

T.C

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK

KAT KARŞILIĞI

İNŞAAT YAPIM SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUSTAFA NEZİH SÜTÇÜ

Tez Danışmanı: PROF. DR. ÖZER SELİÇİ

İSTANBUL, 2010

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK

Tezin Adı : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi
Öğrencinin Adı Soyadı: Mustafa Nezh Sütçü
Tez Savunma Tarihi : 29.01.2010

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Enstitümüz tarafından onaylanmıştır.

Prof. Dr. Selime SEZGİN
Enstitü Müdürü

.....

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY
Program Koordinatörü

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

İmzalar

Prof. Dr. Özer SELİÇİ

Doç. Dr. Gülçin Elçin GRASSINGER

Yrd. Doç. Dr. Emin Cem KAHYAOĞLU

TEŐEKKÜR

Çalıőmamda akademik bilgi ve tecrübesi ile beni yönlendiren, büyük bir hoşgörü içinde destek ve önerilerde bulunan değerli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Özer Seliçi'ye müteőekkirim.

Jüride yer alan Doç. Dr. Gülçin Elçin Grassinger ve Yrd. Doç. Dr. Emin Cem Kahyaoğlu hocalarıma da, öneri ve yapıcı eleőtirileri ile buldukları katkılardan dolayı teőekkür ediyorum.

İstanbul, Mart 2010

Mustafa Nezh Sütcü

ÖZET

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Sütcü, Mustafa Nezh

Özel Hukuk
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Özer Seliçi

Ocak, 2010, Tez Sayfa Sayısı : 249

Günümüzde kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ve davalar büyük bir yer kaplamaktadır. Bu sözleşme ile ilgili özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O nedenle çıkan ihtilafların çözümünde hangi hükümlerin kıyas yoluyla veya doğrudan uygulanması gerektiği tespit edilmelidir.

Bu amaçla öncelikle sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle isimsiz, taşınmaz satım vaadi ile eser sözleşmesinin birbirinin karşılığı olacak bir araya gelmesi nedeniyle çift tipli ve karma bir sözleşmedir.

Daha sonraki bölümde müteahhidin borçları ve bunlardan özellikle inşaatı sözleşmeye uygun yapma ve teslim etme borcu kapsamlı biçimde incelenmiştir. Arsa sahibinin de müteahhide kalacak bağımsız bölümleri devretme borcu bulunmaktadır.

Son bölümde tarafların borçlarını yerine getirmemesinin sonuçları ve sözleşmenin sona ermesi durumu incelenmiştir. Müteahhidin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshinin hukuki sonuçları üzerinde kapsamlı biçimde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Müteahhidin Temerrüdü, Dönme ve Fesih

ABSTRACT

BUILDING CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN FOR SHARE PLOT

Sütcu, Mustafa Nezh

Private Law
Supervisor: Prof. Dr. Özer Seliçi

01,2010, Number of pages of the thesis: 249

Today, the disputes and cases arising from building construction contract in return for share plot cover a huge piece. This contract does not have a special legal regulation. Therefore in the solution of the conflict, which should be applied directly or through the comparison of the provisions should be found.

To this end, first focused on the legal nature of the contract. Construction contract in return for share plot is not regulated in the law because of an unnamed contract. This contract, the promise of work in real estate sales contract and with construction contract would be the equivalent of each other due to a combination double and mixed type is a contract.

In the later part of the debt and contractors, especially those suitable for the construction contract to make and deliver comprehensive debt examined. Land owner have to trasferre the share plots constdactor as well.

In the last chapter of the work, consequences of not fulfill the obligations of the parties and the termination of the contract status were examined. Due to contractor default, on the legal consequences of back and termination of contract was considered comprehensive.

Key Words : Building Construction Contract In Return For Share Plot, Contractor Default, Back and termination

KISALTMALAR

Ankara Barosu Dergisi	:	ABD
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	:	AİHM
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	:	AİHS
Anayasa	:	AY
Bakınız	:	Bkz.
Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi	:	BATİDER
Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi	:	BİGŞ
Birleşmiş Milletler	:	BM
Borçlar Kanunu	:	BK
Ceza Dairesi	:	CD
Cilt	:	C.
Devlet Memurları Kanunu	:	DMK
Esas No	:	E.
Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun	:	GKHK
Hukuk Dairesi	:	HD
Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu	:	HUMK
İcra İflas Kanunu	:	İİK
İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi	:	İKD
İmar Kanunu	:	İmar K.
İstanbul Barosu Dergisi	:	İBD
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası	:	İÜHFMB
Karar No	:	K.
Karar Tarihi	:	T.
Legal Hukuk Dergisi	:	Legal HD
Madde	:	m.
Mühendislik Mimarlık Hizmetleri Şartnamesi	:	MMHŞ
Noterlik Kanunu	:	NK
Özel Borç İlişkileri	:	ÖBİ
Resmi Gazete	:	RG
Sayfa	:	s.
Sayfalar	:	ss.
Tapu Kanunu	:	Tapu K.
Tapu Sicili Tüzüğü	:	TST
Terazi Hukuk Dergisi	:	THD
Ticaret Hukuku Yargıtay Kararları Sempozyumu	:	THYKS
Türk Ceza Kanunu	:	TCK
Türk Medeni Kanunu	:	TMK
Türk Standartları Enstitüsü	:	TSE
Türk Ticaret Kanunu	:	TTK
Türkiye Barolar Birliği Dergisi	:	TBB
Eski Türk Ceza Kanunu	:	ETCK
Ve benzeri	:	Vb.
Ve devamı	:	Vd.
Vergi Usul Kanunu	:	VUK
Yapı Denetimi Hakkında Kanun	:	YDHK

Yargı Dünyası Dergisi	:	YDD
Yargıtay	:	Y.
Yargıtay Dergisi	:	YD
Yargıtay Kararları Dergisi	:	YKD
Yargıtay Ceza Genel Kurulu	:	YCGK
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	:	YHGK
Yasa Huku Dergisi	:	YHD
Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı	:	YİBK

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU.....	2
1.1 KAT KARŞILIĞI İNŞAAT YAPIM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ.....	2
1.1.1 Tanımı.....	2
1.1.2 Unsurları.....	4
1.1.3 Hukuki Niteliği.....	5
1.2 BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI.....	9
1.2.1 Bedel Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Farkı.....	9
1.2.2 Trampa Sözleşmesinden Farkı.....	10
1.2.3 Satım Sözleşmesinden Farkı.....	10
1.2.4 Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı Sözleşmesinden Farkı.....	11
1.2.5 Yap-İşlet-Devret Sözleşmesinden Farkı.....	12
1.2.6 Üst Hakkından Farkı	14
1.3 SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ.....	14
1.3.1 Resmi Şekil Zorunluluğu.....	14
1.3.2 Şekle Aykırı Sözleşmenin Yerine Getirilmiş Edimler Bakımından Hukuki Sonuçları.....	19
1.3.3 Şekil Eksikliğinin İleri Sürülemeyeceği Haller.....	25
1.3.3.1 Geçersiz Bir Sözleşmenin Varlığı İspatlanmalıdır.....	26
1.3.3.2 Geçersizlik İddiası Hakkın Kötüye Kullanımı Kapsamında Değerlendirilebilmelidir.....	27
1.3.3.2.1 Tarafların Edimlerini Karşılıklı Olmak Şartıyla Tamamen Veya Kısmen İfa Etmeleri.....	28
1.3.3.2.2 Taraflardan Birinin Edimlerini Tamamen Yerine Getirmesi.....	28
1.3.3.2.3 Müteahhit Tarafından İnşaatın Önemli Bir Bölümünün Yapılmış Olması.....	29
1.3.3.2.4 Diğer Durumlar.....	30
1.3.4 Ön Anlaşmada Şekil.....	32
1.3.5 Sözleşmenin Değiştirilmesi Ve Değiştirmede Şekil.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HUKUKİ DURUMU.....	37
1.1 MÜTEAHHİDİN BORÇLARI.....	37
1.1.1 İnşaatı Sözleşmeye Uygun Yapma Borcu.....	37
1.1.2 Sözleşme Masraflarını Karşılama Borcu.....	37
1.1.3 İmar Mevzuatı Ve Sözleşmeye Uygun Projeleri Hazırlatma Ve Ruhsat Alma Borcu.....	37
1.1.4 İnşaatı Sadakat ve Özenle Yapma Borcu ve Bu Borca Aykırılıkların Başlıcaları.....	39
1.1.4.1 Sözleşmeye Aykırı İmalatlar Yapılması.....	43
1.1.4.2 İmar Mevzuatına Aykırı Davranılması.....	43
1.1.4.3 Komşu Taşınmazlara Veya Altyapı Tesislerine Zarar Verilmesi.....	46
1.1.4.4 İş Güvenliği Mevzuatına Aykırı Davranılması Veya Üçüncü Kişilere Verilen Zararlar.....	46
1.1.5 İnşaatı Sözleşmeye Uygun Teslim Borcu.....	47
1.1.5.1 İnşaatın Teslim Tarihinin Belirlenmemiş Olması.....	50
1.1.5.1.1 İnşaata Başlamada Temerrüt.....	50
1.1.5.1.2 İnşaatı Teslimde Temerrüt.....	51
1.1.5.2 İnşaatı Teslim Tarihinin Belirlenmiş Olması.....	52
1.1.5.2.1 İnşaata Başlamada Temerrüt.....	52
1.1.5.2.1.1 İnşaata Başlama Tarihi Sözleşme İle Belirlenmemiştir.....	52
1.1.5.2.1.2 İnşaata Başlama Tarihi Sözleşme İle Belirlenmiştir.....	53
1.1.5.2.2 İnşaatı Teslimde Temerrüt.....	54
1.1.6 Ayıba Karşı Tekeffül Borcu	58
1.1.6.1 Bedel Karşılığı İnşaatlarda (Genel Olarak) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	58
1.1.6.1.1. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Genel Şartları.....	58
1.1.6.1.1.1 İnşaat Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olmalıdır.....	58
1.1.6.1.1.2 İnşaat Ayıplı Olmalıdır.....	59
1.1.6.1.1.3 Arsa Sahibi Muayene Ve İhbar Külfetini Yerine Getirmelidir.....	60
1.1.6.1.2 İş Sahibinin İnşaatın Ayıplı Olmasından Doğan Hakları.....	61
1.1.6.2 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	62
1.1.6.2.1 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıpla İlgili Olarak Genel Hükümlerin Uygulanabilmesinin Tartışılması	63
1.1.6.2.2 Muayene Ve İhbar Külfetinden Doğan Hak Kayıplarını Önleme Amacı Taşıyan Yüksek Mahkeme Kararları.....	64

1.1.6.2.3 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayrıtan Doğan Sorumlulukta Özel Hükümler İle Genel Hükümlerin Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi.....	67
1.1.6.2.3.1 Müteahhidi Onarıma Zorlama - Birlikte İfa Uygulaması Veya Aynen İfa	68
1.1.6.2.3.2 Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zarar Talep Edilmesi.....	69
1.1.6.2.3.3 Arsa Sahibinin Ücret İndirimi – Fesih Hakkı.....	70
1.1.6.2.3.4 Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi.....	73
1.1.7 Arsa Sahibinin Alacağıın Teminat Altına Alınması.....	76
1.1.7.1 Müteahhitten Teminat Senedi Alınması.....	76
1.1.7.2 Müteahhitten Teminat İpotegi Alınması.....	77
1.1.7.3 Müteahhitten Banka Teminat Mektubu Alınması.....	77
1.1.7.4 Arsa Payının Teminat Olarak Tutulması.....	77
1.2 ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI.....	78
1.2.1 Arsayı Teslim Borcu.....	78
1.2.2 İnşaatın Yapımı Konusunda Vekalet Verme Borcu.....	78
1.2.3 Arsayı Veya Arsa Payını Devir Borcu Ve BK m 81 Hükümünün Uygulanması.....	82
1.2.3.1 Birlikte İfa Kuralı (BK m 81 Uygulaması).....	85
1.2.4 Arsa Sahibinin Taşınmaz Devir Borcunun Teminat Altına Alınması.....	97
1.2.4.1 Müteahhidin Geri Vermekten Kaçınma (Alıkoyma) Hakkı.....	97
1.2.4.2 Sözleşmenin Tapuya Şerhi.....	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1. TARAFLARIN TEMERRÜDÜ VE KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ VE SONUÇLARI.....	112
1.1 MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ VE BUNUN SONUÇLARI.....	112
1.1.1 Aynen İfa Talebi.....	114
1.1.1.1 Nama İfa Ve Eksik İşler Bedelinin Tahsili Talebi İle Aynen İfa.....	115
1.1.1.2 Nama İfa Yapmadan Sadece Eksik İşler Bedelinin Tahsili Talebi İle Aynen İfa.....	119
1.1.1.3 Pasif Aynen İfa Talebi.....	120
1.1.1.4 Aynen İfa Hallerinde Gecikme Tazminatı (Özellikle Kira Kaybı) Kavramı ve Gecikme Tazminatının Belirlenmesi	123
1.1.1.4.1 Gecikme Tazminatına Faiz İstenmesi.....	125
1.1.1.4.2 Kira Kaybının İstenebileceği Sürenin Belirlenmesi.....	128

1.1.1.5 İfaya Ekli Ceza Kavramı.....	130
1.1.1.5.1 İfaya Ekli Cezai Şartın Tenkisi Veya Butlanı.....	134
1.1.1.5.2 Gecikme Tazminatı (Özellikle Kira Mahrumiyeti) – İfaya Eklenen Ceza Kavramlarının Arasındaki Farklar, Uygulamadaki Karmaşa ve Çözüm Önerisi.....	140
1.1.2 Aynen İfadan Vazgeçip, Müspet Zararın Tazmini Talebi.....	144
1.1.2.1 Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Müspet Zararın Değişim (Mübadele) Teorisine Göre Tazmini Talebi.....	145
1.1.2.2 Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Müspet Zararın Fark Teorisine Göre Tazmini Talebi.....	149
1.1.3 Sözleşmeden Dönme veya Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi ...	152
1.1.3.1 Sözleşmeden Dönme (Sözleşmenin Geriye Etkili Sona Ermesi)+ Menfi Zarar.....	152
1.1.3.1.1 Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Dönme Beyanın Hüküm Ve Sonuçlarını Doğurduğu Anın Belirlenmesi.....	153
1.1.3.1.2 Edimlerin İadesi.....	163
1.1.3.1.2.1 Arsa Sahibinin İade Borcu.....	171
1.1.3.1.2.2 Müteahhidin İade Borcu.....	180
1.1.3.1.3 Menfi Zarar.....	181
1.1.3.1.4 Seçimlik Cezai Şart.....	189
1.1.3.1.4.1 Seçimlik Cezai Şart İle Dönme Cezası Arasındaki Ayrım.....	193
1.1.3.1.4.2 Seçimlik Cezai Şart İle İfaya Ekli Cezai Şart Arasındaki Ayrım.....	196
1.1.3.1.4.3 Seçimlik Cezai Şartın Aynı Bir Edim Olarak Kararlaştırılması.....	197
1.1.3.2 Sözleşmenin Feshi (İleriye Etkili Sona Ermesi) + Her Türlü Zarar Ziyana Talebi.....	199
1.1.3.2.1 Kavram Ve Tartışma.....	199
1.1.3.2.2 Fesih Şartları.....	200
1.1.3.2.3 Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinde Feshin Gerçekleşme Biçimi.....	208
1.1.3.2.4 Feshin Sonuçları.....	213
1.2 ARSA SAHİBİNİN TEMERRÜDÜ VE BUNUN SONUÇLARI	213
1.2.1 Aynen İfa	215
1.2.2 Müspet Zararın Tazmini Talebi	216
1.2.3 Sözleşmeden Dönme	223
1.3 KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	223
1.3.1 Temerrüt Nedeni İle Dönme Veya Fesih Dışındaki Sona Erme Nedenleri.....	223
1.3.2 Sözleşmenin İfası İle Sona Erme.....	223

1.3.3 Müteahhidin lm Veya Aczi İle Sona Erme.....	223
1.3.3.1 Müteahhidin lm.....	223
1.3.3.2 Müteahhidin Aczi.....	224
1.3.3.3 Müteahhidin lm Veya Aczi Halinde Feshin Hukuki Sonuçları.....	225
1.3.4 İmkansızlık Nedeniyle Sona Erme Ve Hukuki Sonuçları.....	225
1.3.4.1 Başlangıçtaki İmkansızlık.....	225
1.3.4.2 Sonraki İmkansızlık.....	227
1.3.4.2.1 Kusurlu Sonraki İmkansızlık.....	229
1.3.4.2.2 Kusursuz Sonraki İmkansızlık.....	230
SONUÇ.....	237
KAYNAKÇA.....	240
ZGEMİř	249

GİRİŞ

İnceleme konumuz olan kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, uygulamada çok yaygın olmasına rağmen yasal alt yapısı olmayan bir sözleşmedir.

Kanunda açıkça düzenlenmeyen bu sözleşme ile ilgili ihtilafların çözümünde emsal Yargıtay Kararları büyük rol oynamaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin uzun yıllardır baktığı uyuşmazlıklarda verdiği kararlar ve bu kararlardan bazılarının değişim süreci bu çalışmada detaylı olarak incelenmiştir.

Görüş değişikliğine uğramış kararlara da çalışmada yer verilmiştir.

Bu çalışmada teori ve uygulama arasında oluşan kopuklukların giderilmesi de amaçlanmıştır.

Arsa sahibinin tapuda devir borcunun karşılığını oluşturan, müteahhidin inşaat yapma borcu karmaşık ve zorlu uğraşların sonunda yerine getirilmektedir. Müteahhidin ruhsat alırken, inşaatı yaparken ve satarken adam çalıştırma ve sermaye risklerinin altına girmesi, daha çok temerrüde düşmesine neden olmaktadır.

Bu nedenle çalışmada, müteahhidin temerrüdüne ağırlık verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU

1.1 KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1.1 Tanımı

Bu sözleşmeye doktrin ve uygulamada "Arsa payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi"¹ ; "Arsa Payı Karşılığı İnşaat (Yapım) Sözleşmesi"² ; "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi"³; yada "Gayrimenkul (Taşınmaz) Satış Vaadi ve İnşaat Sözleşmesi (Mukavelesi)" ; "Gayrimenkul Satış Vaadi Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" ; "Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Satış Vaadi Sözleşmesi"⁴ de denilmektedir.

Sözleşmenin tanımı ile ilgili görüşler şöyledir;

-“İş sahibinin bir arsanın (bir taşınmazın) muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, müteahhidin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüd ettiği, geçerliliği resmi şekle bağlı, kural olarak ani edimli, geçici –sürekli karmaşığı, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.”⁵

-“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşaa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir.”⁶

-“Yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümü mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaad ettiği sözleşmelerdir.”⁷

-“Yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde ve arsada belli veya belirlenebilir payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşaa edilmesini üstlendiği bir sözleşmedir.”⁸

-“Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesiyle bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık, bağımsız bölümler inşaa etme suretiyle bütünlük arz eden binanın yapılmasına yönelik bir anlaşmadır.”⁹

¹ KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul, 1993.

² ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 1993 ; KARATAŞ, İzzet, Eser Sözleşmeleri, Ankara, 2004 ; TMK m 1009.

³ KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1993 ; KOSTAKOĞLU, Cengiz ; YİBK 30.9.1988 , 1987/2, 2 (RG: 21.12.1988, Sayı:2026) ;TST m 55/c.

⁴ Bu son üç isim noterler tarafından düzenlenen sözleşmelerde kullanılmaktadır.

⁵ UYGUR, Turgut, İnşaat Hukuku, Cilt II , Ankara 1998.

⁶ ERMAN, H., s.1.

⁷ KARATAŞ, İ, s.25.

⁸ KARTAL, B. s.15.

⁹ KAYA, s.5.

Yukarıdaki tanımlarda, arsa sahibinin arsasının belli bir payından söz edilmektedir. Oysa, sözleşmenin konusu, bir arsanın tamamı olabilir. Örneğin arsa sahibi bitişik veya ayrı yerlerde bulunan iki arsası üzerine yapılacak inşaattan bir parselde yapılacak binanın tamamını müteahhide bırakıp, diğer parselde yapılacak binanın da tamamını kendisi alabilir. Dolayısıyla, bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesi her zaman söz konusu olmayabilir.

Ayrıca arsa sahibine ait bir binanın sıfırdan veya yeniden ya da tamamen inşaatı şart değildir. Arsa sahibi binasına yapılacak yenileme, tadilat, ilave, değişiklik, onarım, güçlendirme, kısmi yapı vs. inşaat işleri karşılığında, tapuda taşınmaz payını devretmeyi taahhüt edebilir.¹⁰ Ancak inşa edilecek yapının taşınmaz niteliğinde olması gerekir.

Arsa sahibinin devrini taahhüt ettiği taşınmazın kat mülkiyetine tabi bir taşınmazdaki bağımsız bölüm olması şartı da yoktur. Örneğin, arsa sahibi binasının depreme karşı güçlendirilmesi işinin yapımı karşılığında, başka bir yerde bulunan arsa, tarla, villa, daire, tarlasını vs. güçlendirme işini yapan müteahhide devredebilir. Aynı şekilde, müteahhidin arsa sahibine vereceği bağımsız bölümlerin başka bir yerdeki inşaatından olması da mümkündür¹¹.

Arsa sahibinin, TMK m 704, 705 ve m 998 uyarınca taşınmaz mülkiyeti kapsamındaki, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, karşılığında da inşaat yapım sözleşmesi imzalaması mümkündür. Örneğin; arsa sahibi, TMK'nun 826. maddesi hükmü gereğince tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli nitelikte bulunan üst hakkının müteahhide devri karşılığında, taşınmazına inşaat yapılması konusunda anlaşma yapabilir.

Bir taşınmaza sahip olmak ancak tapu kaydı ile mümkün olduğundan (TMK, m 705, m 997-998), inşaat yapımına konu taşınmazın tapuya kayıtlı olması zorunluluğu vardır.¹² Bu nedenle, başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka, sirk veya gösteri çadırı ve benzeri hafif yapılar da TMK m 728 uyarınca taşınır mal hükümlerine tabi olup, tapu kütüğünde gösterilmediği için kat (taşınmaz) karşılığı inşaat yapım sözleşmesine konu olamazlar. Arsanın ayrılmaz parçası haline gelen, taşınmaz niteliğindeki inşaatlar inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

Bir taşınmazın kadastro işlemine tabi tutulmaması, tapuya kayıtlı olmasına engel değildir. Tapu Sicil Tüzüğü'nün geçici 1. maddesinde; henüz kadastrosu yapılmamış yerlerde kütük yerine zabıt defteri ve kat mülkiyeti zabıt defterinin tutulacağı ve taşınmaz malların sınırları hudut komşuları yazılarak gösterileceği ve varsa resmi haritası veya planının dosyasında saklanacağı, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 11/son maddesinde de, henüz kadastrosu yapılmamış olan yerlerde kat mülkiyeti ve kat irtifakının, Tapu Sicili Tüzüğü'ndeki formüle göre, ayrıca tutulacak Kat Mülkiyeti Zabıt Defterine tescil olunacağı belirtilmektedir.

¹⁰ Y. 15. HD. 31.1.1991, 1990/2416, 344, KOSTAKOĞLU, s.922.

¹¹ KOSTAKOĞLU, s.73

¹² “Bir gayrimenkule sahip olmak ancak tapu kaydıyla mümkün olur. Şu halde tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulün zilyedi o yerin sahibi ve maliki sayılmayacağından komşu gayrimenkul malikinden lüzumlu geçit hakkını isteyemeyeceği gibi tapuda kayıtlı olmayan geçit hakkına mevzu teşkil edecek gayrimenkulün zilyedine karşı da bu hak istimal olunamaz.”, YİBK 11.2.1959, 1958/14, 13, RG: 5.6.1959, Sayı: 10223, www.kazanci.com.tr.

Tapuda kayıtlı olmayan bir taşınmazı elinde bulunduran kişinin hakkı zilliyetlikten ibaret olup¹³, zilyetliğin devri ise hiçbir şekil şartına tabi değildir.¹⁴ Bu durumda, taşınmazı tapuda kayıtlı olmayan arsa sahibinin borcu, zilyetlik hakkının devrine dair bir vaad niteliğinde ve geçerli olacaktır¹⁵. Sonuç olarak; tapusuz mallara ilişkin satış vaadi gerçek anlamda bir taşınmaz satış sözleşmesi değildir. Ancak geçersiz de değildir. Bu nedenle de, tapusuz taşınmaza ait ve resmi olmayan satım vaadi senedi, zilyetliği devir senedi olarak yorumlanır¹⁶.

Teorik olarak, tapuda kayıtlı olmayan bir taşınmaz üzerine inşaat yapımı konusunda sözleşme yapılabilirse de¹⁷, yukarıda belirttiğimiz gibi inceleme konumuz, bunlar dışında kalan ve hukuki anlamdaki taşınmazlar üzerine yapılacak inşaatlardır.

Eser sözleşmelerinin aksine, maddi nitelikte olmayan hukuki varlıklar da bu sözleşmenin konusu değildir.¹⁸ Örneğin bir mimari proje çizimi karşılığında bağımsız bölüm verme sözleşmesi geçerli olmakla beraber, inşaatın sadece projesinin çizimi ile bir taşınmaz inşaatı meydana getirilmediğinden, bu husus, inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalara göre sözleşmenin isim ve tanımını aşağıdaki şekilde yapabiliriz ;

-“Müteahhidin arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde yapacağı inşaat karşılığında, arsa sahibinin, müteahhide taşınmaz devrini yükümlendiği sözleşmeye; “Taşınmaz Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi” denir.

Uygulamada, genellikle bu tür sözleşme, aynı parseldeki bağımsız bölümlerin, müteahhit ve arsa sahibi arasında paylaşımı şeklinde gerçekleşmektedir. Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra yaygınlaşan bu sözleşme için “Kat Karşılığı” tabiri kullanılmaktadır. Oysa pratikte “kat” ile, bir yapının iki döşemesi arasındaki alan anlaşılmaktadır¹⁹. Bir katta birden fazla daire, dükkan vs. bağımsız bölüm olabileceği gibi, yukarıda belirtildiği üzere, arsa sahibine bağımsız bölüm dışında, taşınmaz niteliğinde inşaat da yapılabilir. Uygulamada ve halk dilinde bu sözleşmenin adı “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” olarak yerleştiğinden, ben de bundan sonra, aynı kavramı kullanacağım.

1.1.2 Unsurları

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin unsurları, yani bu sözleşmenin oluşması için gerekli koşullar, sözleşmenin tanımından da anlaşılacağı üzere şunlardır.

¹³ SURLU, Mehmet Handan, Gayrimenkul Satış Vaadi Davaları, Ankara, 2007, s. 68.

¹⁴ “Bir kimsenin kanunlar uyarınca henüz malik olmadığı tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulünü başkasına satıp teslim etmesi ilerde mülkiyet iktisabına yarayan o mal üzerindeki fiili tasarruf hakkını, zilyetliğini devre mahmul olduğu ve aynı hak olan zilyetliğin her hak gibi devri caiz ve muteber olup resmi şekle tabi bulunmadığı cihetle bu muamelenin tapulu gayrimenkullerin harici satışlarına kıyas suretiyle kendiliğinden hükümsüz sayılamayacağına..”, YİBK 9.10.1946, 6/12, RG: 20.6.1947, Sayı: 6637, www.kazanci.com.tr.

¹⁵ ÇENBERCİ, Mustafa, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, 1973, s.80.

¹⁶ KALYON, Muharrem, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Ankara, 2004 s. 265-266 ; Y. 8.HD. 20.6.1997 1996/9378, 4125.

¹⁷ ERMAN, s. 2 ; Yazarın notu: Örneğin kadastro geçmemiş bir köyde, köylünün kendisine yapıp teslim edilecek ahır veya tarımsal amaçlı depo karşılığında, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazını devretmesi gibi...

¹⁸ UYGUR C.II, s. 29.

¹⁹ KARTAL s. 18.

1- Mütcaahhidin arsa sahibine ait taşınmaz üzerine inşaat (kat, bina,bağımsız bölüm, yapı vs) yapma ve inşaatı teslim etme yükümlülüğü altına girmesi.

2-Arsa sahibinin taşınmaz devretme borcu altına girmesi.

3-Arsa sahibi ile müteahhit arasında geçerli olarak bir anlaşma yapılması.

1.1.3 Hukuki Niteliği

Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesiyle ilgili anlaşmazlıklarda uygulanacak kanun hükümlerinin belirlenmesi için bu tür sözleşmelerin hukuki niteliğinin incelenmesi gerekir.Buna göre Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi:

1-İsimsiz (A Tipik) Sözleşmelerden Çift (İki) Tipli Karma²⁰ Bir Sözleşmedir.

