin iade borcu söz konusu olmamakla birlikte şayet inşaat hazırlıkları için yapılan giderler arsa sahibinin işine yarıyor ve arsa sahibinin bunlardan faydalanması mümkünse o zaman kendisinden talep edilebilecektir. Arsa ile ilgili olarak imar, ifraz, tevhid, alt yapı çalışmaları bunlara örnek olarak verilebilir⁵⁷⁶.

Arsa sahibi geri verme anında elinde bulunan ve mülkiyetine dahil ettiği zenginleşme miktarını geri vermekle yükümlüdür. Geri verme zamanının tayini bakımından Alman ve İsviçre doktrininde edimin yerine getirildiği andaki değer esas alınması oybirliği ile kabul edilmektedir. Ülkemizde de bu görüşü savunan yazarlar olmakla birlikte

⁵⁷¹Kurt, s. 309; Kırmızı, s. 535.

⁵⁷²Selimoğlu, s. 340; Kırmızı, s. 538; Şahin, s. 283.

⁵⁷³Öz, Dönme, s. 245; Buz, Dönme, s. 219.

⁵⁷⁴Sütçü, s. 883; Y. 15. HD. T. 17.01.2013, E.2012/5568, K. 2013/165; “Yüklenici tarafından yapılan inşaatın, imar mevzuatına uygun ve dolayısıyla yasal yapı niteliğinde olduğu, sözleşmenin taraflarının kabulündedir. Yanlar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kesinleşen mahkeme kararıyla geriye etkili sonuç doğurur şekilde fesih olunduğuna ve yüklenici kooperatif tarafından yapılan inşaat yasal yapı niteliğinde bulunduğuna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği 20.06.2007 tarihi itibarıyla; yapılan işin bedelinin, somut olayda uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanununun 61 ve izleyen maddeleri hükümleri gereğince ve haksız iktisap kuralları uyarınca, serbest piyasa fiyatlarıyla uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile yapılacak keşif ve yaptırılacak inceleme sonucu belirlenmesi gerekmektedir.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.20.03.2022

⁵⁷⁵Kurt, s. 309; Y. 15. HD. T.21.11.2005, E.2005/985, K.2005/6174; “Kooperatifin imalat bedeliyle ilgili açtığı davada imalatın bedeli tespit tarihindeki rayiçler gözetilerek istenmiş, mahkemece de aynı tarih dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır. Bu hesaplama şekli davacının talebi doğrultusunda yerindedir. Ne var ki imalat bedeline hükmedilebilmesi için yapılan işin sözleşme, imar mevzuatı, fen ve sanat kurallarına uygun olması gerekir. Ruhsata aykırı yapılan veya yıkım kararı verilen bir imalatın bu haliyle işe yarayacağı ve bir değer ifade edeceği kabul edilemez.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.20.03.2022.

⁵⁷⁶Sütçü, s. 884; Serkan Ayan, s. 246.

enflasyon nedeniyle bu yöntemin adaletsiz sonuçlara yol açacağını bu sebeple de geri verme zamanındaki değerin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁷⁷. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultuda olup Yargıtay'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönme ancak tarafların kararlaştırması ya da mahkeme kararı ile mümkün olduğundan, inşaat sözleşmesinin feshinin kesinleştiği tarihteki objektif bedel talep edilebilecektir⁵⁷⁸.

Objektif değerin tespitinde piyasa koşullarında geçerli rayiç bedelin esas alınması gereklidir. Sözleşmeden dönen arsa sahibinin iade borcu, bitirilmeyen inşaatın yapım bedeline karşılık gelen parasal değerdir. Zira yükleniciye yaptığı kısım la orantılı ücret ya da arsa payı verilmesi sözleşmeden dönme durumunda değil ancak ileriye etkili fesih durumunda gündeme gelecektir⁵⁷⁹.

Arsa sahibinin sözleşmeden dönülmesi akabinde, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişilere karşı tapu iptal ve tescil veya müdahalenin önlenmesi davası açamaması durumunda bu kişilere satılan bağımsız bölüm değerinin, yüklenicinin imalat bedeli alacağından mahsubu gerekmektedir. Yargıtay bir kararında yüklenicinin imalat bedeli ile üçüncü kişilere satılan bağımsız bölümlerin değeri arasındaki farkın ödenmesine yönelik arsa sahibinin talebini sözleşmenin ileriye etkili feshi olarak değerlendirmiştir⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷Buz, Dönme, s. 220-221; Ertaş, s. 394; Karataş, s. 474.

⁵⁷⁸Kırmızı, s.540; Y. 23. HD. T.07.03.2019, E.2016/3054, K.2019/917; "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde, imalât bedelinin, fesih iradelerinin birleştiği ya da sözleşmenin dava yolu ile feshedilmesi halinde fesih kararının kesinleştiği tarih itibari ile mahalli piyasa rayiçlerine göre istenmesi mümkündür." www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.20.03.2022.

⁵⁷⁹Kurt, s. 309-310; Y. 23. HD. T.07.03.2019, E.2016/3054, K.2019/917; "Asıl dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi nedeniyle, davacı yüklenicinin imalat bedeli alacağının tahsili istemine ilişkindir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi halinde, imalât bedelinin, fesih iradelerinin birleştiği ya da sözleşmenin dava yolu ile feshedilmesi halinde fesih kararının kesinleştiği tarih itibari ile mahalli piyasa rayiçlerine göre istenmesi mümkündür... Bu durumda mahkemece, yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak yüklenicinin gerçekleştirdiği %21,26 seviyesindeki imalâtın feshin kesinleştiği 2005 yılı mahalli piyasa rayiçlerine göre bedelinin, önceki raporlar arasındaki çelişkileri de ortadan kaldıracak şekilde belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 21.03.2022.

⁵⁸⁰Sütçü, s. 890; Y. 15. HD. T.06.05.2020, E.2019/2526, K.2020/1064; "Dosya kapsamı, alınan bilirkişi raporu ve mahkemenin kabulüne göre yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaatın seviyesi %74,27 oranında olup, süresinde edimini yerine getirmediğinden yüklenici temerrüdü sabit ve inşaat seviyesine göre davacı arsa sahibi sözleşmeden geriye etkili dönmekte haklıdır. Feshin sonucu olarak da, sözleşme uyarınca yükleniciye verilmesi kararlaştırılıp avans olarak yükleniciye ya da yüklenicinin talimatıyla üçüncü kişilere devredilen bağımsız bölümlere ait tapu kayıtlarının tamamının iptal ve tescilini isteyebilir. Ancak 6100 sayılı HMK'nın maddesindeki taleple bağlılık ilkesi uyarınca hakim tarafların talep sonuçları ile bağlı olup ondan fazlasına veya başka bir şeye vermesi mümkün değildir. Yine HMK'nın 33. maddesi hükmüne hakim, Türk hukukunu re'sen uygulayacağından maddi vakıaları ileri sürüp kanıtlamak taraflara hukuki vasıflandırma hakime ait olduğundan mahkeme davacının hukuki vasıflandırmasıyla bağlı değildir. Buna göre davacının sözleşmenin geriye etkili feshinden sonra tasfiyesini sözleşmenin