İsimsiz sözleşmedir. Çünkü bu sözleşme türü ile ilgili hükümler Borçlar Kanununda veya özel kanunlarda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bir ismi yoktur. Bu sözleşme akit yapma serbestisi (BK m 19) kapsamında düzenlenmektedir.

Karma bir sözleşmedir. Sözleşmenin her bir tarafının ediminin farklı kanuni tipte sözleşmelere ait olması nedeniyle çift tipli karma sözleşmedir. İki farklı tipte sözleşme değil, tek bir sözleşmede karşılıklı olarak yer alan iki farklı tipten edim borcu vardır.²¹

Mütcaahhidin yükümlendiği eser meydana getirme ve bu eseri teslim etme edimi için, Borçlar Kanunu'nun istisna akdine (eser sözleşmesine) dair hükümleri (BK m 355-371), arsa sahibinin pay mülkiyetini geçirme borcu yönünden de, Gayrimenkul Satış vaadine ilişkin hükümler (BK m22,213,214, TMK m 706, 716 vs.) dikkate alınır, ancak kayıtsız ve şartsız olarak doğrudan uygulanmaz. Çift tipli Karma sözleşme olması nedeni de budur. Yani, birincisi istisna akti, ikincisi Gayrimenkul Satış Vaadi olan iki ayrı tipteki sözleşmenin birbirinin karşılığı olacak şekilde bir araya gelmesi ve tek sözleşmede iki sözleşme tipine ait unsurların birbirine bağımsızlıklarını yitirerek karışması söz konusudur. Gerçekten bu sözleşmeler, bağımsızlıklarını koruyamamakta ve her sözleşmeye kendine ait hükümlerin uygulanmasıyla da uyuşmazlıklar çözülememektir²². Örneğin, eser yapma sözleşmesi bir şekilde tabi olmadığı için, sözleşmede eserle ilgili hükümlerin değiştirilmesinin de (örneğin teslim süresinin kısaltılması, müteahhidin borcu ile ilgili cezai şart kabul edilmesi vs), resmi şekilde tabi olmadığı ileri sürülemez. Çünkü, satım vaadi sözleşmesinin karşılığı olan bedelin resmi senette gösterilmesi zorunluluğu vardır. Görüldüğü gibi, taşınmaz satımına dair sözleşme istisna akdinin geçerliliğine tesir ederek onun da resmi şekilde yapılmasına neden olmaktadır. Yine satım vaadi ani edimli bir sözleşme ve dolayısıyla bu sözleşmenin sonlandırılması geriye etkili sonuç doğurmasına rağmen, inşaat yapımının süreye yayılması ve inşaatın sökülüp götürülememesi nedeniyle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sonlandırılması, bazı hallerde ileriye etkili sonuç doğurabilmektedir. Burada da, istisna sözleşmesinin, satım vaadi sözleşmesini etkilemesi söz konusudur. Yine sözleşmeden dönmede taşınmazın aynı ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olduğundan, dönme ile ilgili

²⁰ YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2002, s.23 vd., ss. 507-508 ; ERMAN ss.4-7 “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren, iki tipli-karma bir sözleşmedir.”, YHGK 19.3.2003, 2003/15-124,175, www.kazanci.com.tr.

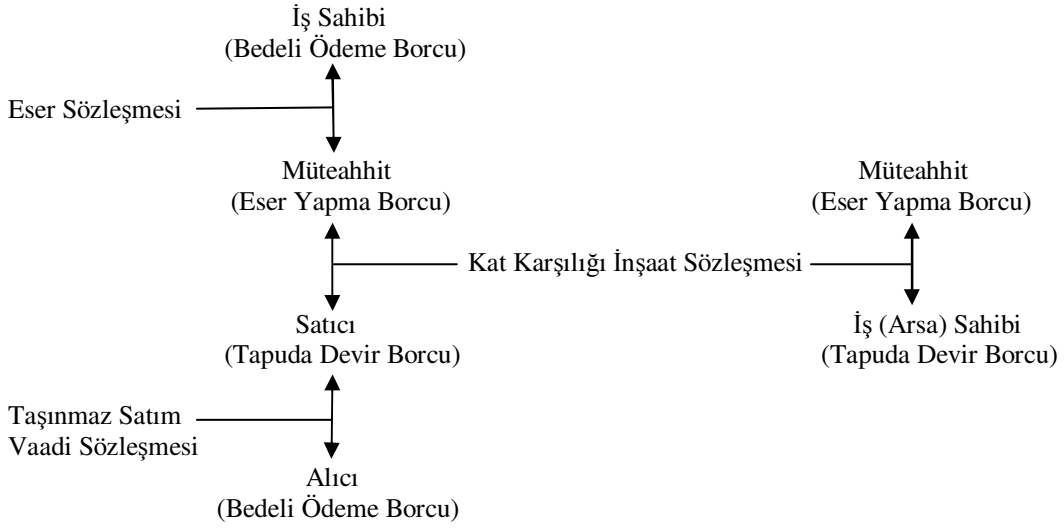
²¹ ERDENK, Erdem, İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler, İstanbul, 2008 s. 44.

²² KARTAL s. 23-28.

kararın kesinleşmeden infazı mümkün değildir. Bunun yanında, sözleşmeler birbirleriyle bağımsızlıklarını yitirecek şekilde karışmış olmakla beraber, kendi unsurlarını da içinde barındırdıklarından, uyuşmazlıkların çözümünde, birbirine karışan sözleşmelerin nitelikleri ve özellikleri dikkate alınacaktır.

Bu iki sözleşme tipine ait kurallar birbiri ile çelişirse, karşılıklı çıkarların denkleştirilmesi ile hakkaniyete uygun çözüme gidilir.²³

Sözleşme ilişkisini aşağıdaki gibi şemalaştırabiliriz.



2- Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir.

Müteahhidin inşaat yapma borcunun karşılığında, arsa sahibi de arsa paylarını devir borcu altına girmekte, karşılıklı borç ve alacak ilişkisi doğmaktadır.

Bu nedenle Borçlar Kanununun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle ilgili maddeleri uygulanır (Ör. BK m 81,82,106,107 gibi).

3- Ani Veya Sürekli Edimli Bir Sözleşme Olma Niteliği Tartışmalıdır.

Müteahhit bir sonucu gerçekleştirme borcu altına girdiğinden ani edimli sözleşme söz konusudur.²⁴ Ancak müteahhidin ediminin zamana yazılı olması nedeniyle, sürekli edimli borç ilişkisinin oluştuğuna dair görüşlerde vardır.

Bu tartışmaya sözleşmenin feshi ile ilgili bölümde girilecektir. Ancak ani-sürekli edimli sözleşme ayrımının önemi sözleşmeden dönme durumunda ortaya çıkmaktadır.

Ani edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönülmesi halinde (Ör. satım akdinde satılan malın bedelinin ödenmemesi nedeniyle satıcının sözleşmeden dönmesi durumunda), istisnai hükümler hariç, dönme geriye etkili sonuç doğurur ve taraflar verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilirler.

²³ ERMAN s. 7 ; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C I/1 , İstanbul, 1988, s. 75.

²⁴ SELİMOĞLU, Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, s. 686.

Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesinin ani edimli olduğu kabul edilirse mal sahibinin haklı nedenle sözleşmeden dönmesi durumunda müteahhit, daha önceden üzerine geçirdiği arsa paylarını mal sahibine iade edecek, mal sahibi de dönme zamanına kadar yaptığı işin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre saptanan bedelini (yani müteahhitlik karı düşülmüş veya malvarlığına katılmış objektif değerini) müteahhide ödeyecektir. Buna dönme veya geriye etkili sona erme diyoruz.

Sürekli edimli sözleşmelerde ise (Ör. Kira, hizmet, Ticari mümessillik gibi) sözleşmenin feshi (Ör. Kira sözleşmesinde Kiracının kira parasını ödememesi durumunda kiralayanın sözleşmeyi feshi) ileri etkili sonuç doğurur. Kiracının kiralananı kullanma ediminin iadesi söz konusu olamayacağından kiracı fesih nedeni ile ödediği kiralaları geri isteyemez.

Kat Karşılığı İnşaat sözleşmelerinde ise fesih durumunda; müteahhit yaptığı işin bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre nakit olarak değil, inşaatı bitirdiği oranda hissesine düşen arsa payını veya bağımsız bölümü arsa sahibinden talep edecektir. Böylece arsa sahibinin de müteahhidin yaptığı iş için müteahhide ücret veya bedel ödemesi söz konusu olmayacaktır.

Kural olarak Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sonlandırılması geriye etkili sonuç doğurur. Ancak 25.1.1984 Tarih, E:1983/3,K:1984/1 sayılı YİBK ile olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK m 2'ye dayanılarak sözleşmenin feshinin söz konusu olabileceği öngörülmüştür.

Yargıtay'a göre inşaatın %90'ını bitirmiş bir müteahhit hakkında sözleşmeden haklı nedenle geriye dönülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Çünkü dönme durumunda müteahhide o zamana kadar yaptığı işin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre saptanan bedeli, yani karsız maliyeti arsa sahibince ödenecektir. Dolayısıyla inşaatın büyük bir kısmını bitirmiş müteahhit açısından adalete ve hakkaniyete aykırı bir durum oluşacaktır.

Ancak sona ermenin ileri yada geriye yönelik sonuçları olacağına dair sözleşmeye konacak hükümler tarafları bağlayıcı olacaktır.

Sona ermenin sonuçlarının nasıl ve ne şekilde belirleneceği hususları ileriki bölümlerde detaylı olarak değerlendirilecektir.

4- İvazlı ve Borçlandırıcı Bir Sözleşmedir.

İvaz Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin esaslı bir unsuru olup, müteahhit tarafından inşaat yapımının ve tesliminin veya arsa sahibince arsa payının tapuda müteahhide devrinin ivazsız olarak taraflarca yüklenilmesi durumunda kat karşılığı sözleşme yapılmış olmaz. Ancak bir bağışlama veya bağışlama vaadi yada daha başka bir sözleşme söz konusu olur.

Arsa sahibi taşınmaz devrini, müteahhitte, inşaat yapmayı ve inşaatı teslim etmeyi borçlanmaktadır.

5- Rızai Bir Sözleşmedir.

Sözleşmenin kurulması için arsa sahibi ile müteahhidin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekir.

Bugünkü hukukumuzda hakim olan genel ilkelerden biri de “sözleşmelerin rızailiği ilkesi”dir. Bir akdin kuruluşunda, değiştirilmesinde ve sona erdirilmesinde taraf iradelerinin (rızalarının) uyuşması yeterlidir.

Rıza sözcüğü, BK. Madde 1’de geçmekte ve “İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akdin tamamlanacağı” ifade edilmektedir.

Rızai sözcüğü, “rıza ile ilgili; razı olmakla ilgili” anlamına gelmekte, rızai akitlerden ise; “ tarafların birbirlerine uygun biçimde iradelerini açıklamaları ile sonuç doğuran akitler (sözleşmeler)” kastedilmektedir.²⁵

Tarafların irade beyanları birbirine uygun olmalıdır. İrade beyanlarından uygunluğundan amaç ya gerçek, tabii iradelerin fiilen ya da beyanların anlam (içerik) itibariyle birbirine uygun olmasıdır. İrade beyanlarının birbirine uygunluğunu kısaca “ uygunluk= uyuşma = anlaşma = konsens” adı verilir. Uygunluk sözleşmenin kurucu unsurları arasında yer alır.²⁶

Rızai akitlerin bugünkü gelişme seviyesini yakalayabilmek için, bu kavramın karşıtı olan “ayni akitlerin” Roma Hukukundaki yeri araştırılmalıdır. Örneğin; mutuum (ödünç veya karz), commadatum (ariyet), depozitum (vedia) ve pignus (rehin) akitleri, Roma Hukukunda rızai akit değil, ayni akit olarak kabul ediliyor ve akdin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı rızası (consensus’ u) yeterli olmuyor, buna ilaveten akdin konusu olan malın teslimi (+ res) şart kılınıyordu. Diğer anlatımla, res öncesine kadar tarafların karşılıklı rızaları, akdin ön hazırlıkları anlamını taşıyor ve tarafları borç altına sokmuyordu. Bununla birlikte alım - satım (emptio venditio), kira, hizmet, istisna, vekalet ve şirket akitleri Roma Hukukunda da rızai akitler arasında yer almaktaydı.

Günümüzde borç ilişkisinin oluşumu, maddi bir fiilin yani teslim olgusunun varlığı gerekmeksizin, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin beyan edilmesine dayanır. Hukukumuzda borç sözleşmelerinin hemen hemen hepsi rızaidir. Ancak rızailik ilkesinin de bazı istisnaları vardır. Örneğin Ticaret Kanunu 768/I’e göre eşya taşınma sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının yanında taşınacak eşyanın taşıyıcıya teslim edilmesi de zorunlu bir unsur olarak aranmaktadır.²⁷

Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin içinde yer alan eser ve gayrimenkul (pay) satış vaadi sözleşmeleri de, rızai akitlerden olup, akdin kurulabilmesi için tarafların uygun iradeleri (consensus) yeterli olup, akdin konusunu teşkil eden eşyaların fiilen teslimine (res) gerek bulunmamaktadır.

6- Resmi Şekle Tabi Bir Sözleşmedir.

Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesi eser sözleşmesi ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden oluşan çift tipli karma bir sözleşmedir demiştik.

Eser sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabii tutulmamışken, gayrimenkul satışı veya satış vaadi sözleşmesi MK m 706, BK m213, Tapu Kanunu m 26, Noterlik Kanunu m 60 ve m 89 gereğince resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.²⁸ Şekil unsuru aşağıda detaylı olarak irdelenecektir.

²⁵ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1986.

²⁶ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1994, s.205.

²⁷ AKİPEK, Şebnem / KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2000, s. 34.

²⁸ SELİÇİ, Özer, İnaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, ss. 14-15.

7- Götürü Bedelli Bir Sözleşmedir.

Sözleşme ile arsa sahibine kalacak inşaat ve müteahhide verilecek taşınmaz başlangıçta belirlenmiş olduğundan BK m 365 kapsamında götürü bedelli bir sözleşmenin varlığı söz konusudur.

Bedelin götürü kararlaştırılması özellikle, bedelin arttırılmasının istenememesi ve Katma Değer Vergisi sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır. Götürü bedelli işlerde aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça KDV den müteahhit sorumludur.²⁹ Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde KDV den müteahhit sorumlu olur³⁰.

1.2 BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

1.2.1 Bedel Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Farkı

Eser (istisna) sözleşmesi BK m 355-371 arasında düzenlenmiştir. Bedel karşılığı inşaat sözleşmesi de eser sözleşmesinin bir türüdür. Doktrinde buna “inşaat sözleşmesi” denilmektedir. Eser sözleşmesi ile ilgili hükümlerin tümünün doğrudan kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanması söz konusu değildir.

Bedel karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle tabi olmadığı halde kat karşılığı inşaat sözleşmeleri tapuda pay devrini öngördüğünden resmi şekle tabidir.

Bedel karşılığı olan inşaatlarda, müteahhidin alacağı ücret genelde bir para borcudur. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin alacağı taşınmaz devridir.

Bedel karşılığı inşaatlarda, iş sahibi sözleşmeden döndükten sonra, müteahhidin aynen ifade ısrar etmesi güçlük yaratır. Çünkü, yapacağı işin bedelini alamayan veya almasında zorlukla karşılaşacak müteahhidin işe devam etmesi beklenemez. Bedel karşılığı inşaat yapımında müteahhidin amacı, imalatın bedelini almaktır. İş sahibi haksız olarak sözleşmeden döndüğünde, müteahhit, müspet zararının tazminini yoluyla bu amacına rahatlıkla ulaşabilir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise tapuda pay devrinin söz konusu olması nedeniyle arsa sahibinin tek taraflı dönme beyanına değer verilmemekte, tarafların iradesinin dönme üzerinde birleşmemesi durumunda, bu konuda mahkemeden yenilik doğuran bir karar alınması zorunluluğu getirilmektedir. Dolayısıyla arsa sahibinin tek taraflı dönme beyanına karşı müteahhidin aynen ifade ısrarı, bedel karşılığı inşaat sözleşmelerine kıyasla daha kolay olmaktadır. Sonuç olarak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, dönmede haksız olan iş sahibini aynen ifaya zorlamak daha kolaydır.

Bedel karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönme, geriye etkili sonuç doğurur, müteahhit bedel olarak ancak para isteyebilir. Oysa, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, olayın özelliğine göre ileriye etkili sona erebilir. Bu durumda, müteahhidin yapılan işle orantılı ücreti, taşınmaz olarak verilir.

²⁹ KOSTAKOĞLU, s. 818-819.

³⁰ Y. 15. HD. 15.10.2003 4424/4772 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 8.10.2003, 1249/4611 ; Y.15. HD. 10.10.2002 2609/4538, www.kazanci.com.tr.

Bedel karşılığı inşaat sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklarda BK m 355 ve devamındaki hükümler doğrudan uygulanırken, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, BK m 355 vd. yanında, Borçlar Kanunu genel hükümleri de uygulanmaktadır.

Bedel karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin yaptığı inşaatın üçüncü kişilere bağımsız bölüm satması söz konusu değilken, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhitten bağımsız bölüm alanlarla ilgili uyuşmazlıklar önemli bir yer tutmaktadır.

Bedel karşılığı inşaatlarda sözleşmenin tapuya şerhi mümkün değildir. Kat karşılığı sözleşmeler bakımından ise böyle bir imkan vardır (TMK m 1009).

1.2.2 Trampa Sözleşmesinden Farkı

30 nolu Katma Değer Vergisi Tebliğinde³¹ ; arsa karşılığı inşaat işinde iki ayrı teslimin bulunduğu, bunlardan birincisinin arsa sahibi tarafından müteahhide teslimi, ikincisinin de müteahhit tarafından arsaya karşılık olarak arsa sahibine verilen konut veya işyeri teslimi olduğu belirtilmiştir. KDVK m 2/5 'de "trampa iki ayrı teslim hükmündedir" denilmektedir.

Trampa BK m 232 ve 232 de düzenlenmiş olup, 232. maddede satım hükümlerinin trampada da uygulanacağı belirtilmiştir.

Trampada mala karşı mal verme söz konusudur.³² Oysa kat karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin edimi, bir işgörme, eser meydana getirmedir. Ayrıca kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, genel olarak imal edilen eserin taraflar arasında paylaşımı söz konusudur. Yapı ve arsanın birbirinden ayrılması durumu yoktur.

Müteahhidin imal faaliyetinde bulunmaksızın, başka bir yerden, inşaat halinde değil de, bitmiş şekilde bağımsız bölüm vermesi ve karşılığında arsa sahibinin arsasının tamamını alması durumunda trampa sözleşmesi gündeme gelebilir. Trampanın ani edimli nitelikte bir sözleşme olduğu görülmektedir.

1.2.3 Satım Sözleşmesinden Farkı

Satım sözleşmesinde, mala karşı para verilmesi söz konusudur. Oysa kat karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların birbirlerine karşı bir para borcu söz konusu değildir.

Satım sözleşmesi kural olarak ani edimlidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin ediminin usun bir süreç içinde gerçekleşmesi nedeniyle ani mi yoksa sürekli mi borç ilişkisi doğurduğu hususu tartışmalıdır.

³¹ 16.12.1988 tarih ve 20021 sayılı RG.

³² HATEMİ Hüseyin /SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s.133

Aksine sözleşme veya adet yoksa, satımda taraflar edimlerini birlikte ifa ile zorunludurlar (BK m 182/2). Oysa kat karşılığı sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, müteahhidin öncelikle eseri teslim etmesi gerekir (BK m 364).

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, satım sözleşmesi ile ilgili hükümler bulunmaktadır (BK m 182-217).

Satım sözleşmesinde bir eser meydana getirme unsuru yoktur. Satım sözleşmesi temlik borcu doğurur.³³ Oysa, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yapılacak binanın imaline ilişkin dava edilebilir bir borç söz konusudur.³⁴

Sonuç olarak satım sözleşmesinde satılanın teslimi ve mülkiyetinin geçirim borcu ağır basarken, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatın ortaya çıkarılması (imal) unsuru daha ağır basmaktadır.³⁵ Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi içinde arsa sahibinin tapuda pay geçirim borcunun bulunduğu dikkate alındığında, bu borç bakımından taşınmaz satımı ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olabilecektir.

1.2.4 Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı Sözleşmesinden Farkı

Başbakanlık tarafından yayımlanan Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa , Sınırlı Ayni Hak Tesisi Ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği'nin³⁶ 4/ç maddesinde ; Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı:

“Gelirin, şartnamede tanımlanması kaydıyla, İdarenin maliki bulunduğu arazi ve/veya arsada, İdarenin uygun göreceği proje uyarınca, müteahhidin proje maliyetinin tamamını karşılayacağı inşaat veya inşaatların bölümlerinin satışından sağlanacak gelirin, sözleşmede belirlenen esaslara göre İdare ve müteahhit arasında paylaşılmasını ifade eder.”

şeklinde tanımlanmaktadır. Tanıma göre, TOKİ'nin sahip olduğu taşınmaz üzerine müteahhit tarafından bina yapılacaktır. Müteahhidin bu faaliyeti bakımından bir eser meydana getirme borcu mevcuttur. Ayrıca müteahhit tarafından inşa edilecek bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satımından elde edilen gelirin paylaşımı söz konusudur. Bu da taraflar arasında bir ortaklık (şirket) sözleşmesinin bulunduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, arsa karşılığı gelir paylaşımı sözleşmesi, eser ve ortaklık sözleşmelerinin bir araya gelmesi ile oluşan karma bir sözleşmedir. TOKİ'nin arsayı ayıpsız ve noksansız teslim etmesi ve müteahhidin eser meydana getirme borcu bakımından BK m 355 vd. hükümleri, satılan bağımsız bölümlerden elde edilen gelirin paylaşılması ile ilgili uyuşmazlıklarda ise, BK m 520 vd. hükümleri kıyas alınacaktır. Ancak bunların mustakil olarak uygulanması mümkün değildir. Çünkü, müteahhit inşaatı, büyük ölçüde yaptığı bağımsız bölümlerin satışından alınan para ile ikmal etmektedir. Bağımsız bölümlerin satış hasılatı ile eserin yapılması arasında sıkı bir bağ vardır. Dolayısıyla ortaklık sözleşmesine göre eserin imali söz konusu olup, bina inşaatı, satılan bağımsız bölümlerden elde edilen hasılat ve gelirle gerçekleştirilmektedir.

³³ YAVUZ, s. 44 vd. ; TANDOĞAN, C I, s. 78 vd.

³⁴ TANDOĞAN, C II, s. 42

³⁵ KARAHASAN, Mustafa Reit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C I-II-III, İstanbul, 1997, (İnşaat), C I, s. 184.

³⁶ 3.5.2006 tarih ve 26157 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş atipik sözleşmedir.³⁷ Arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı (kısaca gelir paylaşımı) sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş atipik bir sözleşmedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde bir ortaklık veya gelirin paylaşımı söz konusu değildir.

Ayrıca kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin amacı kendisine bağımsız bölüm teslimidir. Gelir paylaşımı sözleşmesinde ise arsa sahibi olan İdare, bağımsız bölüm yerine bunların satımından elde edilecek gelirden pay almayı amaçlamaktadır.

Gelir paylaşımı sözleşmesinde müteahhide tapuda bir pay devri söz konusu değildir. Müteahhit bağımsız bölümlerin satım parası üzerinde, sözleşme koşullarına göre hak sahibidir.

Tarafların birbirine mülkiyetin naklini geçirme borcu bulunmadığından, gelir paylaşımı sözleşmenin resmi şekle tabi olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, taraflar arasındaki sözleşmede, iş sahibinin sözleşme şartları dahilinde daire satın almak isteyen kişiye tapuda intikal yapma borcunun bulunduğu öngörülmesi durumunda, resmi şekle tabi bir sözleşme söz konusu olur.

Bundan başka kat karşılığı inşaat sözleşmesine benzer bir çok atipik sözleşme yaratılması mümkündür. Örneğin; arsa sahibinin gelir değil de, hasılatın paylaşımı şeklinde "Arsa Karşılığı Hasılat Paylaşım Sözleşmesi" ya da arsa sahibinin hem belli bağımsız bölümleri, hem de gelir veya hasılatın paylaşımı şeklinde "Arsa Payı (Kat) Karşılığı İnşaat ve Gelir (Ya da Hasılat) Paylaşım Sözleşmesi", müteahhit tarafından yapılacak binanın yönetilmesi ve binadaki Bağımsız bölümlerin kiralanması ve bu işler için kurulacak şirkete paylaşım oranında tarafların ortak olunması şeklinde "Arsa Karşılığı Yapı İşletme Ortaklığı Sözleşmesi", arsa üzerine yapılacak devre mülklerin (tatillerin) paylaşılması veya işletilmesi ortaklığı şeklinde "Arsa Karşılığı Devremülk Yapım veya İşletme Ortaklığı Sözleşmesi", uzun süreli kiralama, yap-işlet-devret, üst hakkı tesisi ve benzeri sözleşmelerin inşaat yapım veya arsa devri sözleşmesi ile birlikte yer aldığı atipik sözleşmeler gibi sonsuz şekilde sözleşme tipleri yaratılabilir. Bunlardan, yap-işlet-devret ile üst hakkı kıyaslaması ayrı başlık altında aşağıda yapılmıştır.

1.2.5 Yap – İşlet – Devret Sözleşmesinden Farkı

Bu sözleşme, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun³⁸ ile gündeme gelmiştir.

Yap-İşlet-Devret Modeli: "İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak" ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder (3996 s. K. m 3/a).

³⁷ YAVUZ, s.23 vd., ss. 507-508 ; ERMAN ss. 4-7 ; KARTAL, ss. 25-26 ;

³⁸ RG: 13.6.1994, Sayı: 21959.

Yapılacak sözleşmelerde sermaye şirketinin veya yabancı şirketin yapım ve işletmesini üstleneceği yatırım ve hizmetin süresinin belirlenmesinde yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınır. Sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz (3996 s. K. m 7).

Sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer (3996 s. K. m 9).

Yap-işlet-devret modelini inşaat sözleşmelerine uygulayarak karşılaştırmayı yapalım. Arsa sahibi çok büyük ve işlek bir yerde olan arsasını bir şirkete vermiştir. Bu şirket arsa üzerine içinde dükkanlar bulunan bir alışveriş merkezi yapacak ve bu merkez faaliyete başladıktan itibaren 20 yıl boyunca elde edilecek tüm kira, işletme gelirleri şirkete ait olacak ve giderler de şirket tarafından karşılanacak ve 20 yıl sonunda da, tüm işmerkezi arsa sahibine işler vaziyette ve bedelsiz olarak terk edilecektir.

Aynı arsa sahibi şirket ile kat karşılığı sözleşme yaptığında ise, inşa edilen 200 dükkandan 80 tanesinin mülkiyetini kazanacaktır.

Her iki sözleşmede de inşaatı şirket yapmakla birlikte, sözleşmelerin hüküm ve sonuçları bakımından önemli farklılıklar mevcuttur.

Yukarıdaki somut örnek kapsamında iki sözleşmeyi kıyaslarsak; kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yap-işlet-devret sözleşmesinden farklı olarak; inşaatın tamamlanmasından sonra, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin arsa sahibi adına tescili ile arsa sahibinin tasarrufuna geçtiği görülür. Müteahhide kalan bağımsız bölümler de onun adına tescil edilir. Dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesinde mülkiyet devri ön plandadır.

Oysa, yap-işlet devret modelinde, inşaat bittikten sonra yapılan tesisin uzun bir süre şirket tarafından işletilmesi söz konusudur. İşleten şirkete bir mülkiyet devri yapılmamaktadır. Mütemmim cüz kuralı gereğince, yapılacak tesisler arsa sahibinin mülkiyetindedir. Ancak, arsa sahibinin bu işletme devresinde tesiste tasarrufta bulunması mümkün değildir. Mülkiyet devrinin söz konusu olmaması nedeniyle bu sözleşmenin resmi şekilde yapılması zorunluluğu olmadığını düşünüyorum.

Sonuçta yap-işlet-devret sözleşmesinde yapılan imalatın belli bir süre işletilmesinden elde edilecek gelir ile inşaatın maliyetinin karşılanması ve kar elde edilmesi amaçlanırken, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yapılacak inşaatın kalacak bağımsız bölümlerin satılması ile inşaatın finansmanının sağlanması ve kar elde edilmesi amaçlanmaktadır.