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda yüklenicinin de arsa sahibinden aldığı bağımsız bölümlere ilişkin arsa payını ya da arsa tapusunu iade etmesi gerekecektir. Arsa sahibinin dönmeden önce kısmen ya da tamamen yerine getirdiği pay devrinin kendisine dönmesi gerekir⁵⁸¹. Yargıtay arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde başlangıçta yükleniciye yapılan arsa payı devirlerini avans olarak nitelendirmekte ve ancak yüklenici edimini tam olarak ifa ederse mülkiyete hak kazanacağına hükmetmektedir. Bu nedenle de yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen arsa sahibinin arsa payının iadesi için açtığı yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını kabul etmektedir⁵⁸².

3.2.3.3. Arsa Sahibinin Menfi Zararı Talep Hakkı

Menfi zarar, alacaklının dönülen sözleşmeye güvendiği için güveninin boşa çıkmasından dolayı uğradığı, sözleşme hiç yapılmıyaydı uğramayacağı zarardır⁵⁸³. Alacaklının şu andaki malvarlığı durumu ile dönülen sözleşme hiç kurulmasaydı içinde bulunacağı malvarlığı arasındaki fark onun menfi zararını oluşturur⁵⁸⁴.

TBK m.125/3'teki "borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir." hükmünden yola çıkılarak alacaklı, teslim borcunu ifada temerrüde düşen borçlunun kusuru bulunması halinde ondan menfi zararının tazminini isteyebilecektir⁵⁸⁵.

Menfi zararın istenebilmesi için, yüklenicinin kusuru ile temerrüde düşmüş olması ve bu sebeple arsa sahibi tarafından sözleşmeden dönülmüş olması gerekmektedir⁵⁸⁶. Nitekim hukukumuzda ağırlıkta olan görüş, dönme halinde müspet zararın talep edilemeyeceği yönündedir. Bu halde dönme üzerine arsa sahibi, kira geliri kaybı, noksan işler bedeli veya ifa etmeme halinde ödenecek olan cezai şartı talep edemez. Ancak sözleşmeden dönülmesi halinde menfi zararın talep edileceğine ilişkin kural

ileriye etkili feshinde olduğu gibi yapılmasını talep ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır." www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 21.03.2022.

⁵⁸¹Sütçü, s. 916; Kırmızı, s. 540.

⁵⁸²Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.372; Oğuzman ve diğerleri, s. 333; Kurt, s. 316.

⁵⁸³Oğuzman/Öz, s. 417; Eren, Genel Hükümler, s. 1079; Kılıçoğlu, s. 538; Buz, Dönme, s. 240; Dayınlarlı, s. 107.

⁵⁸⁴Kurt, s. 355; Eren, Genel Hükümler, s. 1144.

⁵⁸⁵Kırmızı, s. 573; Kurt, s. 320; Kılıçoğlu, s. 541.

⁵⁸⁶Ergüne, s. 257.

emredici olmayıp taraflar sözleşmede ayrıca müspet zararların da ödeneceğini kararlaştırmışlarsa bunun talep edilmesi de mümkündür⁵⁸⁷.

Menfi zararı ispat yükü arsa sahibine ait olup, arsa sahibinin davada sadece menfi zararlarını talep etmiş olması durumunda bu zararların neler olduğunun açıklattırılması gerekmektedir⁵⁸⁸.

Bu kapsamda menfi zarar kalemleri arasına fiili zarar ve yoksun kalınan kar girmektedir. Fiili zarar kalemlerini arsa sahibinin sözleşmenin ifa edileceği ümidiyle yaptığı ve sözleşmeden dönülmesi nedeniyle boşa giden harcamalar oluşturur⁵⁸⁹. Fiili zarar kalemlerine örnek olarak sözleşmenin yapılması için harcanan noter, harç, vergi masrafları, proje masrafları, şantiye kurmak için yapılan masraflar, depo kiralama, arsa üzerinde mevcut yapıyı yıkma masrafları, üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler nedeniyle ödenen cezai şart veya tazminatlar, arsa malikinin temerrüt ihtarında bulunmak, ek süre tayin etmek, sözleşmeden dönmek için yaptığı masraflar ile yargılama giderleri ve vekalet ücreti gösterilebilir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Oğuzman/Öz, s. 418; Buz, Dönme, s. 158; Öz, Dönme, s. 285-286; Ergüne, s.258-259; Y. 23. HD. T.21.04.2016, E.2014/10595, K.2016/2560; “Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, sözleşmenin geriye etkili olarak feshedildiği, bu nedenle davacının sadece menfi zararlarını talep edebileceği, müspet zarar kapsamında olan kira tazminatını talep edemeyeceği, bunun aksine bir düzenlemenin sözleşmede bulunmadığı gerekçeleriyle asıl ve birleşen davalara yönünden davanın reddine karar verilmiştir.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 21.03.2022.

⁵⁸⁸ Ergüne, s. 130; Karataş, s. 430-431; Y. 15. HD. T.28.06.2018, E.2018/959, K.2018/2766; “Bu durumda mahkemece davacılar öncelikle dava dilekçesinde talep ettikleri menfi zararların nelerden ibaret olduğu ve miktarı açıklattırılıp bildirilecek miktara göre noksan harç tamamlattırılarak gerek aşamalı devir yapılmaması gerekse vekâletname verilmemesi sebebiyle yüklenici tarafından talep edilerek arsa sahipleri temerrüde düşürülmedikçe bu hal süre uzatımına hak kazandırmayacağı ve inşaat süresinin işlemesine engel olmayacağından hükme esas raporu düzenleyen bilirkişi kurulundan, sözleşmenin inşaatın yapım süresi bölümünde yapı ruhsatı alınması için bir süre kararlaştırılmadığından bu işlemin tamamlanıp yapı ruhsatının ne kadarlık sürede alınacağı ile bu süreye 36 aylık inşaat yapım süresi de eklenerek saptanacak teslimi gereken tarihe göre dava tarihi itibarıyla davacı arsa sahiplerinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeyi geriye etkili fesih etmesi koşullarının oluşup oluşmadığı ve bunun sonucu olarak davacıların talep ettiği diğer zararlar ve el atmanın önlenmesi istemi konusunda gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınıp değerlendirilerek davanın sonuçlandırılması gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 22.03.2022.