Yukarıda anlatılanlara göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesi satım vaadi ve istisna akdinden oluşan bir karma sözleşme iken, yap-işlet-devret sözleşmesi istisna akdi ve hasılat kirası sözleşmesinden (BK m 270) oluşan karma bir sözleşmedir. İşletme döneminde, hasılat kirasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilecektir.³⁹

Ayrıca yap-işlet-devret sözleşmesi genellikle idare ile yapılmaktadır. Özellikle özelleştirme uygulamalarında enerji, ulaşım, temel altyapı yatırımları ve devletin iktisadi

³⁹ YERLİKAYA, Gökhan Kürşat, Yap – İşlet – Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Ankara, 2002, ss. 150-151 ; Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 19.6.1996 , Ankara, s. 12.

faaliyet alanında yap-işlet-devret modeli ön plana çıkmaktadır.⁴⁰ Fakat özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir (3996 s. K. m 5). Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de idare ile yapılması mümkündür. Ancak yap-işlet-devret sözleşmesinde öngörülen işletme devresinin uzunluğu nedeniyle, bu sözleşmenin özel kişiler arasında yaygın olarak yapılmadığı görülmektedir. Zaten Kanunda da bu sözleşmenin idare ile yapılmasına yönelik düzenlenmeler vardır.

Yap işlet devret sözleşmesi, içinde üst hakkı yer alacak şekilde kurulabilir.⁴¹ Bu durumda, yap işlet devret sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekir.

1.2.6 Üst Hakkından Farkı

Üst hakkı, TMK m 826-836 arasında düzenlenmiştir. Bir taşınmaz maliki, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabilir. Üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir. En az otuz yıl için kurulan üst hakkı, sürekli niteliktedir (TMK m 826).

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar şahsi niteliktedir. Üst hakkının ise sınırlı ayni haktır. Bu nedenle bir şahsi, diğeri ayni nitelikte sonuçlar doğuran iki sözleşme söz konusudur.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda düzenlenmemişken, üst hakkı TMK da düzenlenmiştir.

Üst hakkında, arsa üzerine yapılan yapının, belli bir süre yapan kişinin mülkiyetine geçmesi söz konusudur. Sürenin sona ermesi ile yapının mülkiyeti arsa sahibine geri dönmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ise mülkiyetin bir kısmının bir süreye bağlı olmaksızın inşaatı yapana devri söz konusudur.

Üst hakkı tesis edilen binadaki bağımsız bölümler üzerinde kat irtifakı kurulması mümkün değildir. Oysa kat karşılığı inşaat sözleşmesinde genellikle, binadaki bağımsız bölüm paylaşımı kat irtifakı kurularak sağlanmaktadır. Kat irtifakında arsa ile yapının bir bölümü üzerindeki mülkiyet tamamen birbirinden ayrılmamıştır. KMK m 16 da, kat maliklerinin anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik oldukları açıkça belirtilmiştir. Üst hakkında, arsa ile yapı üzerindeki mülkiyet hakkının birbirinden ayrılması amacı taşınmaktadır.⁴²

Yukarıdaki hususlar, TMK m 726 da ; bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin, irtifak hakkı sahibine ait olacağı, bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasının, Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olduğu ve bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamayacağı şeklinde belirtilmiştir.

⁴⁰ POLATKAN, Vahit, Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslar arası Tahkim, Ankara, 2000, s. 73

⁴¹ OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 2009, İstanbul, s. 694

⁴² GÜRZUMAR, ss. 95-96.

1.3 SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ

1.3.1 Resmi Şekil Zorunluluğu

Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesi eser sözleşmesi ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden oluşan çift tipli karma bir sözleşmedir. Eser sözleşmesi herhangi bir şekle şartına tabii tutulmamışken, gayrimenkul satışı veya satış vaadi sözleşmesi TMK m 706, BK m 213, Tapu Kanunu m 26, Noterlik Kanunu m 60 ve m 89 gereğince resmi ve düzenleme şeklinde yapılmadıkça geçerli olmaz.⁴³ Arsa sahibinin satım vaadinin karşılığında aldığı bedelin resmi senette gösterilmesi gerekir⁴⁴. Bu bedel ise müteahhidin inşaat yapma borcuna karşılık geldiğinden, inşaat sözleşmesinin de resmi senede bağlanması zorunluluğu doğmaktadır.⁴⁵

TMK m 706 da; taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olmasının, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlı olduğu, BK m 213 de; taşınmaz satım vaadinin resmi senede bağlanmadıkça geçerli olmayacağı, Tapu Kanunu m 26 da; mülkiyete ilişkin resmi senetlerin tapu sicil müdürleri veya memurları tarafından tanzim edileceği, Noterlerce düzenlenen satım vaadine ilişkin sözleşmelerin tapuya şerh edilebileceği, Noterlik Kanunu m 60/3 de; noterlerin görevlerinden birinin de, taşınmaz satım vaadi sözleşmesi düzenlemek olduğu, m 89 da taşınmaz satım vaadinin düzenleme şeklinde yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁶ BK m 11/2 gereği de; kanunda öngörülen şekilde yapılmayan sözleşme geçersizdir.

BK m 22 de, bir akdin ilerde inşa edilmesine dair yapılan sözleşmenin geçerli olduğu, kanunun iki tarafın menfaatleri için bu akdin geçerliliğini bir şekle tabi kıldığı takdirde, bu şeklin o akdin yapılması taahhüdüne de uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla satış vaadi sözleşmesinin “ön sözleşme” niteliği dikkate alındığında, resmi şekle tabi olduğu sonucuna varılır. Bu sonuç şu şekilde de desteklenebilir. Tapu Kanununun 26. maddesinde mülkiyet ve aynı haklara ilişkin senetlerin tapu sicil müdürlüklerince düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu 26. maddede; TMK m 838 (EMK m 753) de belirtilen diğer sınırlı aynı hakların vaadi ile ilgili resmi senetlerin tapu sicil müdürlüklerince tanzimi öngörüldüğünden, çoğun içinde azda vardır düşüncesiyle, mülkiyet hakkının devrinin vaadine dair senetlerin de resmi olması gerekir.

⁴³ YAVUZ, s. 512

⁴⁴ ÇENBERCİ, s. 58 ; DALAMANLI, Lütfü, Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1986, s. 6 ; ÖZENLİ, Soysal, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1986, s. 109 ; CANBOLAT Selahattin/CANBOLAT Bedrettin, Gayrimenkul Satış Vaadi Davaları, Ankara, 1985, s. 39 ; SURLU, s. 38 vd. , 97.

⁴⁵ “Dava, satım ve inşaat sözleşmesinin feshi ile verilenlerin iadesi işlemlerine ilişkindir. Davaya konu sözleşmenin mülkiyeti nakil borcu içermesi nedeniyle MK’nun 634, BK’nun 213, Tapu Kanununun 26 ve Noterlik Kanununun 60. Maddesi uyarınca resmi biçimde yapılması gerekirken, adi şekilde düzenlenmesi, BK’nun 11. Maddesi uyarınca bu sözleşmeyi geçersiz kılar. Geçerli olmayan sözleşmenin feshinden söz edilemeyeceğinden, taraflar, ancak birbirlerine verdiklerini iade ile yükümlüdür.”, Y. 15. HD. 22.11.2001, 3323/5377, KARATAŞ, s.35 ; Aynı doğrultuda; Y.15. HD. 25.2.1991, 3882/851, KARATAŞ, s.35.

⁴⁶ YAVUZ, s. 513

Yukarıdaki anlatımlardan, satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerektiği sonucuna varılır. Tapu Kanununda bu sözleşmelerin yapılması konusunda, tapu müdürlüklerine bir görev verilmediğinden, tapu müdürlüklerinin, satış vaadine dair sözleşmeyi tanzim etmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyim.⁴⁷ Çünkü Kanunla tapu müdürlüklerine bu konuda açık bir yetki verilmemiştir. Tapu müdürlüğünün işlem yapma yetkisi idari niteliktedir. Tapu idaresinin kuruluş ve görevleri ile memurlarının görevlerinin ise kanunla belirlenmesi gerekir (AY m 123, 128/2). Kıyas veya yorum yoluyla idarenin görevi belirlenemez. Bu durumda işlem yetki yönünden sakat olur. Zaten uygulamada da bu sözleşme sadece noterler tarafından tanzim edilmektedir. 30.9.1988 tarih ve E: 1987/2, K: 2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı⁴⁸ gerekçesinde de;

-“2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi sözleşmesi yapmaya yetkili makam, tapu sicil muhafızı veya memurudur. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini ise, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60/3 ve 89 ncu maddeleri uyarınca, düzenleme biçiminde (re`sen) Noterler yapabilmektedirler.”

denilerek bu durum doğrulanmaktadır.

Tarafların hazırladıkları sözleşmenin, Noter tarafından onaylanması⁴⁹ da sözleşmenin geçerli düzenlendiği anlamına gelmez. Sözleşme Noterlik Kanunu m 90 ve devamında belirtildiği üzere “onaylama” şeklinde değil, m 84-89 arasındaki maddelerde öngörüldüğü üzere “düzenleme” biçiminde yapılmalıdır. “Onaylama” ve “düzenleme” ile ilgili hükümlerin birbirine çok benzediği görülmektedir. Ancak, “düzenleme” de; taraflara tutanağın içindekilerin isteğine uygun olup olmadığı için verilmesi (m 86) ve okuma-yazma bilmeyenler açısından tutanağın noter tarafından bu kimselerin iradesine uygun tanzimi ve bu kimselere okunması (m 87) söz konusudur. Sadece okuma-yazma bilmeyenler bakımından yaratılan farklılık dikkate alınarak, tarafların okuma-yazma bilmesi durumunda, “onaylama” şeklinde yapılmış bir sözleşmeye geçerlilik tanınması gerekir denilebilirse de, düzenleme şeklinde yapılan işlemde; ilgilinin gerçek arzusu hakkındaki beyanı (m 84/3) ve bu beyanın iradesine uygunluğunun doğrulanarak tutanağa geçilmesi (m 86) söz konusudur. Oysa “onaylama” işleminde tarafların sözleşmenin içeriği ile beyanlarının alınması söz konusu değildir. Kaldı ki; Noterlik Kanunu’nun 82/3. maddesinde, onaylama ile ilgili hükümlere göre noter tarafından yapılan imza onaylamasının, onaylanan imzanın ilgiliye ait oluşunu belgelendirme niteliğinde bulunduğu ve hukukî işlemlerin içindekileri kapsamadığı açıkça ifade edilmiştir.

Yine, TMK 703 ve BK m 213 maddelerinde sadece resmi şekilden bahsedildiği ve Noterlik Kanununun 60 ile 82. maddelerinde, bu Kanun hükümlerine göre belgelendirilen tüm işlemler resmi sayıldıkları için, “onaylama” şeklinde yapılan sözleşmenin geçerli olabileceği ileri sürülebilir. Ancak, resmi şekil sadece irade açıklamalarının yazılı olarak resmi memur aracılığı ile düzenlenmesi demek değildir. Resmi şeklin kanunla yetki verilmiş makam

⁴⁷ Doktrinde, Noterlik Kanununa göre gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerini düzenleme konusunda münhasıran noterlere yetki verildiği gerekçesi ile Noterler dışındakilerin bu sözleşmeyi düzenleyemeyecekleri ileri sürülmektedir, VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet/ESMER/Galip, Gayrimenkul Tasarrufları, 2. Bası, İstanbul, s. 38. Aksi görüşte, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 118-119 ; KARTAL s. 34 ; SURLU, s. 114 ; TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, 1994 s. 102. Aksi görüşte olanlar, Tapu Kanunu m 26 uyarınca, taşınmaz satımı yapmaya yetkili olan tapu memurunun, taşınmazın satım vaadine dair sözleşmeyi evveliyetle yapabileceğini savunmaktadırlar. Bu görüşler konusundaki kaynaklar için için bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 321.

⁴⁸ RG: 21.12.1988, Sayı: 2026, www.kazanci.com.tr.

⁴⁹ NK m 90 vd.

tarafından ve kanundaki şekil ve şartlara uygun olarak da yapılması gerekir.⁵⁰ Örneğin Tapu Kanunu m 26 gereği taşınmaz malların mülkiyetinin devrine ilişkin işlemlerin yapılması konusunda sadece tapu sicil müdürlüklerine yetki verilip, bu konuda, noterlere yetki verilmediğinden, bu işlemleri noterlerin yapması mümkün değildir.⁵¹

Aynı şekilde, resmi şeklin yapılma usulü kanunla düzenlendikten sonra, bu usule aykırı olarak resmi memur tarafından yapılacak işlem, resmi şekil şartının yerine getirilmesi anlamına gelmeyecektir. Buna göre; satış vaadi sözleşmesine ilişkin olarak, TMK m 706 ve BK m 213 uyarınca öngörülen resmi şekil konusunda, Noterlik Kanununda, noterlere yetki verildiğinden ve içeriğinin nasıl olacağı özel olarak düzenlendiğinden, resmi şeklin noterler tarafından ve “düzenleme” şeklinde yapılması gerekir.⁵²

Borçlar Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, kanunun geçerlilik şartı olarak aradığı şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersizdir.⁵³ Yargıtay’a göre de, resmi şekil şartının yerine getirilip getirilmediğinin resen hakim tarafından dikkate alınması gerekir.⁵⁴

Resmi olmayan sözleşmenin ifası sırasında, sözleşme şartları ile ilgili bir uyuşmazlıkta, taraflardan biri tarafından şekil bakımından geçersizliğe dair iddia ileri sürülmezken, hakimin bu durumu resen dikkate alması gerektiğine dair Yargıtay görüşü eleştiriyeye açıktır⁵⁵.

Şekle aykırılığın hakim tarafınan resen dikkate alınmaması gerektiğine dair görüş, şekle aykırılığın bir itiraz mı yoksa def i mi olduğu konusuna açıklık getirememektedir. ALTAŞ, şekle aykırılığı maddi hukuk açısından itiraz, usul hukuku açısından ise, def i olarak

⁵⁰ ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK m 358), Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006 s. 78; “Kanunun verdiği yetkiye dayanarak, devletin görevlendirdiği kişinin hukuki işlem ve sözleşmeleri yine kanunun öngördüğü şekil ve şartlara uyarak yapmasına “resmi şekil” denir”.

⁵¹ ALTAŞ s. 80.

⁵² “Taraflar arasındaki sözleşme, taşınmaz satış vaadini de içeren kat karşılığı inşaat yapılmasına ilişkin olup, geçerliği için BK 213, MK 634 ve Tapu Kanununun 26. ve Noterlik K. 60. Madde hükümleri gereğince, noter önünde resen düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Oysa, anılan sözleşmenin imza onayı şeklinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Tarafları bağlamayan bu şekildeki geçersiz sözleşmeye dayanılarak cezai şart ve tazminat ödetilmesi istenemez”, Y. 15. HD 15.11.2001 3091/5233 , Ayrıca; KOSTAKOĞLU, ss.73-74.

⁵³ OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009, s. 126; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 100.

⁵⁴ Şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hangi hallerde hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğunu belirten 30.9.1988 tarih ve E:1987/2, 2 sayılı YİBK (RG: 21.12.1988, Sayı: 2026) gerekçesinde konuyla ilgili olarak aynen ; “Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re’sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re’sen gözönüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti gözönünde tutulamaz. (A. von Tuhr; Oser/Schöenberger; Dr. H. Becker; Prof. Dr. H. Tandoğan; BGE 86 II 400 vd; 92 II 324 vd; 95 II 42 vd; 98 II 316; 104 II 101, 106 II 151; 26.5.1954 gün 8/18 ve 12.4.1944 gün 14/13 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları...)” denilmektedir, www.kazanci.com.tr. Aynı yönde, Y.15. HD. 12.6.1991 536/3137, KOSTAKOĞLU 86-87 ; 30.10.1990 3418/4382, KOSTAKOĞLU s.80.

⁵⁵ KOSTAKOĞLU, Satış vaadi için BK 213. maddesinin ikinci cümlesindeki şekil koşulunun kamu düzeni ile ilgili olmayıp, BK 22/2 maddesinde yazılı olduğu üzere tarafların menfaatini koruma amacına yönelik olduğunu, bu yorumun, şekle uygun yapılmayan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların karşılıklı kısmi edimlerinin ifası halinde sözleşmenin kendileri için bağlayıcı olacağına dair Yargıtay’ın yerleşmiş görüş ve içtihadına da uygun düştüğünü ifade etmektedir, KOSTAKOĞLU, s. 79-82 ; Benzer doğrultuda; ALTAŞ, s.146 vd.

niteleyerek sonuca varmakla beraber bunun kabul edilebilir gerekçesini sunamamaktadır⁵⁶. Oysa, şekle aykırılık iddiası, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurduğundan, her zaman ileri sürülebilmesi ve resen dikkate alınması bakımından defî olarak kabul edilemez.⁵⁷ Bu durumda şekle aykırılık resen dikkate alınabilir. Ancak şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin resen dikkate alınması kadar, bunun dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edip etmeyeceği de resen dikkate alınmalıdır⁵⁸. Sözleşmenin bir kısmının tek tarafı olarak ifa edildiği ve sözleşmenin ifası ile ilgili açılan davada şekil eksikliğinin taraflarca ileri sürülmediği durumda, hakimin resen veya daha sonra bir tarafın talebiyle bu eksikliği dikkate almasının hakkaniyetle bağdaşıp bağdaşmadığının da (TMK m 4) resen dikkate alınması lazımdır. Sözleşmeyi taraflardan birinin kısmen ifa etmesine ve tarafların da sözleşme ile bağlı kaldıkları doğrultusundaki zımnî veya açık irade beyanlarına rağmen, geçersizliğin resen dikkate alınması, hakkaniyetle hüküm kurma ilkesine aykırılık oluşturur.⁵⁹

Hakkın kötüye kullanılmasına dair şartların mevcut olmadığının anlaşılması durumunda ise, örneğin, tarafların edimlerini hiç ifa etmedikleri bir aşamada, hakimin şekil şartına aykırılığı resen dikkate alması mümkündür.

Bir tarafı kısmi ifa halinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesine geçerlilik tanıyan tarafların iradesinin dikkate alınması, tarafların menfaati kadar, kamu menfaatine de uygundur. Çünkü, karma sözleşme niteliğindeki kat karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ve müteahhit dışında, bunlardan bağımsız bölüm satın alan kişilerin haklarını da etkilemektedir. Özellikle, müteahhitlerin kendilerine kalan çok sayıda bağımsız bölümü üçüncü kişilere satışından sonra, kat karşılığı sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğinin resen dikkate alınması durumunda, doğacak uyuşmazlıkların boyutu nedeniyle, kamu düzeninin bozulması ve yargının iş yükünün artması söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay, müteahhidin, 3. şahıslara yaptığı harici satışlara, tarafların, sözleşmenin geçerliliği konusunda uyuşmamaları halinde dahi geçerlilik tanımıştır⁶⁰.

Sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması ve ifası doğrultusunda yorum yapılması gerektiği hususu dikkate alındığında da aynı sonuca varılır.

⁵⁶ ALTAŞ, ss. 146-147.

⁵⁷ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, ss. 369-370.

⁵⁸ ŞEKER, Muzaffer, Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini, LEGAL, 2008/1 s. 53.

⁵⁹ "...sözleşme konusu inşaatın sözleşme hükümlerine uygun olarak tamamlanıp tamamlanmadığı, böylelikle davalıların edimlerini yerine getirmiş olduklarının tespiti halinde artık şekil şartına riayet edilmediğine dayanılarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin MK. m.2'ye aykırı olacağı ve bu nedenle davalıların haksız müdahalelerinden bahsedilemeyeceği gözetilerek davanın yine değişik bu gerekçeyle reddedilmesi, inşaatın tamamlanmamış ve edimlerin yerine getirilmemiş olması halinde ise davalılar bu korunmadan yaralanamayacakları ve dairemizce de aktin geçersizliğinin kural olarak saptandığı nazara alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davanın mahiyetinde ve netice-i talepte yanılığa düşülerek, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.", Y. 15. HD. 17.3.2003 267/1342, YDD, 2003/9, s. 119 vd.

⁶⁰ "Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimin M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi.", YİBK 30.09.1988 E: 1987/2, 2, RG: 21.12.1988, Sayı:2026, www.kazanci.com.tr.

Kaldı ki, şekle aykırı sözleşme, TMK m 2 uyarınca, tarafların karşılıklı ve kısmen edimlerini veya taraflardan birinin edimini tamamen yerine getirmesi ile geçerli hale gelebilirken, bir taraflı kısmi ifade, tarafların karşılıklı ve zımni veya açık kabulü ile evveliyetle geçerli olabilmelidir.

Özellikle, resmi senet düzenlenirken oluşan şekil eksikliğinin, bir taraflı kısmi ifade, tarafların sözleşmenin geçerliliği konusundaki iradesine rağmen resen dikkate alınması hiç mümkün olmamalıdır. Örneğin, resmi senette işlemin yapıldığı yerin yazılmamış olması, noterin mührünün veya imzasının olmaması, tanıklardan birinin sonradan ehliyetsiz olduğunun anlaşılması, sözleşme içindeki hususların ilgililerin isteğine uygun olduğunun yazılmamış olması, hatta taraflardan birinin ya da ikisinin imzasının alınmamış olması gibi durumlarda da, tarafların sözleşmenin geçerliliği konusundaki iradelerine itibar edilmelidir.

Yargıtay bir kararında⁶¹, tek taraflı kısmi ifanın söz konusu olduğu ve yargılama aşamasında ileri sürülmeyen ve resen de dikkate alınmayan şekil noksanlığının temyiz ve karar düzeltme aşamasında da dikkate alınmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Kararda inşaatın kaba inşaatının bittiği belirtilmektedir. Bir başka anlatımla, müteahhit inşaatı %40 seviyelerine getirmiştir. Tarafların da sözleşmenin geçersizliği konusunda bir iddiaları yoktur. Bu durumda sözleşmenin geçerli hale geldiği, geçersizliğin resen dikkate alınması gerektiği kadar, bunun dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturup oluşturmadığının da resen dikkate alınarak sonuca ulaşılması daha doğru olurdu.

1.3.2 Şekle Aykırı Sözleşmenin Yerine Getirilmiş Edimler Bakımından Hukuki Sonuçları

Sözleşmenin geçersiz olması durumunda, geçersiz sözleşmenin ifası istenemez. Geçersiz sözleşmenin ifasından kaçınmak da borca aykırılık ve bir kusur teşkil etmez. Geçersiz sözleşme nedeniyle, sözleşmenin ifasına bağlı gecikme tazminatı, zarar- ziyan, gecikme cezası, ayıplı—eksik iş bedeli gibi taleplerde bulunulamaz.⁶² Geçersiz sözleşmenin feshi, iptali vs. için de dava açılmaz. Ancak sözleşmenin geçersizliğinin tespiti istenebilir.⁶³

⁶¹ "...yerel mahkeme gerek ilk, gerekse direnme kararında, taraflar arasındaki sözleşmenin, geçerli olduğunu benimsemek suretiyle sonuca varmış ve her iki karar sadece davalı tarafından temyiz edilmiş ve özellikle şekle aykırılık yönünden bir temyiz nedeni ileri sürülmemiştir. Hukuk Genel Kurulunun bu durumda direnme kararını Özel Dairenin dahi geçerli olarak kabul ettiği sözleşmeyi şekil eksikliği yönünden geçersiz saymak suretiyle mümeyyiz davalı aleyhine sonuç doğuracak şekilde bozması kazanılmış hakların ihlaline neden olacaktır.", YHGK 17.2.1984, 1983/359, 121, www.kazanci.com.tr.

⁶² Y.15.HD. 25.2.1991,1990/3882, 851 ; Y. 15. HD. 12.6.1991 536/3137, KOSTAKOĞLU, ss. 86-87.

⁶³ "Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerli olmaları için M.K.'nun 706; B.K.'nun 213, Noterlik Kanunu'nun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca noterde düzenleme biçiminde resmi şekilde yapılmaları gerekir. Bu şekilde yapılmayan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu devri veya işin önemli ölçüde ifası hallerinde de geçerli hale geldikleri kabul edilmektedir. Somut olayda, davacıların murisleri tarafından yapılan 21.09.1995 tarihli sözleşme ile mirasçıları adına yapılan 08.04.2002 tarihli sözleşme noterde düzenleme biçiminde yapılmadığından geçersizdir. Davalı yüklenici şirkete tapu devri yapılmadığından ve inşaatın önemli ölçüde yapılması da söz konusu olmadığından sözleşmelerin geçerli hale geldiklerinden de söz edilemez. Geçersiz bir sözleşme yok hükmündedir. Ortada geçerli bir sözleşme olmadığına göre, böyle bir sözleşmenin feshine de karar verilemez.", Y.15. HD. 11.7.2005, 2004/5895, 4170, YDD, 2005/12, ss. 120-121; Aynı doğrultuda; Y.15. HD. 23.12.2003, 2775/6201, YKD, 2004/4, s. 578 vd. ; Y.15. HD. 23.12.2003 2775/6201, YKD, 2004/4, s. 578 vd. ; Y.15. HD. 30.10.2001 2953/4781, KARATAŞ, s. 57-58 ; YHGK 9.6.1982 15-1613/565, UYGUR, C II, s. 41.

Tarafların birbirine verdiklerini BK m 61 vd. sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmeleri gerekir.”⁶⁴

Sözleşme dışı yapılan işler hakkında uygulanan BK 413 ve devamındaki vekaletsiz iş görmeye dair hükümlerin, hukuken geçersiz sözleşmelere göre yapılan işler hakkında da uygulanmasının adaletli olacağı ileri sürülebilir. Bu düşüncenin temel nedeni, müteahhidin yaptığı imalatın karsız değerinin dikkate alınmasının ve haksız iktisapta uygulanan 1 yıllık zamanaşımının adaletsiz sonuçlar yaratmasıdır.⁶⁵

Ancak vekaletsiz iş görmede, işi yapan kimsenin, lehine iş yapılanın onayı olmadan iş görmesi gerekir (BK m 410). Oysa, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflar arasında başlangıçta geçersiz de olsa bir sözleşme ve bu sözleşmeye istinaden yapılacak işler bakımından tarafların onamı ve rızası vardır. Bir başka anlatımla, vekaletsiz iş görmede, vekalet bulunmaksızın başkası yararına iş görme söz konusu iken, geçersiz kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa sürecinde, edimler, karşılıklı karşılıklı rıza ile yerine getirilmektedir. Daha sonradan sözleşmenin şeklen geçersizliği, tarafların sözleşmenin ifası sırasındaki ifaya rıza ve onamlarının da yok sayılmasını gerektirmez. Bu nedenle, iade taleplerinde vekaletsiz iş görme hükümleri yerine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmalıdır.

Sonuç olarak sözleşme geçersiz olduğundan ve BK m 61. maddesinde de, geçerli olmayan bir sebebe dayanılarak verilenlerin iadesinin gerektiği belirtildiğinden, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadenin yapılması lazımdır.

Burada, taraflar arasındaki sözleşme baştan itibaren geçersiz olduğundan, tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağı dikkate alınarak, zamanaşımı süresi olarak BK m 66 daki 1 yıllık sürenin uygulanması gerekir. Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ile ilgili olarak, önceleri, BK m 66'daki sürelerin uygulanması gerektiğini ifade etmişken⁶⁶ sonradan bu karardan dönmüştür.⁶⁷

⁶⁴ “Şekil yönünden geçersiz düzenlenen akit, yapıldığı andan itibaren geçersiz olup, tarafları bağlamaz. Bu durumda taraflar verdiklerini karşılıklı olarak sebepsiz mal edinme hükümlerine göre geri isteyebilirler.”, Y.15.HD. 5.3.1992, 1991/4787, 1081, KOSTAKOĞLU, s. 83 ;Y. 15. HD. 17.1.2008, 2007/413, 157, LHD, 2008/9, s.3161-3162 ; Y. 15. HD. 19.11.1986 600/3906, KOSTAKOĞLU, s. 83.

⁶⁵ KOSTAKOĞLU, ss. 83-84. Gerçek vekaletsiz iş görmede sözleşmeden doğanlar gibi, 10 yıllık zamanaşımının söz konusu olduğu, ancak BK m 125 de özel olarak düzenlenenler ve konumuz bakımından eser sözleşmeleri için de 5 yıllık özel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir, YAVUZ, s. 735 ; TANDOĞAN, C II, s. 683.