⁵⁸⁹ Kurt, s. 359; Serkan Ayan, s. 279; Kırmızı, s. 573; YHGK T.13.02.2020, E.2017/11-125, K.2020/135; “Menfi zarar ise; uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir deyişle, sözleşme yapılmayıp uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Tandoğan, s. 427). Bu husus 818 sayılı BK’nın 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır. Anılan madde; “Akitten rücu eden alacaklı, vaad olunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir. Bundan başka borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.” hükmünü haizdir. Görüldüğü üzere burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 22.03.2022.

⁵⁹⁰ Şahin, s. 309-310; Kurt, s. 359; Kırmızı, s. 574; Dayınlarlı, s.108.

Arsa sahibi sözleşmeden haklı olarak döndüğünde, arsa üzerinde yapılan ve dönme nedeniyle yıkılan binanın belirlenecek rayiç bedeli de menfi zarar kapsamında arsa sahibine ödenmelidir. Nasıl olsa arsa üzerine tekrardan kat karşılığı inşaat yapılacağı gerekçesi ile yapının enkaz bedeli ya da ağaçların odun bedelinin ödenmesi ile yetinilemez. Zira sözleşme kurulmasaydı, bu değerler olduğu gibi korunacaktı⁵⁹¹.

Yoksun kalınan kar kalemleri kapsamına ise arsa sahibinin üçüncü bir kişi ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması, arsa sahibinin sözleşme gereği edimini ifa etmiş olması nedeniyle ifa etmiş olmasaydı sahip olacağı yararlarından mahrum kalması, sözleşmenin ifası amacıyla yükleniciye verilen eşyanın yararlarından mahrum kalınması girecektir⁵⁹².

Ancak Yargıtay kaçırılan fırsat kapsamında kira kaybının istenemeyeceği görüşündedir. Yargıtay burada arsa sahibinin bir yandan sözleşmeden dönerek tarafların aldıklarını iade etmeleri bir yandan da yüklenicinin ifasının sonucu olan bağımsız bölümlerin kira kaybını talep etmesini çelişkili davranış yasağı kapsamına sokmaktadır. Bu nedenle kira kaybı talebini müspet zararın içerisinde değerlendirmekte ve sözleşmeden dönülmesi halinde müspet zararın tazmininin kabulü halinde müspet zarar-menfi zarar ayırımının bir anlamı kalmayacağını savunmaktadır⁵⁹³.

⁵⁹¹Sütçü, s. 923; Y. 23. HD. T.19.09.2015, E.2014/7702, K.2015/5740; “Somut uyuşmazlıkta mahkemece; inşaatın süresinde bitirilmediği, %10,28 oranda iken terk etmesi nedeniyle yüklenicinin temerrüde düştüğü saptanmış ve geriye etkili olarak sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Bu durumda arsa sahiplerince, BK'nın 108 (TBK'nın 125) . maddesi uyarınca uğradıkları yukarıda açıklanan olumsuz zararın tahsili istenebilir. Davacılar vekilince, taraflar arasında sözleşme yapılması nedeniyle arsalar üzerindeki ağaçların kesilmesi nedeniyle zarara uğranıldığı ileri sürülmüştür. Davacıların taşınmazları üzerindeki ağaçların sözleşme yapılması nedeniyle kesildiğinin saptanması halinde uğrayabilecekleri zararın olumsuz zarar olduğu açıktır. Bunun yanında, dosya kapsamında alınan bilirkişi raporu ile arsa üzerinde mevcut kısmi inşaatın güvenilirlik açısından kali ve kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, gerek kesilen ağaçların bedeli gerekse de kısmi imalatın kaldırılması ile eski hale getirme bedelinin hüküm altına alınması gerekirken; soyut olarak bu taleplerin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş bozmayı gerektirmiştir.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 22.03.2022.

⁵⁹²Dirican, s.62; Kurt, s.361-362; Buz, Dönme, s. 246, Y. 15. HD. T.12.03.2007, E.2006/182, K.2007/1541; “Davada yeniden ihale sonucu uğranılan olumsuz zararın tahsili istenmektedir. Kural olarak akdi fesheden taraf BK'nun 106. ve 108. maddeleri uyarınca olumsuz zararı isteyebilir. Olumsuz zarar, akdin ifa edileceğine güvenilerek yapılan masraflar ve kaçırılan fırsattan ibarettir. Kaçırılan fırsattan maksat eksik bırakılan işin yeniden yapım bedeli ile ilk ihalede en yakın teklif fiyatı arasındaki farktan ibarettir.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 22.03.2022.

⁵⁹³Sütçü, s. 932; Y. 23. HD. T. 03.07.2018, E.2015/9748, K.2018/3897; “Menfi (olumsuz) zarar; dayanağını 818 sayılı BK'nın 108/2. madde (TBK 125/3.) hükmünden almakta olup, sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmasaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Müspet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir. Somut olayda davacılar vekili inşaatın bitmesi gereken tarihten dava tarihine kadar kira tazminatı, gecekondur yıkımı nedeni ile kira kaybını talep etmiştir. Sözleşme fesholdüğünde müspet zararın tazmini talep edilemez, ancak menfi zarar talep edilebilir. Sözleşmenin yerine getirilmemesinde davalı kusurludur. Bu nedenle sadece gecekondur yıkımı nedeni ile kira kaybı hakkındaki talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken, infazı da mümkün

Üçüncü kişiyle sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar konusunda ise en önemli husus, bunların ispatıdır. Birçok olay bakımından kaçırılan fırsatın tam olarak ispatı mümkün değildir. Bu nedenle bunun ispatında, söz konusu zararın hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı ve gerçekleşme olasılığının yüksekliği dikkate alınmalıdır⁵⁹⁴.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay, arsa sahibine yapılan ve daha elverişli olan sözleşme teklifinin bu yoksa rayiç bedelin zararın doğduğunu gösterir nitelikte olmasını aramaktadır⁵⁹⁵.

Menfi zarar bakımından yoksun kalınan kar, müspet zarardan farklı olarak dönülen sözleşme ifa edilseydi arsa sahibinin içinde bulunacağı farazi durum değil sözleşme yapılmamış olsaydı içinde bulunacağı durumu ifade etmektedir⁵⁹⁶.

Menfi zarar kapsamında kabul edilebilecek olan zarar kalemleri her olaya göre farklılık gösterebileceğinden bunları sınırlı olarak saymak mümkün değildir. Burada önemli olan zarar ile sözleşmeye güven arasındaki illiyet bağının tespiti⁵⁹⁷.

Sözleşmeden dönen arsa sahibi bir taraftan dönme nedeniyle zarara uğrarken bir taraftan da bazı yararlar sağlamış olabilir. Bu durumda bu yararların menfi zarar

olmayan şekilde, gecikme nedeni ile kira tazminatına da karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 22.03.2022.

⁵⁹⁴Serkan Ayan, s. 279; Buz, Dönme, s. 253; Kurt, s. 364; Şahin, s. 315; Y. 15. HD. T.15.02.2010, E.2009/1062, K.2010/776; “...davacı arsa sahipleri değişen ekonomik koşullar ve inşaat yapım şartlarının değişmesi nedeniyle daha olumsuz koşullarda sözleşme yapmış olmaları halinde kaçırılan fırsat sebebiyle menfi zararlarını talep edebilirler. Arsa sahiplerince fesihten sonra başka bir yüklenici ile sözleşme yapılmamış olsa dahi taşınmazın bulunduğu mahalde fesih tarihinden sonra yeniden aynı koşullarla inşaat yapma imkanı bulunup bulunmadığının emsallerine göre araştırılıp menfi zararın hesaplanması gerekir.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 22.03.2022

⁵⁹⁵Y. 3. HD. T.18.04.2018, E.2017/2903, K.2018/4175, “Davacı, taahhüdünü yerine getirmeyerek sözleşmenin feshine neden olan davalılardan bu yüzden uğradığı olumsuz zararının ödetilmesini isteme hakkına sahiptir. Ancak zararın ne şekilde belirlenmesi gerektiği önem kazanmaktadır. Burada olumsuz zararın miktarı belirlenirken, kural olarak kaçırılan fırsat ilkesi çerçevesinde, her bir davalı açısından kendisinden sonraki en iyi ikinci fiyat teklifiyle, makul sürede yöntemince yapılmış sonraki ihalede gerçekleşen fiyat arasındaki farkın değerlendirilmesi gerekir. Öğreti ve uygulamada menfi zarar, “uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarar” olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin ifa edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da, menfi zarar kapsamında değerlendirilmektedir. Davacının menfi zararının saptanmasında, her bir davalı açısından, davalıların teklifinden sonraki en iyi teklif ile sonraki ihale fiyatı arasındaki fark esas alınmalıdır. Değinen bu hususlar doğrultusunda belirlenen bedel davacının olumsuz zararını gösterir. Bu durumda Mahkemece; ihale konusunda uzman bilirkişi heyetinden Yargıtay, Mahkeme ve taraf denetimine elverişli rapor alınarak, yapılan her bir ihalede ihaleye katılan davalılardan başka ikinci sırada teklif verenler olduğu da gözetilerek, ikinci sırada pey süren kişilerin teklif ettikleri bedel üzerinden makul sürede yapılacak sonraki ihale tarihine kadar mahrum kalınan kira kaybindan ve davacının yeniden ihale yapmak zorunda kalması nedeni ile yapmak zorunda kaldığı masraflar da eklenerek her bir davalı yönünden zarar miktarının ayrı ayrı belirlenmesi.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 23.03.2022.

⁵⁹⁶Kurt, s. 361; Kırmızı, s. 576.

⁵⁹⁷Şahin, s. 310; Serkan Ayan, s. 251; Kırmızı, s. 576.

hesabında denkleştirilmesi gerekir⁵⁹⁸. Denkleştirmeye tabi olacak yararlar, zarara sebep olan olayla nedensellik bağı içinde bulunan yararlardır. Örnek olarak arsa sahibi yüklenici ile sözleşme kurmakla inşaatın yapıldığı arsaya birtakım harcamalar yapmaktan kurtulmuş olabilir ya da yüklenicinin yeni inşaat için yıktığı eski binadan çıkan kalıntıları satarak gelir elde etmiş olabilir veya inşaat için yapılan projeleri sonradan kullanmış olabilir⁵⁹⁹.

Somut durumun özelliğine göre arsa sahibinin talep edeceği menfi zarar, müspet zararından daha az, daha fazla ya da ona eşit olabilir. Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere arsa malikinin yükleniciden tazminini talep edeceği menfi zararın, müspet zararla sınırlandırılması zorunluluğu yoktur. Aksinin kabulü halinde seçimlik haklar arasındaki denge bozulur ve menfi zararın tazminini istemek tercih edilmez⁶⁰⁰.

Bu durumda tazmini istenen menfi zarar kalemlerinin arsa sahibinin sözleşmenin ifa edileceğine duyduğu güven ile uygun illiyet bağı içinde bulunması gerekli ve yeterlidir⁶⁰¹.

Ancak Yargıtay aksi görüşte olup menfi zarar miktarının müspet zararı aşamayacağını kabul etmektedir⁶⁰².

Menfi zararın hangi zaman dilimindeki ekonomik değere göre hesaplanacağı konusu ise tartışmalı olup farklı görüşler ve kararlar mevcuttur. Doktrindeki bir takım yazarlara⁶⁰³ göre dönme beyanının hüküm ve sonuçlarının doğduğu tarihin esas alınması gerekirken diğer bir takım yazarlar⁶⁰⁴ ise hüküm tarihinin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Doktrindeki baskın görüş, hüküm tarihinin esas alınması gerektiği yönünde olup hüküm tarihine kadar değerlerde meydana gelecek olan değişme zararın fazla ya da eksik tazmin edilmesine yol açabilecektir⁶⁰⁵.

⁵⁹⁸Şahin, s. 317; Öz, Dönme, s. 300; Buz, Dönme, s. 272-273.

⁵⁹⁹Şahin, s. 318; Kırmızı, s. 576; Buz, Dönme, s. 272-273.

⁶⁰⁰Reisoğlu, s. 389; Gündüz, s. 58-59; Öz, Dönme, s. 299; Sütçü, s. 940.

⁶⁰¹Kurt, s. 366; Öz, Dönme, s. 299.

⁶⁰²Y. 15. HD. T. 25.04.2005, E.2004/6854, K.2005/2511; “Menfi zararın hesaplanma yöntemi, genellikle yapılan sözleşmelerde belirlenmektedir. Nasıl hesaplanacağına dair sözleşmede bir açıklık yok ise bu takdirde menfi zarar, sözleşmenin ifa edileceğine dair güvenin boşa çıkması yüzünden, bir başkasıyla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından dolayı oluşan zarar olarak kabul edilmektedir. Akit hiç yapılmıyaydı mal varlığının bulunacağı durum ile akdin hükümsüzlüğü sonucu mal varlığının alması olduğu durum oranındaki fark da menfi zarar olarak tarif edilmektedir... Tüm bu hesaplamalar yapılırken de davacının menfi zararının feshedilen sözleşmenin getireceği kâr yoksunluğu tazminatını aşamayacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.” www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 23.03.2022.

⁶⁰³Sütçü, s. 921; Yener, s. 90.

⁶⁰⁴Şahin, s. 319; Ergüne, s. 350-352; Öz, Dönme, s. 297; Kırmızı, s. 576.

⁶⁰⁵Buz, Dönme, s. 276; Barlas, s. 131.