⁶⁶ “Yanlar arasındaki arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesi iki tipli karma bir sözleşmedir... Geçersiz sözleşmenin söz konusu olması durumunda ise nedensiz zenginleşme kuralları uyarınca geri verme borcu doğar. Nedensiz zenginleşmeden ötürü açılacak dava zarara uğrayan yanın verdiği geri almaya hakkı olduğunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl geçmesiyle ve her halde bu hakkın doğduğu günden başlayarak on yıl geçmesiyle düşmüş olur.”, Y. 15. HD 4.12.1980, 1990/2594, www.kazanci.com.tr.

⁶⁷ -“Taraflar arasındaki uyuşmazlık tarihsiz inşaat yapımı sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Asıl davada arsa sahibi davacı şirket, inşaatın süresinde teslim edilmemesi nedeniyle uğradığı zarar ve kar kaybının tahsilini, karşı davada ise yüklenici şirket imalat bedeli ile akdin haksız feshi nedeniyle uğranılan kar kaybının tahsilini istemiş, mahkemece asıl davanın geçerli bir sözleşme bulunmaması, birleşen karşı davanın ise zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile reddine karar verilmiş, karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir. yukarıda açıklandığı üzere yanlar arasında inşaat yapımı hususunda bir sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmenin geçersiz olması akdin eser sözleşmesi niteliğini değiştirmez ve zamanaşımı ile ilgili olarak sebepsiz iktisap hükümlerinin tatbikini gerektirmez. Nitekim geçerli eser sözleşmelerinin feshi halinde de tarafların birbirlerine iade yükümlülükleri sebepsiz iktisap hükümlerine tabi tutulmuş ise de zamanaşımının asıl akit için düzenlenen zamanaşımı hükümlerine göre çözümleneceği benimsenmiş bir uygulamadır (Yargıtay HGK.nun 15.12.1982 gün, 1981/15-756 E. 1982/945 K. sayılı, Dairemizin 05.03.1992 gün, 1991/4787 E., 1992/1081 K. sayılı ilamları). Bu nedenle davacı iş sahibinin akdi feshettiği 18.06.2002 ile karşı davanın açıldığı 30.04.2004 tarihleri arasında Borçlar Kanunu'nun 126/4. maddesindeki 5 yıllık zamanaşımı süresinin geçmediği gözetilerek zamanaşımı definin reddiyle davalı ve karşı davacı Baltaş Ltd.Şti.nin yaptığı imalatın tahsili istemiyle açtığı davanın esasına girilerek

İadenin kapsamı belirlenirken, tarafların malvarlığına katılan objektif değer, ifa beklentisinin sona erdiği tarih dikkate alınarak belirlenmelidir.⁶⁸ Ancak Yargıtay, geçersiz sözleşmeye istinaden yapılan işlerin, yapıldıkları tarihteki değerini dikkate alan kararlar vermektedir.⁶⁹

Yargıtay'ın görüşü taraflar arasında hiçbir hukuki ilişkinin ve arsa sahibinin yapılan masraflar konusunda hiçbir izin ve icazetinin olmadığı, örneğin arsa sahibinin arsasına haberi ve herhangi bir onamı olmaksızın yapılan inşaatlar bakımından ya da müteahhidin aralarındaki hukuki ilişki ve sözleşmeyi ispatlayamadığı durumlarda bile kabul edilmemelidir. Karataş, Yargıtay'ın bu görüşünün, denkleştirici adalet ilkesine aykırı olduğunu, iadesi gereken bedelin işin yapıldığı yıl rayiçlerine göre belirlenmesinin iade borçlusunun lehine, iade alacaklısının ise aleyhine sonuç doğurduğunu, geçersiz sözleşmeye rağmen işine devam eden müteahhidin, arsa sahibinin verdiği güvene dayanarak ifa beklentisi içinde işi yaptığını, ileri sürerek, ifa beklentisinin sona erdiği tarih itibarıyla iadesi gereken meblağın belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁰ Gerçekten, iade alacaklısının fakirleşmesi ile iade borçlusunun zenginleşmesi arasında denge kurulması gerekmektedir. İşin yapıldığı tarih itibarıyla bedelinin hesaplanmasındaki mantığı anlamak güçtür.

Genellikle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası sırasında çıkan uyuşmazlık nedeniyle, geçersizlik konusu gündeme gelmektedir. Uygulamada arsa sahipleri, sözleşmenin ifası başlamadan veya ifa belli bir aşamaya gelmeden, tapuda devir yapmadıklarından, kendileri açısından pek bir sorun doğmamaktadır. Ancak bazı müteahhitlerin veya müteahhit sıfatıyla yapı kooperatiflerinin vergisel avantajlardan yararlanmak için inancılı olarak tapuyu üzerlerine aldıklarına da tanık olmaktadır. Sözleşmenin şekle aykırı yapılmasından ve arsa sahibinin de tapuda kısmen veya tamamen devir yapmasından sonra, aradan uzun bir zaman (örneğin 2 yıl) geçmesine rağmen, müteahhidin edimlerini ifa etmeye başlamaması sonucu, arsa sahibinin geçersizlik nedeniyle, tapunun iptali ile adına tescilini istemesi mümkündür. Fakat, müteahhidin, sözleşmenin tapuya şerh verilmemesi nedeniyle, taşınmazı tapuda TMK m1023. maddenin korumasından yararlanan iyiniyetli 3. kişilere sattığı anlaşıldığında, tapusunu bu kişilerden geri alamayacak olan arsa sahibi, müteahhitte tazminat davası açacaktır. Bu durumda, müteahhitten, taşınmazın kendisine devredildiği tarihteki değeri mi istenecektir? Devrin yapıldığı tarih ile iadenin talep edildiği tarih arasında uzun bir süre olması durumunda, devir tarihi itibarıyla arsa sahibine ödenecek bedelin belirlenmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Bu konuda Yargıtay'ın diğer dairelerinin kökleşmiş

yapılan imalatın davacının işine yarayıp yaramadığı da belirlenerek imalatın yapıldığı tarihlerdeki mahalli rayiçlerine göre bulunacak bedeline hükmedilmelidir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan zamanaşımı nedeniyle imalat bedeline ilişkin davanın da reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur”, Y. 15. HD. 5.11.2007, 2006/3649, 6913, www.kazanci.com.tr.

⁶⁸ KARATAŞ, s. 57

⁶⁹ “Davacı yüklenici, davalı ise arsa sahibidir. 5.12.1996 günlü sözleşme içeriği uyuşmazlık konusu değil ise de arsa payı devrini de öngören bu sözleşme adi yazılı şekilde düzenlendiğinden geçersizdir. Anılan sözleşme edimler yerine getirilmediğinden, tapuda pay devri de yapılmadığından geçerlilik de kazanmamıştır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; yerinde keşif (HUMK. m. 363) ve bilirkişi, incelemesi (HUMK. m. 275) yaptırılarak davacının varlığını iddia ettiği imalatların ve bir kısım yapılar ile ihzarat malzemelerinin davalının işine yarayıp yaramadığını, özellikle imalatların imar mevzuatına uygun yapıp yapılmadığını, daha açığı davalının mal varlığında bir değer yaratıp yaratmadığını inceleyip araştırmak, eğer bunların aynen değil de bedelini ödemek suretiyle iadesi gerekiyorsa yapıldığı iddia edilen yıl veya yıllar fiyatlarıyla mahalli rayiçleriyle bedellerini bulmak ve bulunacak bu bedeli hüküm altına almaktan ibarettir.”, Y. 15. HD. 23.12.2003 2775/6201, YKD, 2004/4, s.578 vd. ; Aynı doğrultuda; Y.15.HD .14.3.1989 2713/1245, KARATAŞ, ss.54-55 ; Y. 15.HD. 19.11.1986 600/3906, KARATAŞ, s. 55.

⁷⁰ KARATAŞ, s. 57.

kararları, denkleştirici adalet ilkesi gereği, geçersiz sözleşme ile verilenlerin, ifa beklentisinin sona erdiği tarihteki alım gücüne ulaştırılması doğrudur.⁷¹

Müteahhidin yaptığı imalatlar bakımından değerlendirme yaptığımızda da aynı sonuca ulaşırız. Şöyle ki; geçersiz sözleşme kapsamında yaptığı imalatlar nedeniyle, müteahhidin, arsa sahibinden, kendini temerrüde düşürmediği için iade anına kadar faiz istemesi mümkün olmayacaktır. Peki arsa sahibinden ifa beklentisinin son bulduğu anla, kendi yaptığı ifanın arasındaki zaman içinde, arsa sahibinin malvarlığındaki artış ve kendi malvarlığındaki azalışın karşılığı ne olacaktır ? Müteahhidin bu zaman aralığında, başka işler yaparak, kazanç elde etme imkanından yoksun kaldığının kabulü de hayatın olağan akışına da uygun düşmektedir. Arsa sahibinin o işi başka bir müteahhide yaptırması durumunda ödeyeceği bedel ile daha öncesine tekabül eden işin yapıldığı tarih arasındaki bedel farkı kadar zenginleşeceği hususu da açıktır. Bu nedenle arsa sahibi, aynı inşaat veya projeyi bir başkasına yaptırarsa, ona ödeyeceği bedel ile geçersiz sözleşmeye istinaden yapılan işe ödeyeceği bedel arasındaki farktan sorumlu olmalıdır. Bu fark ise ifa beklentisinin sona erdiği andaki işin bedelinin hesaplanması ile dikkate alınmış olur.

İfa beklentisi; sözleşmenin geçerliliği konusunun tartışıldığı davanın kesinleştiği tarihte kesilmiş olur. Sözleşmenin geçersizliği tartışma dışı ise, sözleşmeyi ifa etmeyeceğini bildiren bakımından bu tarihte, diğer taraf bakımından ise sözleşmenin ifa edilmeyeceğini öğrendiği tarihte ifa beklentisi kesilmiş olur. Ancak bu hususun her olayın özelliği dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, müteahhidin işi terkettiği durumlarda, arsa sahibinin ifa beklentisinin kesildiği kabul edilmelidir.⁷²

Burada, geçersiz sözleşmeye istinaden arsa sahibinin malvarlığındaki objektif artışın dikkate alınması gerekir.⁷³ Bazen müteahhidin cebinden çıkan para ile arsa sahibinin zenginleşmesi arasında ters orantı olabilir. Daha açık ifadeyle, arsa sahibine bırakılan işlerin, onun faydalanmasına uygun olması gerekir. Hazırlanan inşaat projelerinden istifade mümkün olamıyorsa, yapılan inşaat imar ve fen koşullarına uygun olmayıp yıkılması gerekiyorsa veya kaçaksa ve ruhsata bağlanması imkansızsa vs. arsa sahibinin zenginleşmesi söz konusu olmayacağından, bir iade borcu da doğmayacaktır. Hatta bazı durumlarda, kendi edimini hiç yerine getirmemiş olsa da, müteahhitten alacaklı konuma gelebilecektir. Örneğin yapılan imalatın, müteahhidin kusuru ile fen ve imar kurallarına aykırı olması nedeniyle ortadan kaldırılması gerektiği durumlarda, kaldırma masrafları müteahhitten talep edilebilecektir. Ancak bu durumda arsa sahibinin talebinin hukuki dayanağı, sebepsiz zenginleşme olmayıp, haksız fiildir. Çünkü, zenginleşme yerine, müteahhidin kusurlu davranışı ile zarar verme söz konusudur.⁷⁴

⁷¹ “Hukuken geçersiz sözleşmeler, haksız iktisap kuralları uyarınca tasfiye edilirken, denkleştirici adalet kuralı hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Bu husus hakkaniyetin ve adaletin bir gereğidir. Bu bakımdan iadeye karar verilirken, satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması ve bu şekilde iadeye karar verilmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde kısmi iade durumu oluşacak, iade dışındaki zenginleşme iade borçlusu yedinde haksız zenginleşme olarak kalacak, iade borçlularının iadede direnmelerine neden olacaktır”, YHGK 11.6.2003 13-414/410 ; YHGK 7.2.2001, 2000/13-1729, 32 ; Y. 8.HD. 8.12.2005 7896/8272 ; Y. 3. HD. 22.12.2005 12595/14284 ; Y.14. HD. 13.10.2005 3606/8936 ; Y.13.HD. 4.4.2007 914/4680 ; Y.13.HD. 20.3.2001 1004/2734, www.kazanci.com.tr.

⁷² Y. 13. HD. 26.5.1997 4665/4807.

⁷³ “Ne var ki, taraflar geçersiz sözleşmenin ifası aşamasında birbirlerinin mal varlıklarına artı değer kazandırmışsa bunlar sebepsiz zenginleşmeye neden olacağından karşılıklı olarak istenebilir.”, Y.15. HD. 23.12.2003 2775/6201, YKD, 2004/4, s. 578 vd. ; Y. 15. HD. 2.11.1982 2076/2183, KARATAŞ, 55-56.

⁷⁴ “...davalı yüklenici tarafından önceki sözleşmeden sonra yapılan ve davacı arsa sahiplerinin işine yaramayacağı anlaşılan temel ve inşaatların kırılıp kaldırılması için bilirkişi tarafından belirlenen bedelin karar altına alınması gerekirken, bu konudaki istemin reddedilmesi de hatalı olmuştur”, Y.15. HD. 11.7.2005 E: 2004/5895, K:4170, YDD, 2005/12, s.125-126.

Aynı şekilde, yapılan imalatın güçlendirilmesi veya ruhsata aykırı kısımlarının, ruhsata uygun hale getirilmesi gerekiyorsa, bunlar için yapılacak masraflar, müteahhidin alacağından mahsup edilecektir.

Yarım kalan inşaata yeni bir müteahhit bulunmasındaki güçlük de dikkate alınarak, bedelden indirim yapılması uygun olur.

Yargıtay tarafından, karşı tarafta sözleşmenin ifası konusunda yaratılan güven nedeniyle menfi zararın istenebileceği ifade edilmektedir⁷⁵ ki, varılan sonuç bu bakımdan doğrudur. Ancak menfi zararın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istendiğinin belirtilmesi tartışmaya açıktır. Sözleşmenin ifası konusunda karşı tarafın bir güven yaratmadığı, kusurlu davranmadığı durumlarda diğer tarafın menfi zarar talebinde bulunmaya hakkı yoktur. Aynı şekilde, şekil eksikliğini ileri süren tarafın da, sebepsiz zenginleşme iddiasında bulunduğu hallerde menfi zarar söz konusu olmamalıdır. Gerçekten hem şekil eksikliğine dayalı olarak sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmek, hem de sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek yapılan masrafları menfi zarar kapsamında talep etmek, çelişkili davranış yasağının tipik bir örneğidir. Bu durumda iade borcunun hukuki dayanağı sadece sebepsiz zenginleşmedir. Ancak, sözleşmenin ifa edileceği konusunda güven yaratan tarafın sonradan geçersizlik iddiasında bulunması üzerine, kendisinde güven yaratılan taraf, öncelikle akdin ifasını bu mümkün olmadığı takdirde, menfi zararının tazminini terditli olarak talep edebileceği gibi, geçersizliği kabul edip, doğrudan menfi zararını da talep edebilir. Bu halde geçersizliğin kabul edilmesi ile birlikte menfi zararın da talep edilmesi çelişkili davranış yasağına tabi olmaz. Çünkü, ifa konusunda güven verdikten sonra, geçersizlik iddiasında bulunarak edimini ifa etmeyeceği ortaya çıkan tarafa karşı, ifayı veya sebepsiz zenginleşmeye göre iadeyi ya da menfi zararı talep etme hakkı karşı tarafa geçer⁷⁶.

Uygulamada; kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası sırasında çıkan uyuşmazlık nedeniyle, geçersizlik konusu gündeme gelmektedir. Bunun sonucu olarak, şekil eksikliğine dayanan geçersizlik iddiası, şeklin koruyucu etkisinden yararlanılmadığı için değil de, kendi borcunu ifadan kaçınmak veya sorumluluğunu azaltmak için ileri sürülmektedir. Bu durumda, hem ifa beklentisi yaratan, hem de şekil eksikliğini ileri süren taraf, diğer tarafın menfi zararını karşılamalıdır.

Ancak, şartları oluşmadıkça, her durumda, geçersiz sözleşmeye istinaden tarafların iade borcunun menfi zarar kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır. Eğer karşı tarafta sözleşmenin ifası konusunda bir güven yaratılmaksızın şekil eksikliği ileri sürülmüşse veya zarar gören şekil eksikliğini ileri sürüyorsa, menfi zarar kapsamında değerlendirme yapılamaz. Bu zarar sebepsiz zenginleşenin iade borcuna karşılık gelmektedir. Menfi zararın dayanağını oluşturan BK m 108/2 de ; *“Bundan başka borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.”* denilmektedir. Menfi zararın talep edilebilmesi için, borçlunun kusurlu olması şartı vardır. Ayrıca söz konusu hüküm, sözleşmeden dönme ile ilgilidir. Yani başlangıçta geçerli olarak yapılan, hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak doğuran sözleşmeden dönülmesi söz konusudur. Oysa geçersiz sözleşmede kusur ve tazminat durumu söz konusu olmadığı gibi, geçersiz sözleşmeden dönülmesi de söz konusu değildir. Ancak, taraflardan birinin, diğerini geçersiz sözleşme yapmaya sevk etmesi veya zorlaması veya sözleşmeyi daha

⁷⁵ “Ne var ki geçersiz sözleşmeyi uygulayan tarafın, uğradığı menfi zararlarını haksız iktisap hükümleri çerçevesinde diğer taraftan istemeye hakkı vardır”, Y. 15. HD. 5.2.1990, 2433/361, KARATAŞ, s. 54 ; Y. 15. HD. 2.11.1982 2076/2183, KARATAŞ, 55-56.

⁷⁶ ALTAŞ, s. 237.

sonra şekilde uygun hale getireceği ya da ifa edeceği yönünde ikna etmesi gibi durumlarda, akit öncesi (Culpa in Contrahendo) veya ait dışı (haksız fiil) sorumluluğu nedeniyle diğer tarafın menfi zararlarını karşılaması söz konusu olabilir.⁷⁷ Yoksa, Yargıtay Kararlarında ifade edildiği gibi, sebepsiz zenginleşme nedeniyle menfi zarar talebi söz konusu olamaz. Bu durumda, sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade talebi ve menfi zarar nedeniyle tazminat talebi yarışma halindedir. Çünkü, menfi zarar kapsamında yerine getirilen edimin iadesi, fiili zarar kalemlerinden biri olarak zaten yer almaktadır.⁷⁸

Örneğin, arsa sahibi hissedar, müteahhide, diğer hissedar olan kardeşinin yurt dışında olduğunu, kısa bir süre sonra döneceğini ve döndüğü zamanda sözleşmenin noterde yapılacağına dair güven vermiş ve müteahhidin bir takım masraflar yapmasına neden olmuşsa, malvarlığına artı bir değer katılmasa dahi, sonradan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürdüğünde, bu masrafları, menfi zarar kapsamında müteahhide ödemek zorunda kalır. Örnekte, müteahhit, şekil eksikliğini ileri sürerek akdin ifasından kaçınırsa, çelişkili davrandığından, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre arsa sahibinin malvarlığına kattığı objektif bir değer varsa onu isteyebilir.

Sonuç olarak, sözleşme yapılmayıp uğranılmayacak olan menfi zararda, zarara neden olanın kusurlu olması gerekirken, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade davasında kusur şartı yoktur. Yine, sebepsiz zenginleşmede, kural olarak, zenginleşenin mal varlığındaki objektif artış dikkate alınırken, menfi zararda, fakirleşenin malvarlığındaki azalma dikkate alınır. Bu nedenle sebepsiz zenginleşmede, karşı tarafa ifa konusunda bir güvence verilmeksizin, şekil eksikliğini ileri sürülmesinde, iade borcunun menfi zarar kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır. Örneğin arsa sahibi harici sözleşmeyi yeterince düşünmeden ve detaylandırmadan imzalamıştır. Sözleşmeyi ifa etme niyeti yoktur ve müteahhide inşaatı yapımı konusunda vekalet vermeyerek, onda ifa beklentisi de yaratmamıştır. Ancak, müteahhit nasıl olsa inşaatı başlarım inancı ile çok değerli bir arsasını ucuza satmış, daha sonrada ifa talebinde bulunmuş, bunun reddi üzerine de, arsasını ucuza vermekten dolayı uğradığı menfi zararın tahsili için arsa sahibine dava açmıştır. Bu halde, arsa sahibi, ifa beklentisi yaratmadığı için zarardan sorumlu olmamalıdır. Arsa sahibinin malvarlığında müteahhit tarafından yaratılan objektif bir artış da bulunmadığından, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak da bir talepte bulunulamaz.

Yargıtay bir kararında⁷⁹, geçersiz bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ifasına güvenerek, arsa sahibinin arsa üzerindeki binasının yıkılması nedeniyle uğradığı menfi zararını isteyemeyeceğini belirtmiştir. Olayda; kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ifasına inanarak, arsa sahibinin arsa üzerindeki binasını yıkması sonucu uğradığı zarara (menfi zarara) yönelik talebinin; sözleşmenin ifası için tarafların bir birine güven yaratarak ifa doğrultusunda hazırlıklar yapmasından sonra, arsa sahibinin geçersizlik iddiasında bulunması ve müteahhidin de malvarlığında bir artışın olmamasında mı, yoksa, arsa sahibinin başka bir müteahhitle sözleşme yapması durumunda da, arsa üzerindeki binayı yıkacağının dikkate alınmasından mı reddedildiği anlaşılamamaktadır. Yukarıdaki açıklamalarımıza göre arsa

⁷⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s.980 ; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 297 ;TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C I s. 214 ; YALMAN, Süleyman, Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006, s.123 vd. ; GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006, s.214 vd. ; ERGÜNE Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008 , ss.242-243.

⁷⁸ ERGÜNE, s. 292 vd.

⁷⁹ "...taraflar arasındaki sözleşme kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin olup, sözleşmenin niteliği itibarıyla resmi düzenleme şeklinde yapılmadıkça hukuken geçersizdir. Hukuken geçerli bulunmayan akde dayanılarak cezai şart istemi ve masarafın %25 inin cezaen ödeneceğinden bahis ile talepte bulunulması haklı ve yasal değildir.", Y.15. HD. 28.5.1990 4725/2478, KARATAŞ, s. 56.

sahibinin takas talebinin reddinin gerekçesi; müteahhidin akdin ifasına yönelik taleplerde bulunması nedeniyle, geçersizliğin karşı tarafça (arsa sahibi tarafından) ileri sürülmesi veya mahkeme tarafından resen dikkate alınması ve bir kusuru bulunmayan müteahhidin malvarlığında da bir artışın olmamasıdır.

Söz konusu olayda; arsa sahibi, imar planının değiştirileceği konusunda müteahhide güvence vermiş ve müteahhitte bu güvene dayanarak proje hazırlanmış olsaydı, projenin, uygulanma imkanı olmasa dahi, proje masraflarından arsa sahibi, akit öncesi (Culpa in Contrahendo) veya ait dışı (haksız fiil) sorumluluğuna istinaden yine de sorumlu tutulacaktı.

Sonuç olarak;

a)Tazminat isteyen taraf, geçersizlik iddiasında bulunan diğer tarafın, sözleşmenin ifa edileceği konusunda kendisine güven verdiğini ispat ettiği taktirde, bu güvene dayalı olarak malvarlığındaki tüm azalmalardan onu menfi zarar kapsamında sorumlu tutabilecektir.

b)Fakat, sözleşmenin ifası konusunda karşı tarafın (zenginleşenin) bir güven yaratmadığı veya kusursuz olduğu durumda iade talebi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır.

c) Aynı şekilde; ifa konusunda güven veren tarafın şekil eksikliğini ileri sürmediği (hatta ifayı gerçekleştirmeye hazır) olduğu durumlarda, fakirleşen şekil eksikliğine dayanarak, malvarlığındaki azalmayı ifade eden menfi zararı değil, zenginleşenin mal varlığındaki objektif artış dikkate alan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadeyi talep edebilecektir.

1.3.3 Şekil Eksikliğinin İleri Sürülemeyeceği Haller

Şekil eksikliği nedeniyle hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı kötüye kullanılamaz. Hakim her olayda, durum ve koşulları dikkate alarak, hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olup olmadığını değerlendirecektir.⁸⁰

Yargıtay, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen, satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimin MK. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine karar vermiştir.⁸¹

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, sözleşmenin geçersizliği, taraflar arasında, sonradan uyuşmazlık çıkması durumunda gündeme gelmektedir. Sözleşmenin, menfaatine uygun olmayan bölümlerini kabul etmeyen taraf, diğer tarafı, menfaatleri doğrultusunda hareket ettirmek için “geçersizlik” iddiasında bulunmakta ve bu da bazı hallerde hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilerek, dikkate alınmamaktadır. Ancak

⁸⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 128

⁸¹ YİBK 30.9.1988, 1987/2, 2, RG: 21.12.1988, Sayı: 2026, www.kazanci.com.tr, OĞUZMAN/ÖZ, s. 129-130,

öncelikle, geçersiz bir sözleşmenin, geçerli hale gelmesi için, varlığının ispatlanması gerekmektedir.

1.3.3.1 Geçersiz Bir Sözleşmenin Varlığı İspatlanmalıdır

HUMK m 288/1' de; *“Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve iftası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri (Değişik parasal sınır: 5219 - 14.7.2004 / m.2/A-b) "dört yüz milyon" ⁸² lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.”*denilmektedir.

Aralarında kat karşılığı inşaat sözleşmesi bulunduğunu iddia eden taraf, karşı tarafın bunu kabul etmemesi halinde, iddiasını ispatlamak durumundadır. Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, sözleşme konusu taşınmazın üzerine yapılacak inşaatın veya arsanın değeri, senetle ispat sınırının üzerinde kaldığından, karşı tarafın kabul etmemesi durumunda sözleşmenin varlığının senetle ispat edilmesi gerekmektedir. Ancak karşı tarafın açık muvafakatı (HUMK m 289) veya HUMK m 292 ve m 293 de belirtilen istisnai hallerde akdi ilişki konusunda tanık dinletilebilir.

Yargıtay bir kararında⁸³, müteahhit ve arsa sahibinin kardeş olduğu davada, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığının, inşaatın tamamlanmış olmasına rağmen tanıkla ispat edilemeyeceğini belirtmiştir.

Yukarıdaki karara konu davada, müteahhit kardeşin açtığı tapu iptal ve tescil davasına konu taşınmazın kat karşılığı sözleşmeye istinaden yapıldığı iddiası tanık anlatımları ile kanıtlanamaz. Çünkü ispat şartı olan şeklin, başka delillerle ispatı olanaksızdır. Ancak bu başlık altındaki inceleme konumuz ispat şekli bakımından şekildir.

İspat şartı olan şekil ile sıhhat şartı olan şekil arasındaki ayrıma dikkat edilmelidir. Şekin, ispat şartı olduğu durumlarda, şekle uyulmamış olsa bile, sözleşme geçerlidir. Ancak sözleşmenin varlığı her türlü delille, özellikle de tanıkla ispat edilemez. İspat açısından senede bağlanması gereken işlemlerin senetle veya kanunda öngörülen ikrar, yemin gibi delillerle ispatı gerekir.⁸⁴

Geçerlik şartı olan şekilde ise, hukuki işlem hükümsüz olduğu için ikrar, yemin ve sair delillerle dahi ispat söz konusu olmaz.⁸⁵

İspat şartı bakımından şekil zorunluluğunun varlığı, örneğin senetle ispat zorunluluğunun bulunması (HUMK m 288) ve karşı tarafın tanık dinletilmesine açık muvafakatının olmaması (HUMK m 289) durumunda, diğer tarafın yemin deliline dayanmış olması veya dayanmış sayılması (delil listesinde sair deliller demiş olması) durumunda, akdi

⁸² Maddedeki parasal sınır, 26.9.2004 tarih ve 5236 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesiyle bu Kanuna eklenen EK MADDE 4 hükmü gereğince, (Yürürlüğe Giriş Tarihi 1.6.2005) her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı V.U.K Mük. 298 inci hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır.

⁸³ “ ... davalı akdi ilişkiyi inkar etmektedir. Tarafların kardeş olmaları da noterde düzenleme biçiminde yapılması zorunlu olan ve geçerlilik koşulu bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığının tanıkla ispatına olanak vermez.”, YHGK 30.4.1997 15-146/372, www.kazanci.com.tr.

⁸⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 116

⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 116

ilişkinin varlığını ileri süren tarafa, akdi ilişkiyi reddedene, bu konuda yemin teklif etme hakkı bulunduğu hatırlatılmalıdır.