SONUÇ

Kanunda özel olarak düzenlenmemiş olan ve isimsiz sözleşmeler kategorisinde yer alan arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi, yüklenicinin bir bina inşa etmeyi ve buna karşılık olarak da arsa malikinin belirli arsa paylarının devrini üstlendiği sözleşmedir. Tam iki tarafa borç yükleyen arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi, tarafların edim borçlarından yola çıkıldığında hem taşınmaz satış sözleşmesini hem de eser sözleşmesinin asli unsurlarını içermesi sebebiyle çifte tipli karma sözleşmeler kategorisine girmektedir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi bir sonuç sözleşmesi olup buradaki amaç, yüklenicinin inşaatı tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesidir. Bu sözleşme açısından yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü, bir yapı oluşturup bunu arsa sahibine teslim etmektir. Yüklenicinin bu borcu ise, sıradan bir iş görme borcu değildir. Söz konusu borç, belli bir sonuca yönelik nitelikli bir borç olup teslim ile birlikte yüklenicinin edim yükümlülüğünün bir parçasını oluşturur. Doktrinde, yüklenicinin inşaatın yapımına yönelik hazırlık faaliyetlerinin sonucun sağlanması bakımından bir araç olduğu kabul edilmektedir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin kanunda düzenlenmemiş olması, Yargıtay'ın emsal kararları ve doktrin esas alınarak uyuşmazlıkların çözülmeye çalışılması uygulamada çeşitli sorunlara neden olmaktadır. Özellikle teslimle ilgili olarak yaşanan uyuşmazlıklar bu sorunlar arasında önemli yer işgal etmektedir. Bir yapı meydana getirip teslim etme yükümlülüğü altına giren yükleniciler çeşitli sebeplerle ya yapıyı zamanında teslim edememekte ya da hiç teslim etmemektedir. Bu durumun meydana gelmesi halinde uyuşmazlıklar temel olarak yüklenicinin sorumluluğunun doğup doğmayacağı ve sorumluluğunun doğması durumunda ise sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi hususlarında yoğunlaşmaktadır.

Bu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda da doktrinde tartışmalar mevcuttur. Tartışmaların temelinde ise inşaatın tesliminden önceki aşamayı oluşturan yapıyı inşa etme sürecinin ifa faaliyeti mi, yoksa ifaya hazırlık faaliyeti mi olduğu mevzuu yatmaktadır. Bu tartışmanın pratikteki en büyük sebebi, sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilip erdirilmeyeceğidir. Çünkü arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi, sürekli edimli olarak kabul edilirse, sürekli edimli sözleşmelerin niteliği gereği sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi mümkün olmayacaktır. Çalışmamızda,

sözleşmenin ani-sürekli karmaşığı yapıda olduğu kabul edilmiş ve çalışma bu görüşe göre yapılmıştır.

TMK ve Tapu Kanunu'nun ilgili maddelerinde; arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin şerh edilebileceğı belirtilmiş olmasına rağmen sözleşmenin şekli konusunda herhangi bir kanuni düzenleme yer almamaktadır. Hukukumuzda ana kural şekil serbestisi olmakla birlikte, bu sözleşmelerin taşınmaz devrini öngörmesinden dolayı, kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, resmi şekil şartının varlığı kabul edilmektedir. Şekle aykırılık halinde ise sözleşmenin geçersizliğı hususunda farklı görüşler ve Yargıtay kararları bulunmaktadır. Doktrinde yer alan çoğunluk görüş sözleşmenin şekle aykırılığı halinde kesin hükümsüz olacağı yönündedir. Bu görüşte olanlara göre sözleşmenin geçersizliğı herkes tarafından ileri sürülebilecek ve mahkemece re'sen dikkate alınacaktır. Ancak; Yargıtay tarafından kesin hükümsüzlük hali yumuşatılarak, şekil eksikliğınin ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmıyor veya hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse artık sözleşmenin geçersizliğınden bahsedilemeyeceğı kabul edilmiştir. Bir kısım yazarlar ise sözleşmenin şekle aykırılığının ancak sözleşmenin taraflarınca ileri sürülebileceğini, mahkemece re'sen dikkate alınamayacağını ileri sürmektedir.

Çalışmamızın diğerkonusunu oluşturan, yüklenicinin temerrüdü ise; borçlu tarafın muaccel olan ve ifa edilebilir durumda bulunan edimini vaktinde ifa etmeyerek geciktirmesi ve bunun yanında diğerbirtakım şartların da mevcut olması ile birlikte gerçekleşen bir sorumluluk nedenidir. Bu sözleşmelerde esas olarak temerrüt, yüklenici olan tarafın inşaatı eksik veya yarım bırakarak teslimin geciktirmesini ifade etmektedir. Yüklenicinin temerrüde düştüğünün kabulü için birtakım şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartlar; öncelikli olarak borcun muaccel olması, borcun ifasının imkansız olmaması, ifanın gerçekleştirilmemesidir.

Bununla birlikte yüklenicinin temerrüde düşmesi için arsa sahibi tarafından yükleniciye ihtarda bulunulması gerekir. Arsa sahibi bu ihtarla, gecikmeyi belirtir ve yükleniciden inşaatın teslimini talep eder. İhtar kural olarak bir şekle bağılı değildir, şekil ispat kolaylığı sağlar, borçlu aleyhine ifa davası açma da ihtar yerine geçer.

Temerrüdün varlığının kabulü halinde birtakım hukuki sonuçlar meydana çıkacaktır. Temerrüdün bazı sonuçları kusurdan bağımsız olarak ortaya çıkarken, bazıları da kusura bağılı olarak ortaya çıkar. Temerrüdün söz konusu olması kusurdan bağımsız iken temerrüt sonucu tazminat istenebilmesi ve beklenmedik halden sorumluluk gibi durumlar yüklenicinin kusurunun varlığı halinde gündeme gelir.

Temerrüdün genel sonuçlarının dışında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından birtakım seçimlik hakların ileri sürülmesi de mümkündür. TBK’nda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından, TBK m. 118-119’da düzenlenen ve tüm borç ilişkilerinde borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklı tarafından talebi mümkün olan, aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi yanında, TBK 125. maddede borçlu temerrüdüne özel sonuçlar bağlayarak alacaklıya ek imkanlar tanınmıştır. TBK m. 125 ile alacaklıya, aynen ifa ve gecikme zararlarının tazminini talep etme hakkı yanında aynen ifadan vazgeçerek uğranılan müspet zararın giderilmesini isteme veya sözleşmeden dönme hakları tanınmıştır. Seçimlik hakların ileri sürülebilmesi için kural olarak yükleniciye uygun ek süre tanınmış olması gerekmektedir. Buna göre, uygun ek süre tanıyan arsa sahibi bu sürenin sonunda aynen ifanın gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin ifasından vazgeçip müspet zararı talep ve sözleşmeden dönerek menfi zararı talep şeklinde iki yenilik doğuran hak niteliğine haiz seçimlik hakları kullanabilecektir.