Akdi ilişkinin ispatlanamaması ve müteahhidin de bir kısım imalat yapmış olması durumunda, müteahhidin alacağı, vekaletsiz işgörme hükümlerine göre belirlenecektir.⁸⁶

Sözlü akdi ilişkinin ispatlanmasından sonra ise, bu sözleşmenin içeriğinin ne olacağı tartışması yaşanacaktır. Müteahhidin kendisine kalacak taşınmazlar ile arsa sahibine kalacak olanların ne olduğu da sözleşmenin esaslı unsurlarından olup, bu hususun da yazılı delille lanıtlanması gerekir. Yazılı delil bulunmaması durumunda, taraflar arasında bedele dair çıkan uyuşmazlık BK m 366 uyarınca, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilecektir.⁸⁷

Akdi ilişkinin kat karşılığı veya bedel karşılığı olup olmadığı konusundaki uyuşmazlık da yazılı delille ispatlanmalıdır.⁸⁸

Bundan başka işin süresi, yapılacak inşaatın teknik özellikleri gibi yan edim yükümleri hakkında tarafların şahitleri dinlenebilecektir.⁸⁹ Bu durumda tarafların üzerinde uzlaştıkları veya ispatladıkları hükümler dikkate alınacak, uzlaşamayan ve ispatlanamayan konularda, işin olağan gidişine göre hakim tarafından sözleşmedeki boşluklar doldurulacaktır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili olarak uygulamada şekle aykırılık, tarafların adiyen yazılı sözleşme imzalamaları veya yine aralarındaki adiyen imzaladıkları yazılı sözleşmeyi notere onaylatmaları şeklinde görüldüğünden, şekle aykırı sözleşmenin varlığı ve ispatı konusunda pek sorun yaşanmamaktadır.

1.3.3.2 Geçersizlik İddiası Hakkın Kötüye Kullanımı Kapsamında Değerlendirilebilmelidir

Geçersiz sözleşmenin varlığı ispatlanır veya bu konuda taraflar arasında ihtilaf olmaz ise, geçersizlik iddiasının hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamında kalması gerekir. Bu halleri dört başlık altında toplayabiliriz.

⁸⁶ KOSTAKOĞLU, ss. 24-25.

⁸⁷ “Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmayan işin bedeli konusunda doğan uyuşmazlığın, miktarı itibarıyla HUMK 288. mad. hükmü gereğince şahitle ispatına imkan bulunmamaktadır. Tanık dinlenebilmesi aynı yasanın 289. mad. göre karşı tarafın açık mufavakatı ile mümkündür. Bu durumda uyuşmazlık konusu bedelin BK 366. mad. Gereğince işin yapıldığı tarihteki piyasa rayiç bedellerine göre saptanması gerekir.”, Y.15.HD. 10.10.1988, 919/3192 ve Y. 15. HD. 28.12.1988, 4900/4649, KOSTAKOĞLU, ss. 26-27.

⁸⁸ “...davalının kat karşılığına ilişkin savunması yönünden, BK’nun 213, MK’nun 634 ve Noterlik Kanununun 60. Maddeleri gereğince resmi senetle bu savunmasının ispatı gerekmesine, davalı tarafından da böyle bir kanıt ibraz edilmemiş olmasına göre, taraflar arasındaki sözleşmenin inşaat akdi olarak kabulü gerekmektedir. İnşaatın bedeli hususunda mevcut olan uyuşmazlığın BK’nun 366. Maddesi hükmüncü çözümlenmesi ve buna göre mahkemenin yerinde bilirkişi aracılığı ile yapılacak inceleme sonucuna göre inşaatın yapıldığı tarih itibarı ile bedel tespit etmesi ve davalıdan tahsiline karar vermesi gerekirken, noksan incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir”, Y. 15. HD. 8.12.1988 423/4238, KOSTAKOĞLU, s. 61.

⁸⁹ KOSTAKOĞLU, s. 27.

1.3.3.2.1 Tarafların Edimlerini Karşılıklı Olmak Şartıyla Tamamen Veya Kısmen İfa Etmeleri

Müteahhidin geçersiz sözleşmeye uygun olarak inşaatı yapıp teslim etmesi, arsa sahibinin de tapuda müteahhide kalacak taşınmazı devretmesi ile karşılıklı edimler ifa edildikten sonra, bir tarafın sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesinin, TMK 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve dikkate alınmaması gerektiği konusunda tereddüt yoktur.⁹⁰

Tarafların edimlerini önemli oranda karşılıklı olarak yerine getirmeleri durumunda da, geçersizlik iddiası dinlenmeyecektir.⁹¹

1.3.3.2.2 Taraflardan Birinin Edimlerini Tamamen Yerine Getirmesi

Arsa sahibinin, geçersiz sözleşmeye istinaden, sözleşmenin başında müteahhide kalan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerini tapuda müteahhide devrederek tescil ettirmesi durumunda, sözleşmenin taraflar için bağlayıcı hale geldiği kabul edilebilir. Çünkü geçersiz sözleşmeye göre müteahhide kalan arsa paylarını devreden arsa sahibi ile bu payları yine geçersiz sözleşmeye göre devralmayı kabul eden müteahhidin sonradan geçersizliği ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamındadır.⁹²

Karataş, sözleşmeye yükleniciye bedel olarak verilmesi kararlaştırılan tapunun, tapuda yükleniciye devredilmesi ile başlangıçta geçersiz olan sözleşmenin geçerli hale gelmesinin gerekçesini, karma nitelikteki sözleşmenin diğer kısmının, yani inşaat sözleşmesinin zaten biçim koşuluna bağlı olmamasına bağlamaktadır.⁹³ Bu iki sözleşmeyi birbirinden tamamen ayırarak değerlendirme yapılmasına imkan veren yorum eleştiriye açıktır. Karma nitelikteki kat karşılığı inşaat sözleşmesinde edimler birbirlerinin karşılığını oluşturacak ve birbirinden ayrılmaz şekilde bulunmak zorundadırlar. Sözleşmelerin bağımsızlıklarını korumaları söz konusu değildir. Kaldı ki; tapuda devir işleminin karşılığı olarak, inşaat yapım sözleşmesi yer almamaktadır. İki tipteki sözleşmeyi birbirinden tamamen ayıran yorumu kabul edersek, sözleşmedeki inşaat yapım işi ile ilgili değişikliklerin ve eklerin

⁹⁰ YHGK 23.10.1991 396/511.

⁹¹ “Ancak geçersiz olarak düzenlenen sözleşmeye göre tarafların karşılıklı ve büyük ölçüde edimlerini ifa etmeleri halinde sözleşmelerin geçersizliğini ileri sürmek iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Eldeki davada sözleşmeler ile devir sözleşmeleri ve taahhütname adi yazılı şekilde düzenlenmiş ise de, eser kooperatifçe teslim alınıp kullanıldığı ve taahhüt edilen villalardan 7 tanesi yükleniciye devredilmiş olduğundan sözleşmeler ve taahhütname geçerli hale gelmiştir.”, Y.15. HD. 20.7.2005 E: 2004/7112, K:4421, YDD, 2005/10, s.159 vd. ; Aynı doğrultuda; Y. 15. HD. 23.10.2002 2457/4795, KARATAŞ s. 41 ; Y. 15. HD. 11.12.1980 419/2649.

“Taraflar arasındaki 5.3.1998 günlü sözleşme adi yazılı düzenlenmiştir. Gerçekten, tapu devrini öngören bu sözleşme resmi biçimde yapılmadığından kural olarak geçersizdir. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanan inşaat önemli ölçüde yapılmış veya adi sözleşmeye dayanarak tapu devri haricen yerine getirilmişse başlangıçtaki sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek MK'nun 2. Maddesindeki iyiniyet kurallarına uygun düşmez”, Y.15. HD. 10.6.2004 E: 2003/6581, K:3267, YDD, 2004/11-12, ss. 139-140; “Resmi şekilde düzenlenmediği nedeniyle, geçersiz bulunan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicisi davalıya güvenerek paylarının tümünü tapuda intikal ettiren davacı arsa sahibinin artık sözleşmenin geçersizliğinden söz etmesi mümkün değildir”, Y. 15. HD. 1.4.1991 E:1990/4445, K:1613 KOSTAKOĞLU, s.78 ; Aynı doğrultuda; Y. 15. HD 18.7.2005 E:2004/6922, K:4298, Legal, 2006/6, s. 1784 vd.

⁹³ KARATAŞ, s. 40

resmi şekle tabi olmayacağı, sonucuna varırız ki, bu da sözleşmenin karşılıklı edimleri arasındaki dengenin ve bütünlüğünün bozulması demektir.

Aynı şekilde, müteahhidin inşaatı tamamlamasından sonra, arsa sahibinin tapuda devirden imtina etmesi ve sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir.⁹⁴

1.3.3.2.3 Müteahhit Tarafından İnşaatın Önemli Bir Bölümünün Yapılmış Olması

Müteahhidin inşaat yapma borcu, arsa sahibinin tapuda devir borcuna göre daha çok emek ve sermayeye dayalı olduğu gibi, zamana yayılı bulunduğundan, müteahhidin edimini tamamen değil de, büyük oranda yerine getirmesi durumunda, şekil noksanının ileriye sürülmesi dürüstlük kuralına (TMK m 2) aykırı sayılmalıdır.

Yargıtay, bir kararında⁹⁵ inşaatın seviyesinin %50 olmasının, sözleşmeye geçerlilik kazandırmayacağını belirtmiştir.

Kostakoğlu Yargıtay'ın önceden⁹⁶, %65-70 seviyesinin büyük bir kısım sınırını oluşturduğunu belirtmekteyken, bunu sonradan %85 lere çıkardığını, Karataş⁹⁷, BİGŞ 41. maddesindeki⁹⁸ geçici kabul ile ilgili hükmün kıyas alınarak, %90-95 seviyesinin dikkate alınacağını belirtmektedir.

Yargıtay da kararlarında eserin tümüne yakın bölümünün⁹⁹ veya %90 üzerinde bitirilmesinin¹⁰⁰ gerektiğini ifade etmektedir.

Bir sonraki bölümde belirttiğim gibi, başka faktörlerin bulunması durumunda inşaatın tamamına yakını bitirilmemiş olsa dahi, şekle aykırılık iddiası hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olabilmelidir.

ERMAN, müteahhidin, ediminin büyük bir bölümünü ifa etmesi nedeniyle açtığı tescil davasının, tahvil yolu ile kendisine devredilecek payların bedelinin tahsili davası olarak görülebileceğini belirtmiştir. Çünkü, uygulamada müteahhidin amacı genellikle, karşı edim olarak arsa payı veya daire olmayıp, bunlardan elde edilecek satış bedeli yani paradır. Bu

⁹⁴ “Taraflar arasında haricen düzenlenmiş kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz ise de, inşaat tamamen yapılmış ve davacıya teslim hazır duruma getirilmiş bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle, bu durumda artık sözleşmenin geçersizliğinin iler sürülmesi afaki iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz” (Y. 15. HD. 3.6.1981 942/1313, KOSTAKOĞLU, s. 76).

⁹⁵ “Taraflar arasında hukuken geçersiz olarak düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre, müteahhitçe inşaatın tamamına yakın bölümü ifa edilmediğinden, şekil şartının yerine getirilmediği yolundaki iddiaların, objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı ilkesinin olayda uygulama olanağı yoktur”, Y. 15. HD. 21.3.1988 E:1987/2305, K:1121, KOSTAKOĞLU, 76.

⁹⁶ KOSTAKOĞLU, s. 77.

⁹⁷ KARATAŞ, s. 40.

⁹⁸ Bu Şartnamenin (9.10.1984 T. ve 18540 sayılı RG) ismi en son “YAPIM İŞLERİ ŞARTNAMESİ” olup (11.9.2003 T 25226 sayılı RG de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 19/h maddesi uyarınca Yönetmelik ekinde EK 8 olarak yer almıştır), Şartnamenin 42/2. Maddesinde ; “Kabul komisyonunun oluşturulması ve işyerine gönderilebilmesi, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmamasına bağlıdır. Bu oranı geçmeyen kusur ve eksiklikler, aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmalıdır.” denilmektedir.

(KAYNAK : www.bayindirlik.gov.tr/turkce/dosya/yapimislerihaleleriuygulamayonetmeli.doc -)

⁹⁹ Y. 15. HD. 22.6.2006 3112/3819, YDD, 2006/12, s. 70-71.

¹⁰⁰ Y. 15.HD. 26.11.1998 3464/4433, KARATAŞ s. 42.

nedenle, sözleşmeyi şekil eksikliği nedeniyle geçersiz saymak yerine, sözleşmede müteahhide devri kararlaştırılan arsa payı paraya dönüştürülerek, bu bedelin eserin karşılığı olduğu sonucuna varılabilir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, taraflar arasında inşa edilecek binanın belirlenen paylarının değeri karşılığında, bir istisna sözleşmesinin yapılmış olduğu “tahvil” yoluyla kabul edilecek ve bu değer önceden belirli olmadığı için de “takribi ücretle” yapılmış bir istisna sözleşmesinin varlığı söz konusu olacaktır. Takribi ücretle yapılmış istisna sözleşmelerinde ise, eser karşılığı olan ücret, BK m 366 gereğince yapılan binanın belirlenen payının değerine ve müteahhidin yaptığı harcamalara göre belirlenecektir.¹⁰¹

Bu görüşe eleştiriye açıktır. Öncelikle müteahhidin işin büyük bir bölümünü yapmış olması halinde, zaten sözleşme geçerli kabul edilecektir. Geçerli bir sözleşmede ise müteahhidin aynen ifa talebinin, tahvil yolu ile diğer seçimlik hak olan müspet zararın tazmini niteliğine dönüştürülmesi mümkün olmamalıdır.¹⁰² Gerçekten yukarıdaki görüşe göre yapılacak hesaplama tarzı, geçerli bir sözleşmede, temerrüde düşen arsa sahibi hakkında, müteahhidin aynen ifadan vazgeçip, müspet zararının tazminini istemesi niteliğindedir.

Bir an için müteahhit, sözleşmeye göre işin büyük bir bölümünü yaptığı halde, şekil yönünden sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilse bile, geçersiz sözleşmedeki arsa sahibinin edimi paraya çevrilerek tahvil yoluyla sözleşme geçerli hale getirilemez. Arsa sahibi inşaatı yapacak gerekli sermaye ve donanımına sahip olmadığı için, arsasını müteahhide vermektedir. Arsa sahibinin müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin bedelini ödemek gibi bir istek ve iradesi bulunmamaktadır. Tahvilde, tarafların yaptıkları işlemin geçersizliğini bilselerdi, kendisine çevrilecek işlemin geçerliliğini istemeleri söz konusu olmalıdır¹⁰³. Hakim kendi değer yargılarını, tarafların mantıksız olsalar bile, tanınabilir değer yargılarının yerine koymamalı ve işlemin taraflarca belirlenmiş dengesini bozarak, tarafların vasisi durumuna gelmemelidir¹⁰⁴. Tahvil kurumunun temelinde yatan düşüncelerden en önemlisi, amacın araca üstün tutulmasıdır¹⁰⁵. Geçersiz sözleşmenin ayakta tutulmasına yönelik görüşün arsa sahibinin iradesine uygun olmadığı çok açıktır.

Müteahhidin de, tescil davası açması, iradesinin, her zaman kendisine kalacak bağımsız bölümlerin parasal değerine kavuşmak yönünde bir tazminat olduğu anlamına gelmez. Bağımsız bölümlerin aynına yönelik davada, sözleşmenin geçersizliği gündeme geldiğinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine yaptığı tüm inşaatın hesaplanan bedeli, kendisine kalacak bağımsız bölümlerin değerinden fazla ise, müteahhidin tescil talebiyle bağlı kalmayarak, yaptığı tüm imalatın bedelini istemesi mümkündür. Müteahhide bu yönde bir seçimlik hak tanınmaksızın, tahvil yoluyla sözleşmenin ayakta tutulmaya çalışılması, yani, müteahhidin mülkiyete yönelik talebinin, açık bir iradesi olmaksızın tazminata çevrilmesi, taleple bağıllık ilkesine (HUMK m 74) de aykırıdır.

1.3.3.2.4 Diğer Durumlar

Yukarıdaki şartları sınırlı olarak kabul etmek doğru değildir. Bunlar dışında, her olayın özelliği dikkate alınarak konunun değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme

¹⁰¹ ERMAN, s. 18-19.

¹⁰² KANETİ, Selim, Hukuki İşlemleri Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul, 1972, (Tahvil), s. 124

¹⁰³ KANETİ, Tahvil, s. 152

¹⁰⁴ KANETİ, Tahvil, s. 153

¹⁰⁵ KANETİ, Tahvil, s. 147

yapılıken, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili hükmüm ikincil niteliği dikkate alınmalıdır.¹⁰⁶

-“Taraflar arasında akdedilen kat karşılığı inşaat yapımını öngören 7.8.1981 tarihli sözleşme ve 7.8.1982 tarihli protokole istinaden, davacılara ait arsa üzerinde inşaata başlayan davalılar işi tamamlamadan terk etmişlerdir. Davacılar tarafından sözleşmeye istinaden istenen kira tazminatına karşı, duruşmada davalılarca sözleşmenin geçersizliği savunulmuş olup, yapılan iş miktarına ve tapuda pay geçirimi de yapılmamış bulunmasına göre, sözleşmenin taraflar için bağlayıcı sonuç doğuracağını kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle resmi biçime uyulmadan yapılan sözleşmenin geçerli kabul edilip, geçersiz sözleşme şartlarına dayanılarak kira tazminatına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”¹⁰⁷

Örneğin yukarıdaki Yargıtay Kararında, taraflar arasındaki geçersiz sözleşmenin kat karşılığı inşaat yapımı konusunda olduğu tartışmasız olduğu halde ve arsa sahiplerinin, sözleşmeye istinaden müteahhide inşaat işlerinin yapılması, ruhsat alınması için Noterden vekalet vermeleri ve müteahhidin de inşaata başlaması durumunda, sözleşmeye geçerlilik tanınıp tanınmamasının belirlenmesi söz konusudur. İnşaatin çok küçük bir kısmının yapılmış olması durumunda, hakkın kötüye kullanımının devreye sokulmasına gerek olmayabilir.

İnşaat büyük oranda bitirilmemiş olsa dahi, arsa sahibinin edimini ifa edeceğine yönelik başka tavırları da dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, inşaatın devamı sırasında sözleşmeye aykırı tutum ve davranışlar veya ayıplar için arsa sahibi tarafından gönderilen ihtarlara sözleşmenin ifası yönünde cevaplar veren müteahhidin, şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik iddiasında bulunması hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmelidir.

Tersi durumda da, yani, arsa sahibinin, üzerinde bina yapılan arsası ile ilgili olarak hiçbir itirazda bulunmaması, hatta inşaatın yapımı ve ruhsat alımı vs. konularında müteahhide vekalet vermesi, sözleşmenin ifasına ve geçerliliğine yönelik ihtarlar göndermesi ve inşaatın bir kısmının tamamlanmasından sonra da, sözleşmedeki şekil eksikliğini gerekçe göstermesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Sözleşmenin yapılması sırasında, şekil eksikliğinin sonradan düzeltileceği konusunda, diğer tarafa tam bir güvence veren ve karşı tarafın edimini ifa etmeye başlamasına neden olan taraf da, sonradan bu eksikliği ileri sürememelidir. Örneğin, taşınmazında hazinenin veya 3. bir kişinin küçük hissesi olan arsa sahibinin, bu hisseyi satın aldıktan sonra resmi sözleşmeyi yapma konusunda müteahhidi ikna etmesi, hatta bu hususu geçersiz sözleşmeye yazması, daha sonra hisseyi alıp, müteahhidi de işe başlatıp, geçersizlik nedeniyle sözleşmeyi resmi şekilde yapmaktan kaçınması durumunda, bu iddiası dinlenmemelidir.

Sözleşmenin, sonradan menfaatini olumsuz etkilediğini görüp, geçersizlik iddiasında bulunanın bu iddiasına itibar edilmemelidir. Örneğin, arsası üzerinde imar ihtilafları olan kişi, bu ihtilafları çözmesi karşılığında müteahhitle kat karşılığı sözleşme yapmayı kabul etmiş, ihtilafların çözülmesi ve müteahhidin inşaata başlayıp, inşaat henüz düşük bir seviyede iken, sözleşmenin resmîyete dökülmesi talebini, bölgede paylaşım oranının lehine artması

¹⁰⁶ “25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da ifade edildiği üzere, Medeni Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır...”, 30.9.1988 T. E:1987/2, 2 sayılı YİBK gerekçesinden (RG:21.12.1988, sayı:2026).

¹⁰⁷ Y. 15. HD. 22.12.1986 1032/4429, KARATAŞ, s. 41

nedeniyle reddetmiş ve sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmüşse, bu iddiasına itibar edilmemelidir.

Sonuç olarak her olayın somut koşulları değerlendirilerek, şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığı belirlenmelidir. İnşaatın seviyesi düşük olsa ve asli edimler kısmen ve karşılıklı ifa edilmemişse dahi , başka faktörlerin devreye girmesi ile şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olması mümkündür.

1.3.4 Ön Anlaşmada Şekil

Bir akdin ileride yapılmasını konu alan sözleşme geçerli olup tarafları bağlar (BK m 22/1) .

Ön sözleşme ile taraflardan her biri diğer taraftan asıl sözleşmenin yapılmasını istemek hakkını elde eder. Taraflardan biri asıl sözleşmenin yapılmasından kaçınırsa, diğer tarafa, BK m 106 daki seçimlik haklarını kullanabilir.¹⁰⁸

Ancak, bu ön sözleşmenin, ileride yapılması kararlaştırılan sözleşmenin geçerliliğinin tabi olduğu şekle uygun olması gerekir (BK m 22/2). Buna göre ileride kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmasına yönelik sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekmektedir.¹⁰⁹

Geçersiz ön sözleşmeye atıf yapan asıl ve geçerli (resmi) sözleşme ile ön sözleşme ifa edilmiş olduğundan, ön sözleşmenin geçersizliğinin dikkate alınmaması gerekir. Ayrıca, ön sözleşmede, ileride vücut bulacak bir tüzel kişilik ile asıl sözleşmenin yapılacağı öngörülmüş ve söz konusu asıl sözleşme de gerçekleşmişse, ön sözleşmede tüzel kişinin yerini alanlar, asıl sözleşme ile bağlı tutulamazlar.¹¹⁰

Bu arada önemle belirtmek gerekir ki, ön akit ile ileride bir borç akdini kurma taahhüdü altına girilir.¹¹¹ Eğer, yapılan ön akitte tarafların tüm hak ve sorumlulukları detaylı olarak belirtilmiş ise, sonradan yeni bir sözleşmenin yapılması değil de, yapılmış sözleşmenin ifası gündeme gelecektir. Çünkü alacaklı taraf, sözleşmenin yapılmasını istemeden, doğrudan doğruya edimin ifasını isteyebilecektir.¹¹² Örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre müteahhidin inşaat yapma borcu ile arsa sahibinin tapuda taşınmaz geçirim borcunu konu alan ön sözleşmede, tarafların hak ve borçları tam olarak belirtilmiş ise, bu sözleşme, asıl sözleşme niteliğinde olur. Oysa, ön sözleşmenin konusu asıl sözleşmenin içeriğindeki edim yükümlülüğü olmayıp, doğrudan doğruya asıl sözleşmenin kurulmasıdır.¹¹³

¹⁰⁸ Y. 15. HD. 13.12.1984 3919/3930, KOSTAKOĞLU, ss. 161-162

¹⁰⁹ “ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa payı geçirimini ihtiva etmesi nedeniyle resmi düzenleme şeklinde akdedilmesi gerekir. O halde, bu sözleşmeyi yapma vadinin de resmi şekilde düzenlenmesi gerektiğinden haricen düzenlenen ve hukuken geçersiz bulunan akit yapma vadindeki kararlaştırılan cezai şart da geçersizdir.”, Y.15. HD. 26.3.1987 2542/1248 ; Y. 15. HD. 30.10.1990 3418/4382, KARATAŞ, s. 35- 36.

¹¹⁰ “Kooperatif ile davacılar arasında imzalanan 30.5.1994 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi, davalı Zafer ve Ahmet'in kooperatifin kurulmasından önce imzaladıkları, ön sözleşmenin devamı niteliğinde olup kooperatif ile sözleşme imzalandığından ilk sözleşmeyi imzalayan Zafer ile Ahmet'in sorumlulukları kalmamış ise de adi sözleşmede yer alan şartların geçerli sözleşmede de aynen uygulanacağı kabul edildiğinden cezai şartta ilişkin hükümleri yönünden geçerlidir.” Y. 15. HD. 27.5.2002 1165/2809, www.kazanci.com.tr.

¹¹¹ EREN C. I , s. 380

¹¹² TUNÇOMAĞ C I, ss. 274-275

¹¹³ AYRANCI, Hasan, Ön Sözleşme, Ankara, 2006, ss. 43-44

Uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından ön sözleşmenin varlığına pek rastlanmamaktadır. Bu kuruma, inşaat yapılacak arsanın imar durumunda, piyasanın koşullarında, arsa sahibi hissedarlar arasında veya arsa sahibi ile idare ile çıkan uyuşmazlıkların çözülmesinde vs. belirsizlikler olması durumunda başvurulabilir. Ancak, ön sözleşmenin, ileride kurulacak asıl sözleşmenin esaslı unsurlarını¹¹⁴ içermesi şartı¹¹⁵ ile belirsizlik unsuru bağdaşmamaktadır. Ön sözleşmeye göre tarafların, asıl sözleşmeyi akdetmek için bir araya gelmeleri, ancak, asıl sözleşmenin şartlarında anlaşamamaları durumunda ne olacaktır ? Bu durumda mahkemeye başvurularak hakimin iradesinin, tarafların iradesi yerine geçmesi mi sağlanacaktır ?

Belirsizliklerin bulunması ve asıl sözleşmenin ileri bir tarihte yapılmasının öngörüldüğü durumlarda, asıl sözleşmenin şarta bağlı olarak yapılması daha uygun olacak ve taraflar arasındaki uyuşmazlıklar en aza indirilecektir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, ön sözleşmenin, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısına uygun olmadığı ve karmaşa yaratmaktan başka bir işe yaramayacağı görüşümdedir.

1.3.5 Sözleşmenin Değiştirilmesi Ve Değiştirmede Şekil

BK m 12 de aynen;

“Kanunen tahriri olmasza lâzım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lâzımdır. Şu kadar ki bu akdi nakız ve tadil etmiyen mütemmin ve fer'i şartlar bu hükümden müstesnadır”

denilmektedir. Bu hüküm, kıyasen (örnekseme yoluyla) resmi şekil zorunluluğuna tabi sözleşmelere de uygulanır. Doktrin ve uygulama da bu konuda hemfikirdir.¹¹⁶

Kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki resmi şekil şartı, arsa sahibinin tapuda pay geçirim borcundan kaynaklanmaktadır. Oysa müteahhidin edim borcu olan eser meydana getirme bakımından şekil zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla müteahhidin işi süresinde bitirmemesi durumunda gecikme tazminatı veya cezai şart ödeyeceğine dair hükmün adi yazılı sözleşme ile düzenlenmesine itibar etmek gerekir diye düşünülebilir.

Ancak, müteahhidin edim borcu, arsa sahibinin tapuda devir borcunun karşılığını oluşturmaktadır. Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin resmi şekilde yapılmış gayrimenkul satış vaadi ve adi yazılı şekilde yapılmış inşaat yapım sözleşmesi olarak ikiye ayrılıp düzenlenmesi mümkün değildir. Satış vaadi sözleşmesinde her halükarda, satılan şeyin

¹¹⁴ Örneğin inşaatın yapım süresi, bağımsız bölümlerin paylaşım şekli ve oranı vs.

¹¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 143 ; OĞUZMAN / ÖZ, s. 149.

¹¹⁶ “Menfi tesbit davasına konu 01.05.2001 tanzim ve 01.05.2003 vade tarihli bono "malen" kaydını içermektedir. Borçlu davalı, taraflar arasındaki kat karşılığı eser sözleşmesinin teminatı olarak verildiğini savunmuş, davacı arsa sahibi ise 24.04.2001 gün ve Üsküdar 6. Noterliği'nin 10481 yevmiye nosunda kayıtlı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bedeli olarak verildiğini iddia etmiştir. Oysa taraflar arasındaki sözleşmede ayrıca bono verildiği açıklanmış değildir. Davacı arsa bedeli karşılığı verildiğini iddia ettiğine göre bunun sözleşmede kararlaştırılan yüklenici yükümlülüğünü arttırması nedeniyle aynı biçimde düzenlenmiş sözleşmeyle kanıtlanması gerekir. Borçlar Yasası'nın 12. maddesince yasanın şekil koşuluna bağladığı sözleşmelerdeki değişiklikler aynı koşula uyularak yapılmalıdır. Bono düzenlenmesiyle sözleşme değiştirilmiş kabul edilemeyeceğinden davalı ve birleşen davada davacının menfi tesbit davasının kabulüne karar verilmesi yerine bu hususlar üzerinde durulmadan eksik incelemeyle reddi usul ve yasaya aykırı olmuştur.”, Y. 15. HD. 18.9.2007, 2006/4511, 5456, YDD, 2007/11, s. 168.

(müteahhide tapuda devri yapılacak arsa payının) karşılığında alınacak bedelin (arsa sahibine yapılacak inşaatın) gösterilmesi zorunludur. Satım bedelinin inşaat yapımına karşı gelmesi, inşaat yapımı ile ilgili hususların da resmi şekilde düzenlenmesi sonucunu doğurur.¹¹⁷

Yargıtay bir Kararında¹¹⁸ BK m 16 hükmünü dikkate alarak, tarafların başlangıçta resmi olarak sözleşme yapmakla, bu sözleşmedeki değişiklikleri de resmi yapmak isteyeceklerini varsaymıştır. Sonucu itibarıyla doğru olan kararın gerekçesi eleştiriye açıktır. BK m 16; tarafların iradesine bağlı olarak sözleşmenin şeklinin belirlenmesi ile ilgilidir. Oysa, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunluluğu tarafların iradesinden değil, yukarıda açıklandığı üzere, Kanundan doğmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin tadilinde de, resmi şekil şartının aranması, tarafların iradesine bağlanamaz.

Sözleşmenin esaslı hükümlerini tadil etmeyen, sözleşmeyi tamamlayıcı, ferî nitelikteki ek sözleşmelerin ana sözleşme ile aynı şekilde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhitçe yapılması kararlaştırılan işlerin ek sözleşme ile detaylarının belirlenmesi (örneğin, bahçe tanziminin müteahhide ait olması ve ek sözleşme ile bunun detaylandırılması), arsa sahibinin pay geçirim borcunun zamanında esaslı olmayacak değişiklik yapılması (Örneğin kaba inşaatın tesliminde 5 dairenin, sıvadan sonra 1 daire tapuda devredilecekken, bunun 4 daire kaba inşaat, 2 daire sıvadan sonra şeklinde tadili), imar durumunun daha elverişli hale gelmesi halinde, fazla çıkan bağımsız bölümlerin sözleşmedeki paylaşım oranında paylaşılması gibi durumlarda sözleşmenin tadilinin de resmi şekilde yapılması zorunluluğu aranmayabilir. Resmi şekilde yapılmayan bir ek-tadil sözleşmesinin tamamlayıcı ve ferî nitelikte olup olmadığının tespitinde, bu sözleşmenin, ana sözleşme ile çelişkiler taşıyıp taşımadığı ve taraflara ek yükümlülükler getirip getirmediğinin tespiti yanında, tarafların ana sözleşme ile bağlı kalma iradelerini etkileyip etkilemediği de dikkate alınmalıdır. Bu da her olayın özelliğine göre hakim tarafından gerekçeleri gösterilerek taktir edilecektir.¹¹⁹

Taraflar tadil sözleşmesine göre edimlerini yerine getirmişlerse, tadil sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülememesi gerekir. Adi yazılı sözleşmeye tarafların uzun süre karşı çıkılmaması ve yukarıda açıklandığı şekilde edimlerin karşılıklı şekilde ifası nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.¹²⁰

¹¹⁷ "...yanlar arasında zorunlu şekil koşuluna uygun olarak noterce doğrudan düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 4. maddesi hükmüyle kararlaştırılan "ifaya ekli ceza" tutarı, yanlarca adi yazılı şekilde yapılan 16.04.2002 tarihli ek sözleşmenin 10. maddesi hükmü ile artırılmış ise de, BK'nın 12. maddesi hükmü gereğince, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştıran bu ek sözleşme, asıl sözleşmenin tabi olduğu zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmış olmadığından davalı yükleniciyi bağlayıcı değildir.", Y.15. HD. 9.11.2006 E:2005/6737, K:6400, YKD, 2007/3, s.506 vd. ; Aynı doğrultuda, Y.15. HD. 18.6.2001 1258/3286, KARATAŞ, s. 36-37.

¹¹⁸ "...eser sözleşmesinin zorunlu olmadığı halde resmi şekilde yapılmış olması, tarafların, eser sözleşmesine ilişkin değişikliklerin de ancak aynı şekilde yapılması halinde geçerli olacağına ilişkin, Borçlar Kanunu'nun 16. maddesi anlamında bir kararlaştırma içinde bulduklarının kabulünü gerektirir. Eklenmelidir ki, tersi mümkün değil ise de, şekle tabi olmayan bir sözleşmenin yazılı veya resmi şekilde ya da yazılı şekle tabi bir sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına hukuken engel yoktur" (YHGK 19.3.2003 15-124/175).

¹¹⁹ "BK'nun 12. maddesine göre, geçerliliği resmi şekle bağlı eser sözleşmelerini tādil eden sözleşmelerin de resmi biçimde yapılması gerekir. Sözleşmenin tādilinden maksat; tarafların ana sözleşmeyle yükümlendikleri borçları ağırlaştıran değişikliklerdir. Bu nitelikte olmayan, yani sözleşmeyi bozmayan ve değiştirmeyen ferî ve mütemmim koşulların resmi biçimde yapılma zorunluluğu yoktur.", Y. 15. HD. 14.3.2005, E: 2004/4510, K: 1405, www.kazanci.com.tr.

¹²⁰ "Somut olayda 10.9.1998 tarihli ek protokol haricen düzenlenmiş olması nedeniyle geçersiz ise de davalı kooperatif 19.1.2001 günlü cevabi ihtarda ve davaya cevabında, doğan gecikmeler karşılığında iki seferde arsa sahiplerine toplam 1.500.000.000 TL ki bu miktar o günkü kurla yaklaşık 500.000 DM. tutarında tazminat ödediğini savunduğundan mahkemece bu husus üzerinde durularak bedel ödenmesi karşılığında süre uzatımı verilip verilmediği tesbit edilip bedel ödenmiş ise ek sözleşmenin geçerli hale geldiği kabul edilerek şimdiki gibi

Bu arada tapuda, kat irtifakı kurulurken arsa sahibi ve müteahhidin iradeleri sözleşmeyi tadil eder nitelikte olursa, buna geçerlilik tanımak gerekir. Örneğin, arsa sahibine ve müteahhide verilecek bağımsız bölümlerin konumlarında değişiklik yapan kat irtifakı işlemi, iradeyi fesata uğratan hallerin bulunmaması şartıyla, ilk sözleşmeyi tadil etmiş olacaktır. KMK m 10 da; kat mülkiyeti ve kat irtifakının resmi senetle ve tapu siciline tescil ile doğacağı, m 14 de de; henüz yapı yapılmamış veya yapısı tamamlanmamış bir arsa üzerinde kat irtifakının kurulması ve tapu siciline tescil edilmesi için o arsanın malikinin veya bütün paydaşlarının buna ait istem ile birlikte, düzenlenen proje ve plan, yönetim planı ile listeyi tapu idaresine vermeleri gerektiği ifade edilmiştir. Burada ilk sözleşmenin düzenleme şeklinde noterde yapıldığı, tadil sözleşmesinin de aynı şekilde noterden yapılması gerektiği ileri sürülemez. Çünkü, tapuda kat irtifakı kurulurken, müteahhide kalan bağımsız bölümlerin adına tescili ile sözleşme değiştirilerek ifa edilmekte, yani, sözleşmenin ilk tesis edildiği anda yapılan satış vaadi, satıma dönüşmektedir. Sözleşmenin resmi şekilde tapuda yapılması bir yana, arsa sahibi tarafından tamamen ifa edildiği de dikkate alındığında, ilk yapıldığı şeklin aranmasına dair görüşe itibar edilemez.¹²¹

Eğer kat irtifakının kurulması arsa sahibinin bizzat veya arsa sahibi sıfatıyla kendisini temsil eden kişinin katılımı ile kurulmamış ve kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki paylaşımı tadil eder nitelikteyse, arsa sahibinin, tadil işleminin geçerli olmadığı yönündeki savunmasına değer verilmelidir. Gerçekten, uygulamada, müteahhide verilen vekalet, kat irtifakı ve mülkiyeti kurma yetkisini de içerebilmektedir. Müteahhidin veya yetkilendirdiği kimsenin arsa sahibine vekaleten tapuda kurduğu kat irtifakı, sözleşme hükümlerine aykırı olmayacağından, sözleşmenin tadili de söz konusu olamaz.¹²²

Sözleşmenin imzalanması sırasında yapılan değişikliklerin ise Noterlik Kanununa uygun olması gerekmektedir. Noterlik Kanununun 81. Maddesinde; Noterlik işlemlerinde, ilgilinin imzasını ve noterin onayını (NK m 90-93) taşımayan çıkıntıların geçerli olmadığı, çıkıntıların el yazısı ile yapılamayacağı, tamamlanmasından sonra bir noterlik işleminin değiştirilmesi veya fesih ve iptali veyahut evvelki işin nitelik ve değeri değişmemek şartıyla düzeltilmesinin, evvelki işlemin yapıldığı şekilde yeni bir işlemle yapılabileceği belirtilmektedir. Buna göre; sözleşmenin imzalanması sırasında taraflardan başka, noterin imza ve mühürünü taşımayan silinti, kazıntı, çıkıntılar geçerli olmayacaktır.¹²³ Çıkıntılar, tüm

dava reddedilmeli, aksi takdirde işin esasına girilerek işin gecikmesine neden olacak önemli sebepler var ise süreye etkisi nazara alınmalıdır.”, Y. 15. HD. 5.7.2004 6868/3746, Yargı Dünyası Dergisi Sayı 2004/ Eylül s. 69-70 ; Legal Hukuk Dergisi Eylül 2004 s. 2692-2693 ; Aynı doğrultuda; Y. 15. H D. 16.4.1996 1698/2144, www.kazanci.com.tr.

¹²¹ “...davacı iş sahibi tapuda yapılan işlem sırasında kat irtifak listesini bizzat imzalamış ve sözleşme dışı yapılan ilave kattaki bağımsız bölümler üzerinde davalı yüklenici yararına kat irtifakı kurulmasını kabul etmiş ise, sözleşmenin paylaşma ile ilgili hükmünün taraflarca değiştirilmiş olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.”, Y.15.HD. 16.7.1991 413 / 3669 sayılı Kararı ve bu karara karşı verilen direnme Kararını aynı gerekçe ile bozan YHGK 6.5.1992 15-161 / 313 sayılı Kararı ; Aynı doğrultuda; Y. 15. HD. 10.2.1992, E:1991/3737, K:515.

¹²² “Yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygun şekilde kat irtifakının kurulması için davacının yüklenici davalıya temsil yetkisi verdiği; ancak, vekilin davacının talimatına uymayıp sözleşmeye aykırı olarak mevcut şekilde kat irtifakını kurduğunun ve davalı İbrahim’in ise imzaladığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine verilmesi gereken bağımsız bölümleri bildiğinin kabulü gerekmektedir. Varılan sonuç bu olunca da; davalı yüklenicinin davacının talimatına uymadığı ve vekalet görevini kötüye kullandığı, dolayısıyla özen borcuna aykırı davrandığı, davacı zararına olarak kat irtifakı kurduğu ve davalı İbrahim’ in de bu durumu bildiği sabit olmaktadır. O halde uyuşmazlık konusu bağımsız bölümlerin kat irtifaklarının kurulması ve tapu kayıtlarının oluşturulması aşamasında davalı yüklenicinin yaptığı işlemler, davacıyı bağlayıcı sayılamaz”, Y. 15. HD. 14.11.2007, E: 2006/6995, K: 7180 ; Aynı doğrultuda Y. 15. HD. 6.3.2007, E: 2006/773, K:1374, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 19.2.1992 E: 1991/4413, K:732, KOSTAKOĞLU s. 148.

¹²³ YHGK 30.3.1974 E:1969/1-1257, K:308, www.kazanci.com.tr.

şekil şartları yerine getirilse dahi, el yazısı ile yapılmış ise, yine geçerli olmayacaktır. Uygulamada, sözleşmenin imzalanması sırasında, taraflara kalacak bağımsız bölüm sayısında veya numaralarında değişiklikler yapıldığına rastlanmaktadır. Bu değişiklikler üzerinde tarafların imzası, noterin imzası ve mühürünün bulunması şarttır. Bunlardan birinin bile bulunmaması işlemi sakatlar.¹²⁴ Yerine göre Noterin hukuki ve cezai sorumluluğu da söz konusu olabilir. Şekle uygun yapılan düzeltme sonunda, noterdeki ve taraflardaki nüshalar arasında çelişki varsa, Noterde bulunan nüshaya itibar edilmelidir.

Son olarak resmi şekil şartına tabi olan sözleşmenin karşılıklı olarak ortadan kaldırılmasının da resmi şekle tabi olup olmayacağı üzerinde durmak lazımdır. Bu konu tartışmalıdır.¹²⁵ Ancak Noterlik Kanununun 81/2. maddesinde: tamamlanmasından sonra bir noterlik işleminin değiştirilmesi veya fesih ve iptalinin, evvelki işlemin yapıldığı şekilde yeni bir işlemle yapılabileceği belirtildiğinden, karşılıklı olarak sözleşmenin ortadan kaldırılmasının da aynı şekilde yapılması gerekir.¹²⁶ Resmi sözleşme ile karşılıklı olarak doğan bir takım hak, yükümlülük, borç, alacak ve sorumlulukların, yine resmi şekilde karşılıklı olarak sonlandırılması doğru olur. Tarafların karşılıklı olarak birbirlerini ibralarının da ağır hukuki sonuçları vardır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki karşılıklı edimlerin büyüklüğü dikkate alındığında, ibra sözleşmesine uyulmaması durumunda da tarafların büyük zarara uğramaları ve haksız fiil ya da akit öncesi sorumluluk hükümlerine göre de bu zararların karşılanması söz konusu olabilir. Genellikle inşaatı bitirmekte zorluk çeken müteahhidin, arsa sahibinin bulduğu başka bir müteahhide işi devrederken veya bir birlerine karşı açtıkları davalardan sulh olup feragat ederek ya da edimlerin eksik ifası nedeniyle tarafların birbirleri ile mahsuplaşarak ve şartlı bir şekilde karşılıklı ibralaşmaları söz konusu olmaktadır. Özellikle, arsa sahibinin pay geçirim borcunda değişiklik yapılarak tarafların aralarındaki sözleşmeyi sonlandırdıkları da görülmektedir. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre, müteahhit kendisine kalan 50 daireden tapusunu almadığı 15 dairenin tapudan devrini istemekte, arsa sahibi de ayıplı işler karşılığı 200.000-YTL ve 3 nolu parselde yapımına hiç başlanmayan bloktan kendisine kalacak 5 adet bağımsız bölüme karşılık müteahhide 5 daire eksik vermeyi ve 3 nolu parsel ile 10 adet daireyi tapuda devretmeyi kabul etmektedir. Bu konuda yapılacak bir ibralaşmanın resmi olması gerekliliği açıktır. Resmi şeklin amacı ana amacı tarafaları düşünmeye sevk etmek, hak ve boçlarını tam ve açık olarak bilmelerini sağlamak olduğuna göre, özellikle edimlerin ifasının yarıda kesildiği veya tam ifa edilmediği durumlarda ortadan kaldırma veya karşılıklı ibra sözleşmesinin de resmi olarak yapılması gerekir.¹²⁷

¹²⁴ YHGK 5.12.2001 13-1021/1101, www.kazanci.com.tr.

¹²⁵ ALTAŞ, s. 85 vd. ; TUÇ, s. 128-129 ;FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt : I-II, İstanbul, 1976, ss. 314-314 ; EREN, C I s. 355 ; TEKİNAY/AKMAN/BIRCUOĞLU/ALTOP,s. 988-989 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 431-432 ; RENDA/ONURSAN, s. 374-375 ; TUNÇOMAĞ, C I, s. 235-236 ;

¹²⁶ SURLU, s. 154

¹²⁷ “Arsa sahibince açılan davada; ibraz olunan 01.04.2001 tarihli (sulh ve ibra) başlıklı sözleşmeye dayanılarak "mahkemece bir karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde dava sonuçlandırılmıştır. Söz konusu sözleşme, adi yazılı olup yanlar arasında imzalanan 14.09. 1993 tarihli noterde düzenlenen kat karşılığı eser sözleşmesinin tadili niteliğinde bulunduğundan BK. 12. maddesine göre geçersizdir.”, Y. 15. HD. 4.10.2004 4539/4814, YDD, 2005/2, s 48-49.

İKİNCİ BÖLÜM

1.KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HUKUKİ DURUMU

1.1 MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

1.1.1 İnşaatı Sözleşmeye Uygun Yapma Borcu

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaatı yaparak teslim borcunu, bu sözleşmelerin uygulamadaki ifa biçimini dikkate alarak sırasıyla inceleyeceğiz. Bu incelemeyi yaparken, sözleşmenin kurulması aşamasından, tam olarak ifa aşamasına kadarki safhada gerçekleşen işlem ve eylemleri dikkate alacağız.

1.1.2 Sözleşme Masraflarını Karşılama Borcu

Taraflar arasında sözleşmenin imzalanması ile müteahhidin borçları doğmaya başlamaktadır. Uygulamada, sözleşmenin noter masraflarını müteahhidin üzerine aldığı görülmektedir. Noter harçlarının yüksek olması tarafları sözleşmeyi adi şekilde yapmaya yönlendirebilmektedir.

492 sayılı Harçlar Kanununun m 38- 51 arasında noter harçları düzenlenmiş, harç nispet ve oranları da Kanuna bağlı 2 sayılı Tarifede belirtilmiştir. Tarifenin I/1. Maddesine göre; belirli bir tutarı içeren eden her çeşit senet, sözleşme ve kağıtlardan beher imza için (Binde 0,90) nispi harç alınır. Menkul ve gayrimenkul mallar hakkında alım, satım, taahhüt ve rehinle ilgili her nevi mukavele, senet ve kağıtlarda değer gösterilmesi mecburidir (NK m 42/2). Pey akçesi, zamanı rüçû, ücret tevkifi, cezai şart gibi bir akdin müeyyidesi kabîlinden olan taahhütlerden, başlı başına bir akde konu olmadıkça harç alınmaz (NK m38/2).

Buna göre sözleşmenin içermesi gereken tutar; tarafların karşılıklı edimlerine karşılık gelir. Müteahhidin yapacağı inşaatın henüz tam belirli olmadığı bir sırada, ediminin belirlenmesi zordur. O nedenle, arsa sahibinin müteahhide devredeceği bağımsız bölümlerin arsa payına karşılık gelen arsa değeri esas alınmalıdır. Bu da sözleşme konusu taşınmazın bağlı bulunduğu Belediyeden alınacak emlak vergisi değerinden hesaplanabilir. Ancak sözleşme nedeniyle harç; taşınmazın tamamının değil, paylaşım oranı dikkate alınarak müteahhide kalan kısmının üzerinden alınmalıdır.

1.1.3 İmar Mevzuatı Ve Sözleşmeye Uygun Projeleri Hazırlatma Ve Ruhsat Alma Borcu

Uygulamada genellikle taraflar noterde ilk önce sözleşmeyi imzalamakta, sonra da arsa sahibi tarafından müteahhide, ruhsat alınması, tapu ve kamu kurumlarındaki işlerin takibi

ve inşaat işlerinin görülmesi hususunda yetki içeren vekaletname verilmektedir. Bu iş ve işlemlerin kimin tarafından yapılacağına dair doğan boşluğun, uygulamadaki durum ve teamül dikkate alınarak doldurulması gerekmektedir¹²⁸.

Yargıtay'a göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, projelerin hazırlanması ve inşaat ruhsatı alınması işlemleri arsa sahibine aittir. Ancak, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasa dahi, yapılacak inşaatın ruhsatının alınması veya başka bir husus ile ilgili olarak müteahhide vekaletname verilmesi durumunda, vekaletnamede öngörülen bu işlemlerin müteahhit tarafından yapılması gerektiği varsayılmaktadır.¹²⁹

Aksine teamül olmadıkça müteahhidin ifa için gerekli araç, alet ve edevatı kendi masrafı ile temin etmek olduğuna dair BK m 356/3 hükmünün kıyas alınması ile ruhsat alma borcunun müteahhide ait olduğu sonucuna varılır. Kat karşılığı sözleşmenin tarafı arsa sahibi kendisine kalacak bağımsız bölümleri anahtar teslimi şeklinde almak ister. Gerek inşaat, gerekse idari işlemler bakımından üzerine yükümlülük almak istemez¹³⁰. Esasen bugün için proje hazırlatma ve ruhsat almanın mali ve bürokratik külfeti, bu konuda ihtisaslaşma ve tecrübeye sahip olmayı gerektirmektedir. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde; sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, proje ve ruhsat işlemlerinin müteahhide ait olduğu kabul edilmelidir.

Müteahhide proje ve ruhsat işleri için vekalet verilir verilmemesinin de sonuca bir etkisi olmamalıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, genelde yapılacak inşaatın müteahhidin pay alması söz konusu olmaktadır. Müteahhidin pay sahibi olacağı ve imal faaliyetinin birer parçası olan inşaatın projesinin hazırlanması ve belediyeden ruhsat alınması işlemlerinde, etkin konumda olması gerekir. Arsa sahibinin bedel karşılığı yaptırdığı inşaatlarda, yapılacak binanın tamamı arsa sahibine ait olduğundan, projenin tamamen arsa sahibinin talep ve isteği doğrultusunda şekillenmesi söz konusudur. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ağırlıklı olarak müteahhit veya tarafaların ortak iradesi ile projenin ana hatları belirlenmektedir. Sonuç olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa ve inşaatın pay sahibi olan veya olacak müteahhidin, etkin konumda olmayı istemesi, hayatın olağan akışı, bu konuda uygulamadaki teamül dikkate alındığında, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, proje ve ruhsat işlerinin müteahhide ait olduğu kabul edilmelidir.

Ancak sözleşmenin kurulduğu aşamada, inşaatın projesinin hazır olduğu veya ruhsatının alınmış olduğu durumlarda, bu işlemlerin arsa sahibine ait olduğu sonucuna varılabilir. Uygulamada özellikle yarım kalan veya daha önce başka bir müteahhide verilir, projesi hazırlanan veya ruhsatı alınan inşaatlar bakımından bu işlemlerin arsa sahibi sorumluluğunda kaldığı kabul edilebilir.

3194 sayılı İmar Kanununun 21. Maddesine göre; Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26 ncı maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatıyesi alınması mecburidir.

¹²⁸ KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971, s.140

¹²⁹ -“..... sözleşmede aksine hüküm yer almadığından inşaat ruhsat alımı arsa sahiplerine aittir.”, Y.15. HD. 11.3.1993, E: 192/3285, K: 1196 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 20.6.2002 1937/3347, KARATAŞ ss. 232-233 ; Y. 15. HD. 18.12.1990 4609/5577, KOSTAKOĞLU, s. 260.

¹³⁰ KOSTAKOĞLU, s. 249.

Yapı ruhsatiyesi almak için belediye veya valiliğe,¹³¹ yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir. Eksik veya yanlış olduğu taktirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir (İmar K.m 22).

Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir. Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır. Ruhsat yenilenmesi ve plan tadili sırasında ayrıca harç alınmaz (İmar K. m 29).

17.8.1999 tarihinde meydana gelen deprem faciasından sonra, belediye ve valiliklerin yapılan inşaatları denetlemede gösterdikleri zaafiyet dikkate alınarak, 29.6.2001 tarihinde, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun¹³² kabul edilmiştir. Kanunun uygulanacağı pilot iller; Adana, Ankara, Antalya, Aydın, Balıkesir, Bolu, Bursa, Çanakkale, Denizli, Düzce, Eskişehir, Gaziantep, Hatay, İstanbul, İzmir, Kocaeli, Sakarya, Tekirdağ ve Yalova olarak belirlenmiştir. Pilot illerin genişletilmesi ve daraltılmasına, Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir (YDHK m 11). Görüldüğü gibi büyük illerin tamamı bu Kanun kapsamına alınmıştır.

1.1.4 İnşaatı Sadakat Ve Özenle Yapma Borcu Ve Bu Borca Aykırılıkların Başlıcaları

Müteahhidin özen ve sadakat borcu ile ilgili olarak düzenlemeler eşliğinde konuyu inceleyelim.

İşgörme sözleşmelerinde başkasının menfaatine hareket etme unsuru ön plandadır. Sadakat ve özen borcu, müteahhidin, arsa sahibi yararına olacak şeyleri yapma, zararına olacak şeylerden kaçınmak anlamına gelir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yapılacak imalattan müteahhidin pay alması söz konusu olduğundan, genellikle arsa sahibi ve müteahhidin imal edilen şey konusundaki menfaatleri çakışır. Örneğin müteahhidin binayı ayıpsız ve düzgün yaptığı oranda müşteri bularak satması kolaylaşır.

Müteahhidin sorumluluğunun genel olarak işçinin hizmet akdindeki sorumluluğuna dair olan hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir (BK m 356/1). Hizmet akdinde işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenin ölçüsü, işçinin yetenek ve nitelikleri gözetilerek, sözleşme ilişkisine göre belirlenir (BK m 321/2). Oysa inşaat işinde, arsa sahibi, müteahhidin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilse dahi, müteahhit sorumlu tutulur. Çünkü, müteahhit, arsa sahibine göre işten daha iyi anlayan konumda olduğu gibi, iş sahibinden talimat alma

¹³¹ İmar Kanunu m 5- "İlgili İdare, belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye, dışında valiliktir."

¹³² 13.7.2001 tarih ve 24461 sayılı RG'de yayımlanarak, 12.8.2001 günü yürürlüğe girmiştir (m 14).

konusunda da daha bağımsızdır. Bu nedenle müteahhidin sorumluluğu işçinkinden daha ağırdır.¹³³

Kaldı ki; TTK da her çeşit imal ve inşaa işleri ile uğraşmak üzere kurulan müesseselerin ticarethane sayıldığı (m12/3), her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği (m 20) belirtilmiştir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan müteahhidin bu hükümlere tabi olduğu konusunda bir tereddüt yoktur.

Müteahhidin imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi nitelikte olmamasından iş sahibine karşı sorumlu ve bu konuda, satıcıyla aynı garantiyi borçlu olduğu belirtilmektedir (BK m 357/1). Bu hükümden aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça malzemeyi sağlama borcunun müteahhide ait olduğu sonucuna varılmaktadır.¹³⁴ Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça, malzeme sağlama borcunun müteahhide ait olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Borçlunun orta vasıftan aşağı edimde bulunamayacağına dair BK m 70 hükmü ile malzemenin iyi nitelikte olmasına dair BK m 357/1 hükmünün birlikte değerlendirilmesi sonucu, müteahhidin normal standartların altına düşmeyecek şekilde malzeme kullanması gerektiği sonucuna varılır. Bir örnek vermek gerekirse 1 ve 5. sınıfa kadar klasik (masif) parke sınıfı vardır. Parkenin sınıfı büyüdükçe, tek renkliliği azalmakta, budak, renk farklılığı, yumuşaklığı ve damarlanma artmaktadır. Sözleşmede “salonlar masif parke yapılacaktır” diye bir şart bulunması halinde, müteahhit 2. veya 3. sınıf parke yapabilirse de, 4 veya 5. sınıf yapamaz. 1. sınıf yapmak zorunda da değildir.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, arsa sahibi kullanılacak malzemelerin lüks nitelikte olmasını talep edemez.¹³⁵

Müteahhit imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı, satımdaki ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre (BK m 205/2) sorumludur (BK 357/1). Bu hükme göre, malzemedeki ayıp nedeniyle, doğrudan oluşan zararlardan, müteahhit, bir kusuru olmasa bile sorumlu tutulmalıdır.¹³⁶

Müteahhit, işin tam olarak icrasını tehlikeye sokacak durumların meydana gelmesi halinde, arsa sahibini derhal haberdar etmelidir. Aksi halde bunların sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır (BK m 357/3).¹³⁷

¹³³ SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 93 ; TANDOĞAN, C II, s. 54-55 ; KARAHASAN, İnşaat, s.193 ; “Yüklenici, bir işi yüklenir iken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna ayırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder (Tandoğan Borçlar Hukuku. Özel Borç ilişkileri. Cilt II 1987 başı sayfa 56-58). Yine sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi. verilen sözün tutulması Pacta Sunt Servenda-Ahte Vefa ilkesinin ve ayrıca doğruluk ve dürüstlüğün gereğidir. Nitekim kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığını taşıyan B.K.nun 360. maddesinde yapılan şey...” veya mukavele şartlarına muhalif olursa” iş sahibinin o şeyi kabulden imtina edebileceği hükme bağlamıştır.”, YHGK 30.10.1991, 15-373 / 53.