Yüklenicinin temerrüdü halinde karşılıklı borçlar sona ermediğinden arsa sahibi, temerrüde rağmen yükleniciden her zaman aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilir. Bunun dışında arsa sahibi verdiği ek sürenin dolmasıyla aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın giderilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmekle birlikte, sözleşmenin konusu olan asli edim değişmektedir. Arsa sahibinin ifadan vazgeçip olumlu zararı talep etmesi halinde sözleşme ileriye etkili şekilde sona erecek ve yüklenici kusuru olmadığını ispat edemezse ortaya çıkan müspet zararı tazmin etmekle yükümlü hale gelecektir.

Diğer bir seçimlik hak olarak, arsa sahibi verilen sürenin sonunda derhal bildirim yaparak sözleşmeden dönebilir ve menfi zararının tazminini de isteyebilir. Bu halde de temerrüde düşen yükleniciye borcunu yerine getirmesi için uygun bir süre verilmesi ve sürenin sonunda teslimin gerçekleşmemesi üzerine sözleşmenin feshedildiği hususunun yükleniciye derhal bildirilmesi gerekir.

Dönmenin kabulü halinde, dönmenin hukuki niteliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bu konuyla ilgili görüşler, klasik dönme teorisi, yeni dönme teorisi ve aynı etkili dönme teorisidir. Bu görüşlerden birinin kabulü halinde dönme halinde ortaya çıkacak sonuçlar farklılık gösterecektir. Özellikle arsa paylarının üçüncü kişilere devredilmiş olması halinde bu devirlerin akıbeti bu görüşler çerçevesinde değişmektedir. Çalışmamızda bu görüşler detaylı şekilde incelenmiştir.

Yargıtay uygulamasına göre sözleşmeden dönme halinde, yüklenici tarafa bırakılan arsa paylarının geri verilmesi istihkak davası niteliğindedir. Çünkü Yargıtay aynı etkili dönme görüşünde, yükleniciden aynı hak kazanım yapan üçüncü kişilerin bu kazanımlarının korunmayacağını kabul etmektedir. Çalışmamız kapsamında edindiğimiz sonuca göre, Yargıtay'ın bu uygulaması işlem güvenliğini önemli derecede zedeleyeceği için yerinde değildir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde dönme durumunda kusurlu yüklenici, ortaya çıkan menfi zararı tazminle mükellef olacaktır. Menfi zarar, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı uğranılmayacak olan, sözleşmeye duyulan güven nedeniyle alacaklının uğradığı zararlardır. Buna göre geçerli bir sözleşmenin varlığına güvenilerek yapılan masraflar ve kaçırılan elverişli sözleşme fırsatları gibi fiili zararlar menfi zarar kapsamında talep edilebilecektir.

Menfi zararın belirlenmesi açısından önemli başka bir husus da zararın ispatıdır. Yüklenicinin tazminatla mükellef olabilmesi için kural olarak alacaklının borca aykırılık yüzünden uğradığı zararı ispat etmesi gerekir. Ancak menfi zarar kapsamında kabul edilebilecek olan zarar kalemleri her olaya göre farklılık gösterebileceğinden bunları sınırlı olarak saymak mümkün değildir. Burada önemli olan zarar ile sözleşmeye güven arasındaki illiyet bağının tespiti.

Çalışmamızda yaptığımız incelemeler sonucunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin şekli dahil bir çok konuda görüş ayrılıkları ve belirsizlik bulunduğu ortaya konulmuştur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili farklı görüşlerin bulunması ve Yargıtay'ın farklı kararları arasındaki çelişki nedeniyle hukuki belirlilik ilkesi zedelenmektedir. Bu nedenle bu konuda kanuni bir düzenlemenin yapılmasının zaruri olduğu kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Pakize Ezgi “Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu”, İÜHFD, C. 85,S. 99, Malatya 2020.
- AKINCI, Bekir: Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar, Sayram Yayınları, Konya 2014.
- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 29. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2020.
- AKİPEK, Şebnem / KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: Sözleşmeler Rehberi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- AKKANAT, Halil: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006.
- AKKANAT, Halil: İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- AKTÜRK, İpek Yücer: Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006.
- ALDEMİR TOPRAK, İpek Betül: “İnşaat Sözleşmelerinde Tarafların İş Birliği Eylemleri”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi, C.5, S.2020/2.
- ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, 1.Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 2002.
- ALTAŞ, Hüseyin: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006.
- ALTINKAN, Onur: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi SBE, İzmir 2015.
- ALTUNKAYA, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ARAL Fahrettin/ AYRANCI Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

- ASLAN, Çetin/ KIRMIZI, Mustafa: Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- ATAMER, Yeşim M. / BAŞ SÜZEL, Ece / GEİSİNGER, Elliott: Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt, 1.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018
- ATAMULU, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- AVCI, Ali: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- AVCI, Mehmet Özgür: “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.3, İstanbul 2016.
- AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Ankara 2020.
- AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- AYDEMİR, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- AYDIN, Sinem Gülşah: “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi Ve Bu Etkinini Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S.1, Ankara 2019.
- AYDINCIK, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, Vedat Yayınları, İstanbul 2013.
- AYDOĞDU Murat/ KAHVECİ Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul 2021.
- BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.
- BAŞARAN, Zeynep Sümeyra “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017.
- BAŞOĞLU, Başak: Borcun İfasındaki İmkansızlık, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

- BECKER, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çeviren Dr. A. Suat Dura, Yargıtay Yayınları, No:24, 1993.
- BELLİNG, Detlev W. / BELEN, Herdem: “Alman Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl.4, S.46, 2006.
- BOVAY, Henry: “Temerrüdün Esası” (Çev. Zahit İMRE), İÜHFM, C. XII, S. 2- 3, İstanbul 1964.
- BRANDLİ, Roger: Die Nachbesserung im Werkvertrag. Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Dike-Verlag, 2007.
- BUZ, Vedat Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (Dönme).
- BUZ, Vedat: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, AÜSBFD, C.49, S.1-2, Ankara 1994 (İmkansızlık).
- BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005
- BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- CENGİZ, Haliz / CENGİZ, Mehmet: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- COŞKUN, Mahmut: İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ÇAKIRCA, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- DAYINLARLI, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 2008.
- DEMİR, Mustafa Duhan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- DOĞAN, Gül: Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:6, İstanbul 2006.
- DOĞAR, Mehmet: Ön Ödemeli Konut Satışı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