¹³⁴ TANDOĞAN, C II, s. 105.

¹³⁵ “Davacı iş sahibi davasında sözleşme hükümlerine göre kendilerine kalacak bağımsız bölümlerin lüks malzeme ile yapılacağını iddia etmiş ise de, bu hususu kanıtlamamıştır.”, Y. 15. HD. 27.11.1990, 2528/5078, UYGUR, C I, s. 424.

¹³⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 102 ; TANDOĞAN, C II, s. 107-108 ; ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2006 (İnşaat), s. 188

¹³⁷ Y. 15. HD. 17.1.2001, 5569/272, www.kazanci.com.tr.

Kanunda, müteahhidin eseri şahsen veya kişisel yönetimi altında yaptırmak zorunda olduğu, ancak, eserin niteliğine göre kişisel becerileri önemli olmadıkça, eseri başkasına yaptırabileceği belirtilmiştir (BK m 356). Aynı husus BK m 67 de; “Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir” şeklinde ifade edilmiştir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu yapının bizzat müteahhit tarafından yapılmasının imkansızlığı ortadadır. Müteahhit inşaatta bulunan bir çok kalem işi, ihtisas sahibi alt taşeronlara vermek zorundadır. Örneğin, doğrama, cam, kalorifer, sıhhi tesisat, elektrik, asansör vs gibi bir çok kalem iş, müteahhit ile bu kişiler arasında yapılan sözleşmeye istinaden gerçekleştirilmektedir. Ancak bu işler, müteahhidin yönetim, gözetim, denetimi altında yapılmakta ve bedelleri de müteahhit tarafından ödenmektedir. Müteahhidin inşaatın tamamını da, kendi denetim ve gözetimi altında bir taşerona yaptırması mümkün olmalıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin mahiyeti buna uygundur. Fakat, arsa sahibiyle yapılan sözleşmenin üçüncü bir kişiye devri, arsa sahibinin onam ve icazeti olmaksızın mümkün değildir.

Yukarıdaki açıklamalardan, müteahhidin işin yapımı ve tesliminde gereken özeni göstermesi ve arsa sahibinin menfaatlerini dürüstçe gözetmesi, arsa sahibine zarar verecek davranışlardan kaçınması ve zarar verebilecek hususları önlemek için her türlü önlemi alması gerektiği sonucuna varılır.¹³⁸

Müteahhidin özen ve sadakat borcu, sözleşmenin kurulması ile başlayan ve inşaatın teslimine kadar devam eden bir borçtur. Bu borç inşaatın tesliminden sonra, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu şeklinde kendini gösterir.¹³⁹

İnşaatın devamı sırasındaki özen ve sadakat borcunu ifade eden maddelerden biride BK 358/2. maddesidir. Bu maddede aynen;

-“İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katiyetle tahmin etmek mümkün olursa iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet tâyin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalâta devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir.”

denilmektedir. Söz konusu hüküm, arsa sahibine, inşaatın teslimini beklemezsizin, inşaatı özenle yapmamasından dolayı müteahhide karşı bir takım haklar vermektedir.¹⁴⁰ Bu hükmün uygulanma şartları şöyledir;

a-İnşaatın yapılması sırasında, müteahhidin kusuru ile ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapıp teslim edileceği kesinlikle anlaşılabilir olmalıdır. Örneğin, altı balçık olan bir zeminde yapılacak binanın temeli için, sözleşmede öngörülme bile, projede kazıkların çakılması öngörülmüşken, bu kazıkları çakmadan inşaatın üst katlarına devam eden müteahhidin eylemi buna örnektir. Bundan başka, binanın taşıyıcı sisteminin, çok amaçlı kullanıma hizmet etmek için asmolen (düz tavan) olarak öngörülmüşken, kirişlerin sarktığı kirişli sistemde yapılması, binanın tabanda projesinden daha büyük veya küçük yapılması, taşıyıcı sistemindeki elemanların boyut ve yerlerinin değiştirilmesi, çekme mesafelerine uyulmaması gibi durumlarda BK m 358/2 uygulanabilecektir. Ayıplı veya sözleşmeye aykırı işin Kanundaki duruma uygunluğu, delil tespiti yoluyla yaptırılacak bilirkişi incelemesi

¹³⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 87

¹³⁹ KARATAŞ, s.98

¹⁴⁰ ERMAN, s.46

sonucu belirlenmelidir. Bilirkişilerden, inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak teslim edileceğinin kesinlikle öngörülmesinin mümkün olup olmadığı, ayıp ve aykırılıkların kalem kalem belirtilmesi ve bunların ne kadarlık bir makul sürede ve ne kadara giderilebileceğinin sorulması gerekir.

b-Müteahhide ayıplı veya sözleşmeye aykırı işi düzeltmesi için uygun bir süre verilmeli ve bu süre içinde düzeltmenin yapılmaması durumunda, hasar ve masrafları kendisine (müteahhide) ait olmak üzere ayıplı kısmın düzeltiminin ya da yine hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere işin geri kalanının başkasına yaptırılacağı ihtar edilmelidir. Bu yöndeki bir ihtar, aynen ifanın nama ifa yoluyla sağlanması şeklindedir. Ancak burada, BK m 97/1 den farklı olarak, düzeltilmesi gereken işin, üçüncü kişiye yaptırılması için hakimden izin alınmasına gerek yoktur.¹⁴¹

c-Verilen uygun mehil sonunda müteahhidin ayıplı veya sözleşmeye aykırı işi düzeltmemesi durumunda:

-Arsa sahibi; masraf ve hasarı müteahhide ait olmak üzere, bir başka müteahhit vasıtasıyla bozukluğu giderebilir ya da aynı şekilde¹⁴² isterse işin devamını da bu yeni müteahhide bırakabilir veya

-BK m 106/2 den doğan diğer seçimlik haklarını (aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme) kullanabilir.¹⁴³

Arsa sahibinin, hasar ve masrafı müteahhide ait olmak üzere işi, bir başka müteahhide yaptıracağına dair ihtarı, nama ifa yoluyla aynen ifa niteliğinde olup, diğer seçimlik haklarından vazgeçtiği anlamına gelmemelidir. İşin başkasına yaptırılıp masrafların müteahhitten tahsili, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın somut yönleme göre tazminine çok benzemektedir.¹⁴⁴ Arsa sahibinin diğer seçimlik haklarını da kullanabileceğinin kabulü gerekir. Bir başka anlatımla, arsa sahibi işi başkasına yaptırmak yerine, müspet zararını doğrudan doğruya para olarak da talep edebilir.¹⁴⁵ Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkı da vardır.¹⁴⁶

Müteahhidin inşaatın devamı sırasında özen ve sadakat borcuna aykırı davranışları; sözleşmeye aykırı davranmak, imar mevzuatına uymamak, komşu taşınmazlara veya tesislere zarar vermek yada iş güvenliği mevzuatına uymamak şeklinde gerçekleşmektedir. Şimdi bunları sırasıyla inceleyelim.

¹⁴¹ TANDOĞAN C II, s. 65 ; ERMAN, s. 47 ; KARATAŞ s.104 ; ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK m 358), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 98 vd. (İfadan Önce Dönme), s.108.

¹⁴² Masraf ve hasarı müteahhide olacak şekilde.

¹⁴³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 119 ; TANDOĞAN, C II, s. 65 vd. ; KARATAŞ, s. 105.

¹⁴⁴ Ancak, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ile nama ifa yoluyla aynen ifanın sağlanması arasında farklılıklar vardır. Bunlardan en belirgin olanı, müspet zararın tazmininde, borçlunun temerrüde düşmede kusurunun bulunması şartı varken, nama ifada kusur şartı bulunmamasıdır (AYAN Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s. 235, 177-178 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 375. Ayrıca, müspet zararın tazmininde teslim bağli sonuçlar söz konusu olmaz, AYAN, s. 179. Bundan başka müspet zararda, zarar unsuru, nama ifada ise masraflardan sorumluluk ön plandadır.

¹⁴⁵ TANDOĞAN, C II, s.66

¹⁴⁶ TANDOĞAN, C II, s. 68-70 ; Y. 15. HD. 11.4.1990, 3936/1735, UYGUR, C I, s. 524-525 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 30.5.1996, 1303/3035, UYGUR, C I, s.526-527.

1.1.4.1 Sözleşmeye Aykırı İmalatlar Yapılması

Müteahhidin sözleşmeye aykırı bir şekilde, imalat veya tadilat yapması ya da aldığı vekaletle kat irtifakı kurması, özen ve sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. İnşaatın yapımız sırasında sözleşmeye aykırı davranılması durumunda, arsa sahibinin hangi yollara başvurabileceği yukarıda incelendiğinden, burada ayrıca değinilmemiştir.¹⁴⁷

Sözleşmedeki teknik şartlara aykırı imalat yapılması da özen ve sadakat borcunun ihlali niteliğindedir.¹⁴⁸

1.1.4.2 İmar Mevzuatına Aykırı Davranılması

Uygulamada müteahhidin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışı en çok, imar mevzuatına aykırı yapı inşa etmek suretiyle gerçekleşmektedir.¹⁴⁹

Müteahhidin ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina yapması ve inşaatın devamı sırasında bunun farkına varılması durumunda, arsa sahibi, BK m 358/2 uyarınca müteahhide süre vererek, imar mevzuatına aykırılıkların giderilmesini talep etmelidir. Talebi sonuçsuz kaldıktan sonra, masrafı müteahhide ait olmak üzere imara aykırılıkların düzeltilmesi için kendisine yetki ve süre verilmesini talep edebileceği gibi, sözleşmeden de dönebilir.¹⁵⁰

İnşaatın tamamına yakınının bitirildiği ve imara aykırılıkların çok büyük oranda olmadığı durumlarda, akdin geriye etkili sona ermesine karar verilemez. Bu halde, binayı imara ve sözleşmedeki koşullara uygun hale getirmek için gerekli değişikliklerin yapılabilmesi hususunda önce müteahhide süre verilmesi gerekir. Süre verilmesinin sonuçsuz kalması veya süre tayinine gerek bulunmayan hallerde (BK m 107) masrafı müteahhide ait olmak üzere akdin ifası için arsa sahibine izin verilmesi uygun olur. Çünkü, inşaatın tamamına yakınının bitmesi ve aykırılıkların da önemli olmaması nedeniyle, arsa sahibinin sözleşmeyi geriye etkili sona erdirmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Hakkaniyete uygun çözüm aykırılıkların giderilmesi konusunda müteahhide süre ve imkan vermektir. Müteahhidin bu imkanı değerlendirmemesi halinde ise, masrafı müteahhide ait olmak üzere arsa sahibi eksiklikleri giderebilecek veya bunların masraflarını talep edebilecektir.

İnşaatın tamamlanabilir bir aşamaya gelmediği durumlarda da imar mevzuatına aykırı yapının düzeltilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Yıkımı gerektirecek derecedeki aykırılıklar nedeniyle müteahhit yaptığı imalat için hiçbir şey talep edemez. İmara uygun hale getirilebilecek imalat bakımından, uygun hale getirme masrafları dikkate alınarak imalatın bedeli müteahhide ödenecektir. Bu nedenle, müteahhide aykırılıkları düzeltme imkanı tanınmalı, bundan sonuç alınmadığı takdirde, arsa sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilmelidir. Müteahhidin aykırılıkları düzeltmemesi durumunda, yapılan imalatın bedelinin tespitinde, imara uygun hale getirme masrafları dikkate alınarak, bedelden düşülmelidir.

¹⁴⁷ Y. 15. HD. 18.6.2003, 2002/6354, 3305, www.kazanci.com.tr.

¹⁴⁸ Y. 15. HD. 15.12.1988 1660/4358, www.kazanci.com.tr.

¹⁴⁹ Y. 15. HD. 17.3.2005, 2004/4004, 1553, www.kazanci.com.tr.

¹⁵⁰ Y. 15. HD. 11.4.1990, 3936/1735, UYGUR, C I, s. 524-525.

İnşaatın imar mevzuatına uygun hale getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda ise, inşaatın tamamına yakını bitirilmiş olsa bile, yapı yıkılıp yeniden yapılmadıkça veya buna süre bakımından imkan olmadıkça, arsa sahibinin seçimlik haklarına özellikle de, dönme beyanına değer verilerek, buna uygun tasfiye gerçekleştirilmelidir. Örneğin arsa sahibi daha temel aşamasında betonarme projeye aykırı olarak, temelin radye yerine mütemadi olarak yapıldığını gördüğünde, müteahhide bu aykırılığı gidermesi (temellerin sökülüp usulüne uygun yapılması) için mehil vererek sonucuna göre hareket etmelidir. Ancak binanın %70 seviyelerine geldiği aşamada, ruhsat projesine aykırılıklar nedeniyle yapının yıkımının gerektiği durumlarda, inşaatın süresinde bitmesi mümkün olmadığından veya müteahhide süre verilmesinin faydasız olacağı anlaşılacağından, arsa sahibi doğrudan seçimlik haklarını kullanabilmelidir.¹⁵¹

Tekrar ve önemle belirtmek gerekir ki, inşaattaki imara aykırılıkların giderilip giderilemeyeceği, arsa sahibinin dönme beyanına değer verilmesinde etkilidir. İmar mevzuatına aykırılığın giderilmesi imkanı yoksa ve yıkıp yeniden yapma için mehil tayininin de faydasız olacağı anlaşılıyorsa (BK m 358/1, m 107)¹⁵², inşaatın bitirildiği oranın önemi olmaksızın, arsa sahibi seçimlik haklarını kullanabilir ve bu arada sözleşmeden dönebilir. Yıkımı gereken imalat için müteahhit bir bedel talep edemez. Bu durumda, arsa sahibi yıkım ve ortadan kaldırma masraflarını da müteahhitten talep edebilir.¹⁵³

Sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi ve müteahhitten tapuda bağımsız bölüm alanların tapularının iptali sağlanmadan, doğrudan bunların elatmalarının önlenmesine karar verilemez.¹⁵⁴

Binanın ruhsata bağlanmasının imkansız olduğu durumlarda, arsa sahibi aynen ifayı da talep edebilir. Ancak aynen ifa, imar mevzuatına aykırı imalatın ortadan kaldırılması, imara uygun yapı yapılması ve imara uygun bağımsız bölümler için, gecikme nedeniyle uğranılan zararın tahsilini kapsar. Yıkılması gereken bina ile ilgili eksik-ayıplı işler bedeli, gecikme tazminatı (özellikle kira kaybı), fazladan yapılan işler bedeli, tescil, ecrimisil, elatmanın önlenmesi veya mülkiyetin tespiti istenemez.¹⁵⁵

Yıkılması gereken bir binanın söz konusu olduğu durumlarda, bu binadaki bağımsız bölümlerin geç teslimi nedeniyle kira kaybı istenemez. Sadece sözleşmeye ve imara uygun olarak teslim edilmesi gereken bağımsız bölümler için kira kaybı istenebilir.¹⁵⁶

¹⁵¹ Y. 15. HD. 13.2.2006, 2005/8012, 653, Legal, 2006/12, s. 3825 vd. ; Y.15. HD. 19.12.2005, 2004/7709, 6891, YKD, 2006/8, s. 1275 vd.; Yargı Dünyası, 2006/7, s. 89-90 ; Legal, 2006/2, s. 533-534 ; Y. 15. HD. 17.12.2003, 2994/6062, YKD, 2004/5, s. 732-733 ; Y. 15. HD. 3.7.2003, 706/3720, Yargı Dünyası, 2003/12, s. 74-75 ; Y. 15. HD. 23.6.2003, 1812 / 3372 ; Y. 15. HD. 22.2.1999, 1998/4865, 578, YKD, 1999/6, s. 818 vd.

¹⁵² ALTAŞ, İfadan Önce Dönme, s.107.

¹⁵³ Y. 15. HD. 11.5.2005, 2004/5000, 2920, Yargı Dünyası, 2005/12, s. 120-121.

¹⁵⁴ cY. 15. HD. 21.3.2007, 2005/7482, 1755, İBD, 2008/4, s. 2201-2202.

¹⁵⁵ Y. 15. HD. 30.4.2003, 2002/6245, 2304, YKD 2003/10, s. 1566-1567 Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 19.9.2002, 1577/4036, YKD, 2003/6, s. 927-928 ; YHGK 29.5.2002, 15-286/454, İBD, 2003/4, s. 933 vd.

¹⁵⁶ “Ruhsatsız veya ruhsata aykırı binalar, tadilat projeleri ile yasal hale getirilmedikçe bu yerlerle ilgili olarak tescil, teslim, nefaset farkı ve zararların tazmini gibi talepler dinlenemez. **Sadece, taahhüt edilen ruhsata uygun bina tesliminin gecikmesi nedeniyle gecikilen aylar için kira kaybı istenebilir. ...binanın tadilat projesi ile yasal hale getirilmesinin mümkün bulunmaması halinde ise, davacının kira kaybı dışında, sadece kal isteyebileceği gözetilerek diğer istek kalemlerinin reddine karar vermekten ibarettir.**Eksik incelemeye dayalı karar, yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz eden davacı yararına bozulmalıdır.”, Y. 15. HD. 2.7.2001 1601/3598, YKD, 2002/3, s. 416-417 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 8.4.2002, 6103/1622, KARATAŞ, s.177 ; Y. 15. HD. 29.12.1999, 4511/5021, İBD, 2004/3, s. 1339-1340.

Burada bir hususa dikkat çekmek istiyorum. Arsa sahibinin bazı durumlarda aynen ifade ısrar etmesi anlamsız kalabilir. Örneğin, müteahhidin inşaatı tamamen bitirdikten sonra, ruhsata aykırılık nedeniyle yapıyı tamamen yıkarak yeniden yapmasının kendisinden beklenmeyeceği veya müteahhidin acz içine düşmesi ya da inşaatı terk etmesi gibi durumlarda, arsa sahibinin, aynen ifayı beklemesi kendisine bir fayda sağlamayacaktır.

Yapılan binanın tamamı imar mevzuatına aykırı değilse, sadece, imar mevzuatına uygun olan kısımlar için yasal haklar ileri sürülebilir.¹⁵⁷

İmar mevzuatına aykırı yapı yapan müteahhitten bağımsız bölüm satın alanlar da, arsa sahibine karşı tescil talebinde bulunamazlar.¹⁵⁸

Bu arada, arsa sahibinin imara aykırı imalatları benimsemesi, kullanması ya da bunlara yazılı olarak icazet vermesi durumunda ne olacağı üzerinde durmakta fayda vardır. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılan inşaat kat irtifakı tapuları çıkmış, hatta müteahhide kalacak bağımsız bölümlerden bir kısmı müteahhide tapuda devredilmiştir. Ancak müteahhit tüm daireleri ve inşaatı tabanda 1.20 kat daha büyük yapmıştır. Bu aykırılık, ancak, binanın yıkılıp yeniden yapılması ile giderilebilecek niteliktedir. Müteahhitten tapuda bağımsız bölüm alanlar olduğu gibi, arsa sahibinden de alanlar mevcut olup, bina tamamen bitmiş ve iskan edilmektedir. Müteahhit kendisine kalan, fakat tapuda devri yapılmayan 3 dairenin tapusunu arsa sahibinden talep ettiğinde, arsa sahibi de binadaki ayıp ve eksikliklerin giderilmesini, gecikme tazminatının ödenmesini istediğinde ne olacaktır ?

Arsa sahibi, inşaatın ruhsata aykırı olarak yapıldığını bildiği binayı kabul ettiği ve kullanmaya başladığı için, bu aykırılıklara onay vermiş durumdadır. Bu durumda tarafların iradesinin, kamu düzenine ve emredici kurallara aykırı yönde birleşmesi söz konusudur. Bu iradeye mahkeme kararı ile geçerlilik tanınması mümkün değildir. O nedenle;

a-Arsa sahibi mevcut bina için ayıplı-eksik iş bedeli, gecikme tazminatı talep edemez.

b-Yapıyı imara aykırı olarak kabul ettiği için, mütefarık kusuru dikkate alındığında yapının yıkım ve ortadan kaldırma bedelinden müteahhidi sorumlu tutamayacağı gibi, binanın ruhsata uygun hale getirilmesini de müteahhitten talep edemez.¹⁵⁹

c-Müteahhit de, sözleşmeye aykırı davrandığı için kendisine kalacak bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep edemez.

Uyuşmazlığın, yıkılması gereken binanın varlığını dikkate alacak şekilde yargısal yoldan çözülmesi mümkün değildir. Bu durumda; taraflar ya bir imar affının çıkmasını veya ilgili idare tarafından imar durumunun mevcuda uygun hale getirilmesini bekleyecekler ya da mevcut yapı ile ilgili uyuşmazlığı, yargıya başvurmadan, kendi aralarında sulhen sona erdireceklerdir. Ancak bu sulh sözleşmesinin de emredici kurallara aykırı olması nedeniyle, mahkeme tarafından geçerli sayılması mümkün değildir. Ancak fiili olarak tarafların insiyatifinde bu sözleşmeye uymaları ile uyuşmazlık dondurulmuş olur.

¹⁵⁷ Y. 15. HD. 30.6.2004, 1768/3652, Yargı Dünyası, 2004/11-12, s. 143 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 26.10.2007, 2006/3250, 6678, İBD,2008/4, s. 2203 vd. ; Y. 15. HD. 1.5.2007, 2006/2637, 2864, YKD, 2008/2, s. 268-269 ; Y. 15. HD. 8.4.2004, 2003/5234, 2029, İBD, 2004/4, s.1821 vd.

¹⁵⁸ Y. 14. HD. 12.4.2004, 2165/2983, Yargı Dünyası Dergisi, 2004/4-5, s. 189-190.

¹⁵⁹ Y. 15. HD. 26.10.2007, 2006/5204, 6635, İBD, 2008/2, s. 1035-1036 ; Y. 15. HD. 14.10.2004, 5010/5099, Yargı Dünyası, 2005/4, s. 175-176.

İmar mevzuatına aykırı binadaki bağımsız bölümlerin kiralanması veya bunların satışı gibi durumlarda, bu sözleşmeler geçerli olmayacak mıdır ? Kanımca, bir imal faaliyetine dayanmayan sözleşmelere geçerlilik tanınması gerekir.¹⁶⁰ Aksi halde, ülkemizdeki yapılan %80'i kaçak veya ruhsata aykırı olduğu için, bunlarla ilgili yapılacak tüm sözleşmelerin geçersizliği gündeme gelecektir.

1.1.4.3 Komşu Taşınmazlara Veya Altyapı Tesislerine Zarar Verilmesi

Müteahhidin inşaat yaparken komşu taşınmaza, bir kimseye veya kamu hizmetine tahsisli tesislere verdiği zararlardan arsa sahibi; TMK m 725 (taşkın yapıdan sorumluluk), TMK m 730 (taşınmaz nedeniyle zarar ve tehlikeden sorumluluk), TMK m 738 (kazı ve yapı nedeniyle oluşan zarardan sorumluluk) uyarınca, taşınmaza malik olması nedeniyle, müteahhide rücu hakkı saklı kalmak şartıyla müteahhitle birlikte müteselsilen (BK m 51) sorumlu olacaktır.¹⁶¹ Müteahhit ise haksız fiil hükümlerine göre zarar görene karşı sorumlu olacaktır.¹⁶²

Taşınmaz malikinin sorumluluğuna gidilemediği, (iş sahibinin taşınmaz maliki olmadığı) durumlarda, istihdam edenin sorumluluğu (BK m 55) veya yardımcı şahısların sorumluluğu (BK m 100) kapsamında, iş sahibinden talepte bulunulması mümkün değildir. Çünkü, istisna sözleşmesinde, işverenle çalıştırılan kişi arasında tabiiyet ilişkisi (emir ve hakimiyetinde bulunma hali) yoktur.¹⁶³

1.1.4.4 İş Güvenliği Mevzuatına Aykırı Davranılması Veya Üçüncü Kişilere Verilen Zararlar

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi ile müteahhit veya onun çalıştırdığı kişi arasında tabiiyet ilişkisi (emir ve hakimiyetinde bulunma hali) bulunmadığından, iş kazalarından arsa sahibinin sorumlu tutulması imkanı yoktur. Ancak arsa sahibinin hile veya ağır kusurunun bulunması durumunda sorumluluğu söz konusu olabilir.

-“Eser sözleşmesine dayalı ilişkilerde iş sahibine ancak hilesi veya ağır kusuru sözkonusu ise kusur yüklenebilir.”¹⁶⁴

Müteahhidin üçüncü kişilere verdiği zararlardan da arsa sahibinin sorumlu tutulması mümkün değildir.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Y. 3. HD. 15.7.2008, 11728/13343, İBD, 2008/6, s. 3083-3084.

¹⁶¹ KARAHASAN, İnşaat, C I, s. 204-205.

¹⁶² YHGK, 8.3.2006, 1-127/50, Legal HD. 2006/9, s. 2746 vd. ; Yargı Dünyası, 2006/9, s. 23 vd. ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 5.10.1992, 956/4497, KOSTAKOĞLU, s.414 ; Y. 4. HD. 24.12.1985, 9471/10279, UYGUR, C I, s. 384.

¹⁶³ Y. 4. HD. 25.12.2003, 15798/15311, İBD, Cilt 78, Sayı :2, Yıl : 2004 ; Aynı doğrultuda: YHGK 20.11.2002, 4-989 / 991, Yargı Dünyası Dergisi Mart 2003 s.44-45 ; Y 1. HD. 30.9.1991, 6645/10666, UYGUR, Borçlar Kanunu Şerhi (m356), ss.362-363 ; Y. 4.HD. 27.4.1957, 1199/2515, KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan ve Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul, 1995, s. 952.

¹⁶⁴ Y. 15. HD. 21.2.2007, 2005/7645, 1075, www.kazanci.com.tr.

¹⁶⁵ KARAHASAN, İnşaat, C I, s. 205 ve devamındaki içtihatlar.

Müteahhidin üçüncü kişilere zarar vermesi ihtimaline karşı, sorumsuzluğunu öngören şartların sözleşmede yer alması durumunda, BK m 99 ve m 100/3 kapsamında bu şartlar geçerli olabilecektir.¹⁶⁶

1.1.5 İnşaatı Sözleşmeye Uygun Teslim Borcu

Müteahhidin eseri teslim borcu BK'da açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu borca aykırı davranış durumunda genel hükümlere (BK m 101-108) başvurulur¹⁶⁷. Ancak m 358/1 de; iş sahibinin teslim için belirlenen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebileceğinin, BK m 360/1 de; iş sahibinin eseri kabulden imtina edebileceğinin, BK m 363/3 de; zamanaşımının teslim almadan itibaren olduğunun belirtilmesi, eseri teslim borcunun göstergesidir.¹⁶⁸

Müteahhit bakımından teslim, tamamlanmış inşaat üzerinde fiili hakimiyetin ifa amacıyla iş sahibine geçirilmesidir.¹⁶⁹

Müteahhit, arsa sahibine kalması gereken bağımsız bölümleri veya inşaatı sözleşmeye göre teslim etmelidir. Teslimi ispat yükü müteahhide aittir. Teslim bir hukuki fiil olduğundan her türlü delille ispat edilebilir.¹⁷⁰

Arsa sahibinin, hiçbir haklı gerekçe yokken, teslim almadan kaçınması üzerine, bağımsız bölümlerin anahtarları tevdi edilerek teslimin gerçekleştirilmesi uygun olur (BK m 91).

Teslim alma ile işin kabulü kavramlarının birbirinden ayrılması gerekir. İşin kabulü (BK m362), müteahhidin yaptığı eserin sözleşmeye uygun görüldüğü ve açık ayıp iddiasında bulunmayacağı yönündeki beyana karşılık gelir. Bu nedenle teslim almada teslimin hukuki sonuçlarına yönelik bir irade söz konusu değildir.¹⁷¹ Onun için kaynak Kanunda konu ile ilgili bölümde teslim alınan esere muvafakat edilmesinden bahsedilmektedir.¹⁷² Teslim ile birlikte;

a) Yarar ve hasar arsa sahibine geçer (BK m 368).

b) Ayıp ve eksikliklerin tazmini ile müteahhidin alacağı bakımından zamanaşımı işlemeye başlar (m 363, 128).

c) Ayıba karşı tekeffül nedeniyle muayene ve ihbar süreleri işlemeye başlar (BK m 369).

d) Müteahhidin ücret alacağı muaccel olur (BK m 364).

¹⁶⁶ AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s.11.