- DUMAN, İlker Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- DUMAN, İlker Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir? 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- DUMAN, İlker Hasan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Legal Yayıncılık, Ankara 2005.
- DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 16.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- EKİNCİ, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- ENDERS, Christian: Gleichlauf von VOB/B und BGB Bauvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Vergütungsrecht, Diss. Freiburg 1984.
- ENLİ, İsa: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- EREN, Fikret: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri” (İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci-Hukukçular İçin Ortak Seminer-Ankara 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- ERGEZEN, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Beta Basım, İstanbul 2008.
- ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3.Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010.
- ERTAŞ, Şeref: Bir Sözleşmenin Haklı veya Haksız Feshinin Sonuçları, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 11.Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2014.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 2.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1977.
- GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 4.Aufl. Zürich 1996.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- GÜNDÜZ, Şerife Deren: Olumlu Zarar, 1.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020

- GÜR, Mustafa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İzmir 2017.
- HACHEM, Pascal: Agreed Sums Payable Upon Breach of an Obligation, Eleven Publishing, 2011.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992 .
- HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1995.
- İNAL, Emrehan: “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXX, İstanbul 2012.
- İNAN, Ali Naim/ YÜCEL, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- KANBER, Kemal: “Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, S. 7, 1996.
- KAPLAN, İbrahim: “İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999.
- KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013.
- KARADAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- KARADENİZ, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1976.
- KARATAŞ İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2013.
- KARTAL, Bilal: “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi”, Yargıtay Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 4, Ekim 1983.
- KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Matsa Yayınları, Ankara 1993.
- KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018.
- KELLER/ SCHÖBİ: Das Schweizerische Schuldrecht, Basel/Frankfurt 3. Aufl. 1988
- KESKİN, Dilşad: “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık”, GÜHFD, C.11, S.1-2, Ankara 2007.

- KILIÇ ÖZTÜRK, Gizem. Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, 1.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. :Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat: “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 1, 1975.
- KIRCA, Çiğdem: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, 15 Aralık 2006.
- KIRMIZI Mustafa: Açıklamalı ve İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, İstanbul 2018.
- KİZİR, Mahmut: Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, 1.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- KOCAAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Yetkin Yayınları, Ankara 2003
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 7.Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 2017.
- KOÇ, Nevzat: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1992.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- KÖKSAL, Tunay/ MÜMİNOĞLU GÜNERİ, Müjde: FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- KURŞAT, Zekeriya: “İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri” (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan) , İstanbul 2004.
- KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- NOMER, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / ÖZDEMİR, Saibe Oktay: Eşya Hukuku, 14.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

- OĞUZMAN, Kemal: “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.31, S.1-4, İstanbul 2011.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, Ankara 1999.
- ÖZ, M. Turgut: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2016 (İnşaat).
- ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 2.Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021 (Dönme).
- ÖZEN, Burak: Haksız Zilyetlikte İade, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003.
- ÖZMEN, Etem Saba/ AKÇURA KARAMAN, Tuba: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, İstanbul 2013.
- ÖZYÜREK, Mehmet: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C.2, S.2, 2019.
- PIOTET, Paul (Çev. İlhan Helvacı): Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014.
- SARI, Suat: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.64, S.2, 2011.
- SCHMID, Jörg: “Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht” (Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005.
- SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- SELİMOĞLU, Yaşar Engin: Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- SEROZAN, Rona: “ Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler) ” , İÜHFM, C.58, S.1-2, İstanbul 2000.

- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 8.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022.
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- SOMER, Pervin: Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis), Derin Yayınları, İstanbul 2008.
- STEINER, Eva: French Law a Comparative Approach, Oxford University Press, 2010.
- SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukukun Temel Sorunları, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2003.
- SÜTÇÜ, Nezi: Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ŞAHİN, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012 .
- ŞAHİN, Turan: Konsorsiyum Sözleşmesi, TBB Dergisi, S.92, 2011.
- ŞAHİNİZ, Cevdet Salih Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1993.
- TOKAT, Hüseyin: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilirliği Çeşitli İhtimaller”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, Konya 2016.
- TOPUZ, Murat: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2011.
- TOPUZ, Seçkin/ CANBOLAT, Ferhat: “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, Ankara 2008.
- TUHR, Von Andreas (Çev. Cevat Edege): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Olgaç Matbaası, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara 1983.

- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku C.1, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
- TURAN BAŞARA, Gamze: “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, Çankaya University Journal of Law, C.7, S.1, Ankara 2010.
- TURANBOY, Asuman “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhitin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 41, S.1, Ankara 1990.
- TURUT, Şenol: Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, 1. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009.
- ULUSAN, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984.
- UYGUR, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, 5.Baskı, Ankara 1993.
- ÜREM, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, 1.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ ÖZDEMİR, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayını No:19, Ankara 1987.
- YAĞCI, Kürşat: “Borcun İfasının, Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Bir Olgunun Gerçekleşmesinden İtibaren Belirli Bir Sürenin Geçmesiyle Muaccel Olacağının Kararlaştırıldığı Hallerde Borçlunun Temerrüde Düşmesi İçin İhtar Şart mıdır? (Vadenin Sonradan Belirli Hale Gelebilirliği Üzerine)”, İHM, C.77, İstanbul 2019.
- YAKUPPUR, Sendi: Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- YAVUZ, Cevdet /ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- YENER, Mehmet Deniz: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- YENİPİNAR, Filiz Berberoğlu: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

- YILDIRIM AKKAYAN, Ayça: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, İstanbul 2004.
- YILDIRIM, Sümeyye Hilal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2011.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- YÜNLÜ, Semih: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılmasının Etkileri, Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015.
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- ZEYTİN, Zafer: “Alman hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-I Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 2, Ankara 1999.

Veri Tabanları ve İnternet Siteleri

- <https://www.academia.edu>
- <https://www.changing-perspectives.legal/construction/german-construction-law>
- https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb
- <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ch/ch310en.pdf>
- www.corpus.com.tr
- www.kazanci.com.tr
- www.legal.com.tr
- www.sinerjimevzuat.com.tr

EKLER

EK-1. Etik Kurulu Onay Belgesi

T.C	
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ	
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	
TEZ / ARAŞTIRMA / ANKET / ÇALIŞMA İZNİ / ETİK KURULU İZNİ TALEP FORMU VE ONAY TUTANAK FORMU	
ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
T.C. NOSU	
ADI VE SOYADI	İklim AYDINDAĞ ÜNAL
ÖĞRENCİ NO	20183045
TEL. NO.	
E - MAIL	
ADRESLERİ	
ANA BİLİM DALI	Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
HANGİ AŞAMADA OLDUĞU (DERS / TEZ)	TEZ
İSTEKDE BULUNDUĞU DÖNEME AİT DÖNEMLİK KAYDININ YAPILIP-YAPILMADIĞI	2021 / 2022 - GÜZ/BAHAR DÖNEMİ KAYDINI YENİLEDİM.
ARAŞTIRMA/ANKET/ÇALIŞMA TALEBİ İLE İLGİLİ BİLGİLER	
TEZİN KONUSU	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları
TEZİN AMACI	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin uygulamada taşıdığı önem sebebiyle yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik hakların yerel mevzuat ve karşılaştırılmalı hukuk çerçevesinde incelenmesidir.
TEZİN TÜRKÇE ÖZETİ	Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda temerrüdün koşulları ve arsa sahibinin bu durumda sahip olduğu seçimlik hakların neler olduğu ve bunların kullanılmasının şartları
ARAŞTIRMA YAPILACAK OLAN SEKTÖRLER/ KURUMLARIN ADLARI	
İZİN ALINACAK OLAN KURUMA AİT BİLGİLER (KURUMUN ADI- ŞUBESİ/ MÜDÜRLÜĞÜ - İLİ - İLÇESİ)	
YAPILMAK İSTENEN ÇALIŞMANIN İZİN ALINMAK İSTENEN KURUMUN HANGİ İLÇELERİNE/ HANGİ KURUMUNA/ HANGİ BÖLÜMÜNDE/ HANGİ ALANINA/ HANGİ KONULARDA/ HANGİ GRUBA/ KİMLERE/ NE UYGULANACAĞI GİBİ AYRINTILI BİLGİLER	
UYGULANACAK OLAN ÇALIŞMAYA AİT ANKETLERİN/ ÖLÇEKLERİN BAŞLIKLARI/ HANGİ ANKETLERİN - ÖLÇEKLERİN UYGULANACAĞI	
EKLER (ANKETLER, ÖLÇEKLER, FORMLAR, ... V.B. GİBİ EVRAKLARIN İŞİMLERİYLE BİRLİKTE KAÇ ADET/SAYFA OLDUKLARINA AİT BİLGİLER İLE AYRINTILI YAZILACAKTIR)	1) (.....) Sayfa Ölçeği. 2) (.....) Sayfa Anketi. 3) (.....) Sayfa Formları. 4) (.....) Sayfa

ÖĞRENCİNİN ADI - SOYADI: İklim Aydındağ Ünal		ÖĞRENCİNİN İMZASI: Enstitü Müdürlüğünde evrak aslı imzalıdır TARİH: 02 / 05 / 2022				
TEZ/ ARAŞTIRMA/ANKET/ÇALIŞMA TALEBİ İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRME SONUCU						
1. Seçilen konu Bilim ve İş Dünyasına katkı sağlayabilecektir.						
2. Anılan konu özel hukuk faaliyet alanı içerisine girmektedir.						
1.TEZ DANIŞMANININ ONAYI	2.TEZ DANIŞMANININ ONAYI (VARSA)	ANA BİLİM DALI BAŞKANININ ONAYI	SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRÜNÜN ONAYI			
Adı - Soyadı: ORHAN ÇETİN Unvanı: Dr.Öğr.Üyesi	Adı - Soyadı: Unvanı:	Adı - Soyadı: FARUK ANDAÇ Unvanı: Prof. Dr.	Adı - Soyadı: MURAT KOÇ Unvanı: Prof. Dr.			
İmzası: Onaylar e-posta ile alınmıştır. / / 20....	İmzası: / / 20....	İmzası: Onaylar e-posta ile alınmıştır. / / 20....	İmzası: Onaylar e-posta ile alınmıştır. / / 20....			
ETİK KURULU ASIL ÜYELERİNE AİT BİLGİLER						
Adı - Soyadı: Şehnaz ŞAHİNKARAKAŞ	Adı - Soyadı: Yücel ERTEKİN	Adı - Soyadı: Deniz Aynur GÜLER	Adı - Soyadı: Mustafa BAŞARAN	Adı - Soyadı: Mustafa Tevfik ODMAN	Adı - Soyadı: Hüseyin Mahir FİSUNOĞLU	Adı - Soyadı: Jülide İNÖZÜ
Unvanı : Prof. Dr.	Unvanı : Prof. Dr.	Unvanı: Prof. Dr.	Unvanı : Prof. Dr.	Unvanı: Prof. Dr.	Unvanı : Prof. Dr.	Unvanı : Prof. Dr.
İmzası :	İmzası :	İmzası :	İmzası :	İmzası :	İmzası :	İmzası :
..... / / 20....	 / / 20....	 / / 20....	 / / 20....	 / / 20....	 / / 20....	 / / 20....
Etik Kurulu Jüri Başkanı - Asıl Üye	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi
OY BİRLİĞİ İLE	☒	Çalışma yapılacak olan tez için uygulayacak olduğu Anketleri/Formları/Ölçekleri Çağ Üniversitesi Etik Kurulu Asıl Jüri Üyelerince incelenmiş olup, ... / / 20..... - / / 20..... tarihleri arasında uygulanmak üzere gerekli iznin verilmesi tarafımızca uygundur.				
OY ÇOKLUĞU İLE	☐					
AÇIKLAMA: BU FORM ÖĞRENCİLER TARAFINDAN HAZIRLANDIKTAN SONRA ENSTİTÜ MÜDÜRLÜĞÜ SEKRETERLİĞİNE ONAYLAR ALINMAK ÜZERE TESLİM EDİLECEKTİR. AYRICA FORMDAKİ YAZI ON İKİ PUNTO OLACAK ŞEKİLDE YAZILACAKTIR.						

EK-2. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü Tez Etik Kurulu İzin İstek Yazısı



T.C.
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü

Sayı : E-23867972-050.01.04-2200000721
Konu : Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği
Kurulu Kararı Alınması Hk.

31.01.2022

REKTÖRLÜK MAKAMINA

İlgi: 09.03.2021 tarih ve E-81570533-050.01.01-2100001828 sayılı Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu konulu yazınız.

İlgi tarihli yazınız kapsamında Üniversitemiz Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesindeki Lisansüstü Programlarda halen tez aşamasında kayıtlı olan **İklim Aydınadağ** isimli öğrencimize ait tez evraklarının "Üniversitemiz Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu Onayları" alınmak üzere Ek'te sunulmuş olduğunu arz ederim.

Doç. Dr. Murat KOÇ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Ek : 1 Adet öğrenciye ait tez evrakları listesi.

EK-3. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü Tez Etik Kurulu İzin Yazısı



T.C.
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
Rektörlük

Sayı : E-81570533-044-2200000825
Konu : Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği
Kurul İzni Hk.

03.02.2022

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

İlgi : a) 31.01.2022 tarih ve E-23867972- 050.01.04-2200000721 sayılı yazınız.
b) 28.01.2022 tarih ve E-23867972- 050.01.04-2200000706 sayılı yazınız.

İlgi yazılarda söz konusu edilen Muhammet Emre Kurt ve İklim Aydınadağ isimli öğrencilerimizin tez evrakları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulunda incelenerek uygun görülmüştür.

Bilgilerinizi ve gereğini rica ederim.

Prof. Dr. Ünal AY
Rektör