¹⁶⁷ TANDOĞAN, C II, s. 130 ; SOYSAL, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Teslim Borcunda Temerrüdün Sonuçları, 22.12.2008 (Teslimde Temerrüt) http://www.paradoks.org/makale/yil2_sayi2/cigdem.pdf, s. 2.

¹⁶⁸ TANDOĞAN, C II, s. 124

¹⁶⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 35

¹⁷⁰ "Kural olarak, eserin arsa sahibine teslim edildiğini ispat yükleniciye düşer. Maddi bir olay olması bakımından teslim taraflar arasında düzenlenecek bir teslim tutanağı ile ispatlanabileceği gibi diğer yazılı deliller veya tanık sözleri ile de ispatlanabilir.", Y. 15. HD. 21.6.2004,2003/6321, 3464, www.kazanci.com.tr.

¹⁷¹ TANDOĞAN, C II, s. 127.

¹⁷² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 36.

e)Arsa sahibinin teslimden sonra zararını (ayıplı + eksik işler, gecikme tazminatı, kira kaybını vs.) istemekte gecikmesi, mütefarık kusurunu oluşturur ve artan zarardan sorumlu olur.

Teslimin yapı kullanma (iskan) iznine bağlanması HUMK m 287 uyarınca yazılı delil sözleşmesi niteliğindedir. Müteahhidin başka türlü yapmak istediği teslim sözleşmeye uygun sayılmaz. Arsa sahibi bu halde bağımsız bölümleri teslim almaya veya karşı edimini yerine getirmeye de zorlanamaz.¹⁷³

Sözleşmede arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin anahtar teslimi olarak teslim edileceği hükmü bulunuyorsa, yapı kullanma izni alınmaksızın teslim gerçekleşmiş olmaz. Yapı tamamen bittiği taktirde, yapının tamamının, ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti için bu izin belgesi düzenlenir (İmar Kanunu m 30). İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir (İmar Kanunu m 31). İmar Kanununun 30 ve 31. Maddeleri dikkate alındığında, sözleşmede “anahtar teslimi” ibaresi yer aldığına, bununla yapının tamamen bitirilmiş olarak tesliminin, dolayısıyla da yapı kullanma izninin alınmış olmasının kast edildiği anlaşılır.¹⁷⁴

Teslimin, “yapı kullanma izni”, “iskan izni”, “oturma (raporu) ruhsatı” veya “anahtar teslimi” gibi şartlara bağlanması durumunda, arsa sahibinin kendisine kalan bağımsız bölümlerde fiilen tasarruf etmeye başlaması, içinde oturması veya kiraya vermesi, dolayısıyla fiili teslimin yapılması, ancak, hukuki anlamda teslimin bulunmadığı durumlarda ne olacaktır? Kanımca fiili durum görmemezlikten gelinemez. Arsa sahibinin bağımsız bölümleri fiilen teslim alması, yapı kullanma izni alınması ile ilgili hükmün tadil edildiği anlamına gelmemelidir. Bu durumda hukuki anlamda bir eksiklik, daha doğrusu eksik teslim vardır. Eksik teslimle illiyet bağı içinde olan tüm zararlar talep edilebilmelidir. Bu zararların teslim tarihinin ilerisine taşınması arsa sahibinin mütefarık kusurunu oluşturacaktır. Buna göre fiili olarak bağımsız bölümleri teslim alan arsa sahibi;

a)Teslim tarihi itibarıyla ayıplı-eksik iş bedellerini isteyebilir.

b)Yapı kullanma izni alınması için gerekli masrafları isteyebilir.

c)Teslime kadar ki ifaya ekli cezai şartı, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmışsa seçimlik cezayı isteyebilir.

¹⁷³ “...27.5.2002 tarihli "genel iskan raporu" başlıklı belgede, bu belgenin yapı kullanma izni yerine geçmeyeceği açıklanmıştır. Davacı arsa sahibi, iskan ruhsatı mevcut olmayan binayı teslim almaya zorlanamayacağına ve gecikmede kendisine kusur yükletilemeyeceğine göre mahkemece davacının bu dönem için gerçekleşen döviz alacağına dava tarihinden itibaren döviz faizi ile birlikte fiili ödeme tarihindeki TL karşılığında hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 14.4.2005, E: 2004/4051, K:2296, İBD, 2005/5, s. 1841-1842 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 12.11.2003 2495/5405, YKD, 2004/6, s. 905-906.

¹⁷⁴ “...sözleşmenin 10/E.maddesinde yükleniciye ait bölümlerin tapularının, arsa sahiplerine ait 12 dairenin anahtar teslimi yapıp teslim edildiğinde ve anahtar teslimi ibaresi iskan ruhsatını içerdiğinden, dava tarihi itibarıyla de ruhsat alınmadığından davanın açılmasına davalıların sebebiyet vermedikleri anlaşılmalı mahkemece davalıların masraf ve vekalet ücreti ile yükümlü tutulması da usule aykırı bulunmuştur.”, Y. 15. HD. 13.3.2008 7148/1599 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 17.9.2007 3700/5356 ; Y. 15. HD. 28.2.2005, 2004/4417, 1075, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 8.6.2004, 2003/6242, 3206, YKD 2004/11, s. 1719-1720 ; Y. 15. HD. 20.5.1991 3456/2872, UYGUR, C II, s. 77.

d) Teslimden sonra, ayıp ve eksikliklerin giderilmesi ve yapı kullanma izni alınması gereken makul süreyle sınırlı olarak zararlarını (Örneğin şantiye suyu ve elektriği kullanılması, bağımsız bölümün düşük tutardan kiraya verilmesi vs.) isteyebilir.

e) Zararlarının karşılanmaması durumunda, bağımsız bölüm devrinden kaçınabilir.

f) Sözleşmeye aykırı teslimle illiyet bağı içinde olan diğer zararlarını isteyebilir. (Örneğin kendisine kalan bağımsız bölümlerden bazılarını üçüncü şahıslara satmışsa, bunlara karşı ayıp ve eksiklik nedeniyle ödediği bedeller gibi)

Ancak, gecikme nedeniyle uğranılan kira kaybının tamamını istemesi mümkün olmamalıdır. Çünkü teslim alınan bağımsız bölümde hem fiilen tasarruf edilmesi hem de hiçbir faydalanma yokmuş gibi kira kaybının istenmesi çifte şekilde zenginleşmeye neden olacaktır.

İskan iznine bağlı teslim sözleşmelerinde yapı kullanma izni alınıncaya kadar ifaya ekli cezai şartın ödenmesi gerektiği kabul edilmelidir. İnşaatı teslim alma, yapı kullanma izninin alınmasından vazgeçme olarak yorumlanamaz. Eksik yapılan teslimde, eksiklik giderilinceye kadar, kararlaştırılan cezadan müteahhit sorumlu tutulmalıdır. Müteahhit bu şekilde eksik ifayı tamamlamaya zorlanacaktır.¹⁷⁵

Ancak sözleşmede iskan izni alınmış şekilde veya anahtar teslimi teslim şartı yoksa, sadece süresinde teslim etmeme durumu için cezai şart öngörülmüşse, arsa sahibi teslimden sonra cezai şart isteyememelidir. Hem bağımsız bölümleri teslim almak, hem de hiç teslim yokmuşcasına değerlendirme yapmak mümkün olmamalıdır. BK m 158/2 de “Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir” denilmektedir. Teslim alma ile akdin belirli bir zamanda eksik de olsa ifasının gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Yapı kullanma izni alınmamasının seçimlik cezai şarta tabi tutulması da mümkündür. Sözleşmede, teslim olgusu dışında, sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle cezai şart kararlaştırılmış ve bu cezanın aynen ifa halinde de ödeneceği belirtilmişse, bunun, BK m 158/1. madde kapsamında teslimden sonra da istenebilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin, sözleşmede, yapı kullanma iznin alınması için gecikilen her ay için arsa sahibine belli bir bedel ödenmesi kararlaştırılmışsa, inşaat teslim alınsa bile bu izin alınıncaya kadar dönemsel seçimlik ceza talep edilebilir.

Arsa sahibinin ruhsata aykırı yapılan ve düzeltilerek imar durumu veya ruhsata uygun hale getirilmesi de mümkün olmayan bağımsız bölümleri fiilen teslim alması ve kullanmaya başlaması durumunda ne olacaktır ? Örneğin, bina zeminde 300 m2 üzerine oturması gerekirken 400 m2 üzerine oturtulmuştur. Bu aykırılığın düzeltilmesi ancak binanın tamamen yıkılarak yeniden yapılması ile mümkündür. Arsa sahibi aykırılığı kabullenip bağımsız

¹⁷⁵ “ Taraflar teslimin ancak iskan ve iskanla ilgili giderlerin yüklenici tarafından karşılanması halinde yapılmış sayılacağını kararlaştırmıştır. Dosyada yer alan belediye başkanlığının 9.8.1984 tarihli cevabi yazısı ve bilirkişi raporundan inşaatın iskanının alınmadığı, bu hususta başvuruda bulunulmadığı anlaşıldığına göre, ortada yanlarca sözleşmede öngörüldüğü şekilde bir teslim varlığından bahis olunamaz. İnşaatın fiilen teslim alınmış olması da sözleşmede öngörülen şartı değiştirmeyeceğinden mahkemece davacının 60.000.000 TL ceza alacağını da hüküm altına alınması yerine bu kalem isteğinin yazılı gerekçelerle reddi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 15. HD. 11.12.1995 6704/7302, UYGUR, C II s.82.

bölmelerinde tasarruf etmeye başlamış olması, emredici hükümlere aykırı bir sözleşmenin ifasını kabul ettiği anlamına gelecektir. Bu kabul ise bir sonuç doğurmaz. O nedenle, arsa sahibi bu bağımsız bölümlerle ilgi kira kaybı, eksik ayıplı işe bedeli de isteyemez. Bu durum, müteahhidin sadakat ve özen borcu ile ilgili bölümde detaylı olarak ele alınmıştır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle teslim tarihi, sözleşmeden veya inşaat ruhsatından itibaren belirli bir süre olarak kararlaştırılmaktadır. Doğrudan bir tarih olarak da kararlaştırma söz konusu olmaktadır. Teslim tarihinin sözleşme ile tespit edilmediği durumlarda, işin mahiyetine göre tayin edilmelidir (BK m 70).

Teslimle ilgili değişik durumları inceleyelim.

1.1.5.1 İnşaatın Teslim Tarihinin Belirlenmemiş Olması

1.1.5.1.1 İnşaata Başlamada Temerrüt

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra arsa sahibi, müteahhidin derhal işe başlamasını isteyebilir.¹⁷⁶ Müteahhidin BK m 74¹⁷⁷ kıyas alınarak derhal işe başlamasının istenmesi mümkündür. Yoksa inşaata derhal başlaması değil. Çünkü, işin niteliği gereği, projelerin hazırlanması ve ruhsat alınması için belirli sürelerin geçmesi gerekmektedir.¹⁷⁸ İşe başlamadan kasıt bu çalışmalara başlanmasıdır. Örneğin belediyeden imar durumunun, kadastrodan çap, kroki alınması, mimar ile sözleşme yapılması gibi.

Ancak uygulamada arsa sahibi bakımından işgörme, daha doğrusu ruhsat alınarak inşaata başlama anı önem taşımaktadır. Esasında arsa sahibinin işe başlama konusunda müteahhidi temerrüde düşürmesinde zorluklarla karşılaşılması söz konusudur. Müteahhit imar durumu aldığını, mimarla sözleşme yaptığını, projelerin hazırlanmakta olduğunu vs. ileri sürerek işe başladığını belirtebilir. Bu nedenle ruhsat alma veya fiilen inşaata başlama tarihi bakımından müteahhidin temerrüde düşürülmesi daha uygundur. Sonuç olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanması ile aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, müteahhidin işe başlamasının istenmesi mümkündür. İşe başlama, muaccel hale gelmiştir ama inşaata başlama gelmemiştir. İnşaata başlama tarihi ise, sözleşmeden itibaren makul bir ruhsat alma süresi dikkate alınarak belirlenecektir. İnşaata başlama ve bitirme süresinin sözleşmede kararlaştırılmadığı ve müteahhidin de işe başlamadığı durumlarda, arsa sahibinin, BK m 106 daki seçimlik haklarını kullanabilmesi için müteahhidi temerrüde düşürmesi gerekir. Bunun için de, ruhsat alma ve inşaata başlama için makul süre beklenmeli, makul süre dolduktan sonra, muaccel hale gelen ruhsat alma işlemi ve inşaata başlama faaliyeti bakımından, müteahhide ek süre de verilmek (mehil tayin edilmek) suretiyle, müteahhit temerrüde düşürülmelidir. Daha sonra ihtar ve süre tayinine rağmen inşaata başlamayan müteahhide karşı BK m 106 daki seçimlik hakları kullanılabilir. Bu gibi durumlarda, ihtarla birlikte mehil tayininin yapılması daha isabetlidir. Uygulamada da ihtar ve süre tayini aynı anda yapılmaktadır. Bu süre içinde hiçbir haklı neden olmaksızın işe başlamayan müteahhit hakkında BK m 106 daki seçimlik haklar kullanılabilir.¹⁷⁹

¹⁷⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 82.

¹⁷⁷ BK m 74-“Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir.”

¹⁷⁸ ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 117.

¹⁷⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.82.

İşe başlamak ile inşaata başlamak arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamak istiyorum. İnşaata başlamak için gerekli makul süre, yapılacak inşaat için gerekli hazırlık hareketleri dikkate alınarak belirlenecektir.¹⁸⁰ Burada her olayın özelliğine göre değerlendirilme yapılması gerekir. Örneğin, proje ve ruhsat işlemleri yanında, arsa üzerindeki eski yapıdaki kiracının tahliyesi, ifraz, tevhit, yola terk gibi işlemlerin yapılmasından sonra inşaata başlanmasının söz konusu olduğu durumlarda, inşaata başlama süresinin uzayacağı tabiidir.¹⁸¹

Yukarıda anlatılanları somut bir örnekle açıklayalım. Ruhsat alma ve inşaata başlamak için makul süre 3 aydır. Sözleşme 1.1.2009 da imzalanmıştır. Arsa sahibi sözleşmenin imzalanmasından itibaren 3 ay geçmesine rağmen müteahhidin inşaata başlamadığını görürse, müteahhide inşaata başlaması için örneğin 10 Nisan 2009 da ihtar göndermeli ve ihtarda en geç ihtarın tebliğ tarihinden itibaren 3 ay içinde inşaata başlamasını müteahhitten talep etmelidir. Bu 3 ay sonunda da işe başlamayan müteahhit hakkında arsa sahibi, temerrütten doğan seçimlik haklarını kullanabilmelidir.

İnşaata başlama süresinin belirli ancak teslim tarihinin belirli olmaması durumuyla pratikte karşılaşmak zordur. Çünkü, inşaatı teslim süresini belirlemeyen tarafların, inşaata başlama tarihini belirlemelerini beklenemez. Ancak çok seyrek karşılaşılabilecek bu durum da aşağıdaki şemada gösterilmiştir.

1.1.5.1.2 İnşaatı Teslimde Temerrüt

İnşaata başlanmakla birlikte teslim süresinin belli olmaması nedeniyle müteahhidin işi ağırdan alması durumunda, mevcut seviye dikkate alınarak inşaatın makul bir şekilde hangi sürede bitirilebileceği saptanmalıdır. Bundan sonra müteahhitte, işi hızlandırması ve uygun sürede bitirmesi için temerrüt ihtarıyla, makul süre tanınmalıdır. İhtarın tebliğ tarihine kadar oluşan gecikmeden müteahhit sorumlu tutulamayacaktır.¹⁸² Çünkü, gerek inşaata başlama, gerekse teslim tarihinin kararlaştırılmamış olması söz konusudur. Arsa sahibi, inşaatın teslim tarihinin belirlenmesi konusundaki ihmali davranışının sonuçlarına katlanmalıdır. Müteahhidin gecikmeden işe başlayıp, işi sürdürmesini arzu eden arsa sahibinin bu konuda müteahhidi temerrüde düşürmesi gerekir. İhtarla makul süre verilir, işlemeye başladıktan itibaren, müteahhidin işi ağırdan almaya devam etmesi ve makul sürenin kalan kısmında da işin bitirilemeyeceğinin kesin olarak anlaşılması veya sürenin sonunda işin tamamlanmaması halinde, arsa sahibi temerrüt nedeniyle seçimlik haklarını kullanabilir (BK m 106, 358). Somut bir örnek vermek gerekirse, normal tempoda inşaatın bitirilme süresi 20 aydır. Müteahhit daha 10. Ayda inşaatın %20 sini yapmıştır. Buna göre bakiye makul süre 20 ay – 20ayx%80 = 16 aydır. Arsa sahibi, müteahhide ihtarla 16 aylık bir ek süre verecektir (mehil tayin edecektir). Süre işlemeye başladıktan sonra, sürenin kalan kısmında işin bitirilemeyeceğinin anlaşılması durumunda, örneğin 10 ay geçmesine rağmen, halen kaba inşaat (inşaatın yaklaşık % 40'ı) bitmemişse, arsa sahibi süre sonunu beklemeksizin temerrütten doğan seçimlik haklarını kullanabilecektir.

¹⁸⁰ ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s.117.

¹⁸¹ Y. 15. HD. 18.6.2003 767/3319.

¹⁸² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 84.

-“Taraflar arasında mevcut kat karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin ikmal ve teslim tarihi kararlaştırılmamıştır. Böyle olunca, davalı iş sahipleri makul bir süre tanıyarak, eserin tamamlanmaması halinde fesih yoluna gidebilirler.”¹⁸³

Yukarıda açıklandığı üzere, inşaatın başlanması ve inşaatın tamamlanması için gerekli makul sürelerin belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu süreler, inşaatın durum ve seviyesinin belirlenmesi ile birlikte delil tespiti (HUMK m 368-374) yoluyla veya inşaat mühendisleri odası bilirkişisi ya da özel bilirkişi görüşleri ile en kısa zamanda belirlenebilir.

1.1.5.2 İnşaatı Teslim Tarihinin Belirlenmiş Olması

1.1.5.2.1 İnşaatın Başlamada Temerrüt

1.1.5.2.1.1 İnşaatın Başlama Tarihi Sözleşme İle Belirlenmemiştir

İnşaatın başlama süresinin sözleşmede kararlaştırılmadığı, ancak teslim tarihinin belirli olduğu durumlarda da, müteahhidin inşaatın başlamaması üzerine, arsa sahibinin, makul inşaatın başlama süresini bekledikten sonra, bir ihtarla, aynı makul süreyi tanıyarak, müteahhidi temerrüde düşürmesi ve seçimlik haklarını kullanabilmesi gerekir. Bu süreç de yukarıda E 2-2-1-1 de açıklandığı şekilde gerçekleşir. Aksi halde arsa sahibinin kullandığı seçimlik hakka değer verilmez. Özellikle inşaatın bitim süresinin ruhsat alımına bağlandığı durumlarda, uygun bir süre içinde ruhsat alınmazsa, ruhsat alımı için müteahhide mehil verildikten sonra, seçimlik haklar kullanılmalıdır.¹⁸⁴

İnşaatın başlama tarihinden itibaren inşaatın bitim süresinin belirlendiği hallerde, aradan çok uzun bir süre geçmesine rağmen inşaatın başlamayan müteahhit yerine başka bir müteahhitle sözleşme yapılarak eski müteahhit hakkında sözleşmeden fiili olarak dönme mümkün olabilir.¹⁸⁵

İnşaatın bitim tarihi dikkate alındığında, bakiye sürede işin bitirilmesi imkanı varsa, arsa sahibinin, işin bitirilebileceği süreden önce **inşaatın başlama konusunda müteahhidi temerrüde düşürmeksizin ve müteahhide ek süre vermeksizin (mehil tayin etmeksizin)** seçimlik haklarını kullanması mümkün değildir. Örneğin sözleşmede kararlaştırılan süre sözleşme tarihinden itibaren 24 aydır. Ancak müteahhidin bu işi 16 aya kadar da bitirme imkanı vardır. Daha ikinci ayda, müteahhidi işe başlama konusunda temerrüde düşürmeden, işe başlanmaması nedeniyle, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi haklı olmayacaktır. Bu durumda arsa sahibi, inşaatın başlanması için 3 aylık bir makul süre gerekiyorsa, bu süreyi beklemeli, daha sonra, inşaatın başlaması için müteahhide 3 aylık ek süre vermeli (mehil tayin etmeli) ve bu sürede de inşaatın başlanmaz ise seçimlik haklarını kullanabilmelidir.

-“Yüklenicinin akit tarihinden itibaren proje düzenleme süresinin ihtar tarihi de gözetilmek suretiyle, muhik bir süre olduğu ve inşaatın başlanmasına yönelik sözleşmede

¹⁸³ Y. 15 .HD. 12.10.1989 4856/4183, KARATAŞ, s. 113.

¹⁸⁴ Y. 15. HD. 23.6.1994, 1993/5225, 4242 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 20.1.1994, 1993/441, 176, www.kazanci.com.tr .

¹⁸⁵ Y. 15. HD. 11.11.2002 3552/5068, KARATAŞ, s. 108.

başkaca bir süre de tespit edilmediğinden, davalıların akdi fesihte haklı olduğu kabul edilemez.”¹⁸⁶

Doktrinde, sözleşmede sadece inşaatın teslim tarihinin kararlaştırıldığı, ancak inşaaata başlama tarihinin belirlenmediği durumlarda, BK m 358/1 uyarınca sözleşmeden dönmenin, inşaatın zamanında tamamlanarak tesliminin bütün tahminlere nazaran öngörülememesi haline münhasır olduğu ifade edilmektedir. Bir başka anlatımla, arsa sahibinin inşaaata zamanında başlanmaması nedeniyle seçimlik haklarını kullanması mümkün değildir. Bunun gerekçesi ise, tarafların farazi iradesinin, inşaaata başlanmasının inşaatın tamamlanabileceği tarihe kadar geciktirilebileceği yönünde olduğuna dair kabuldür. Buna göre, müteahhit, inşaaatı zamanında tamamlanma imkanına sahip olduğu sürece, dilediği zamanda işe başlamakta, ara vermekte, işi yavaşlatmak veya hızlandırmakta serbesttir.¹⁸⁷ Bu görüş eleştiriye açıktır. İnşaaata zamanında başlamayan ve devam etmeyen müteahhidin işi zamanında bitirme konusunda duyarsız olduğu sonucuna varılmalıdır. Arsa sahibinin bu duyarsızlık karşısında, elini kolunu bağlayacak yorumlardan kaçınılmalıdır. Arsa sahibinin işe ve inşaaata başlanması konusunda sözleşmeye hüküm koymaması, onun müteahhidin dilediği zamanda inşaaata başlayacağını kabul ettiği anlamına gelmez. Arsa sahibinin, müteahhidin makul bir süre içinde işe ve inşaaata başlayacağı inancı ile hareket ettiği kabul edilerek sözleşmeye bu yönde hüküm koymadığı sonucuna varılmalıdır. Bu durumda, BK m 74 kıyas alınarak, sözleşmenin yapılmasından sonra ifa için harekete geçilmesi gerektiği yönünde değerlendirme yapılmalıdır. Bu arada zamanında inşaat ruhsatının alınmaması nedeniyle, imar durumunda menfi değişme veya imar izninin ortadan kalkması söz konusu olabilir. Arsa sahibinin inşaaata bir an evvel başlanmasını istemesinde hukuki yararı vardır. İnşaatın teslim tarihinin sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda, işe başlanmama nedeniyle temerrüt söz konusu olabiliyorken, teslim tarihinin ekarlaştırıldığı hallerde evveliyetle işe başlanmaması nedeniyle temerrüt söz konusu olabilmelidir. Teslim tarihini sözleşmeye koydurmayan arsa sahibinin daha çok korunmasına yol açan bu yorum tarzı eleştiriye açıktır. d

İnşaatın teslim süresinin, müteahhidin işe başlamasından, ruhsat almasından, temel vizesi yapılmasından vs. itibaren işleyeceğinin öngörüldüğü durumlarda, müteahhidin bu iş ve işlemleri yapmaması üzerine inşaat süresi işlemeyebilecektir. Bu durumda, süreyi başlatan bu iş veya işlemlerin yapılması için gereken süre dolduktan sonra, verilecek mehil sonucuna göre seçimlik haklar kullanılabilir.¹⁸⁸ Örneğin inşaatın bitim süresi inşaat ruhsatı tarihinden itibaren 36 ay ve inşaat ruhsatı da 4 ayda alınabiliyorsa, 4 ay geçtikten sonra, müteahhide ihlarla ruhsat alması için 4 aylık ek süre verilmeli, ruhsatın alınmaması halinde temerrüde düşen müteahhit hakkında seçimlik haklar kullanılabilenmelidir. Temel üstü vizesi veya ruhsatı ile ilgili uygulamadaki durum, aşağıdaki şemanın devamında incelenecektir.

1.1.5.2.1.2 İnşaaata Başlama Tarihi Sözleşme İle Belirlenmiştir

İnşaaata başlama tarihi sözleşme ile kararlaştırılmışsa, bu tarihte işe veya inşaaata başlamayan müteahhit temerrüde düşer. Arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanması için, müteahhide uygun bir mehil vermesi gerekir (BK m 106/1). Yargıtay, işin zamanında

¹⁸⁶ Y. 15. HD. 30.5.1989, E:1988/3349, K:2577, KOSTAKOĞLU, s.381.

¹⁸⁷ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 117-118, 120-121 ; AYAN, s. 332-333.

¹⁸⁸ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 117, Sayın Yazar, bu durumda mehil tanınmaksızın BK m 358/1 uyarınca sözleşmenin feshedilebileceği görüşündedir.

tamamlanma imkanı bulunduğu sürece, müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan tarihte işe başlamamasının dönme nedeni sayılmayacağı görüşündedir.¹⁸⁹

Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça ruhsat alımının müteahhide ait olduğu kabul edilmelidir. Uygulamada, arsa sahibinin ruhsat işini üzerine aldığı sözleşme yok denecek kadar azdır. Kanunda açıkça düzenlenmemiş bir hususta uygulamadaki durum (örf ve adet) dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır (TMK m 1).

İşe başlama ve işin bitim süresinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, işe zamanında başlanmasa da, vadede eserin bitirilmesi olanağı varsa, sözleşmenin bozulması istenememelidir. Sözleşmede işe başlama tarihinin belirtilmesi durumunda, arsa sahibinin işe başlanmasını isteyebilmesi gerekir. Kaldı ki, BK m 358/1 de müteahhidin işe zamanında başlamaması tek başına sözleşmeden dönme nedeni sayılmıştır. Ancak, sözleşmede kararlaştırılan tarihte işe başlanmaması nedeniyle, müteahhide mehil verilmesi gerekir (BK m 106/1). Bu mehilin, makul olması durumunda arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir.¹⁹⁰ İnşaatın belli bir tarihte başlaması konusunda tarafların sözleşmeye yansıyan iradesi görmezden gelinmemelidir. Yukarıdaki karara konu somut olayda işin süresi, ruhsat alımından itibaren 20 ay olarak kararlaştırılmıştır. Daha değişik bir ifadeyle, bu başlık altında incelediğimiz konu kapsamında, inşaata başlama süresi sözleşme ile kararlaştırılmış da değildir. Bu durumda işin kararlaştırılan sürede bitirilip bitirilmediği ruhsat alımına bağlıdır. Bir başka anlatımla vadede inşaatın bitirilip bitirilemeyeceğinin tespiti ruhsat alımından sonra yapılabilecektir. Dolayısıyla, somut olayın koşulları dikkate alındığında da, arsa sahibinin ruhsat alımı konusunda müteahhidi temerrüde düşürebileceği ve temerrüt sonucunda da seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir.

Sözleşmede inşaata başlama süresi belirlenmiş ve bu süreye uyulmamasının dönme nedeni sayılacağı kararlaştırılmış olsa bile, yüklenicinin kusuru ile gecikmesi söz konusu değilse, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi haklı sayılmaz.¹⁹¹

Ruhsatın belli bir sürede alınmaması veya inşaata belli bir sürede başlanmamasının kesin olarak dönme sebebi yapılması isteniyorsa, müteahhidin hiçbir kusur ve ihmalinin bulunmaması halinde dahi, arsa sahibinin dönme yetkisinin bulunduğu açıkça sözleşmede kararlaştırılması gerekir.

1.1.5.2.2 İnşaatı Teslimde Temerrüt

Müteahhit inşaata başladıktan sonra, bitim süresinin de belirli olduğu durumlarda, aradan geçen zaman dikkate alınarak, bakiye süre içinde işin bitmesi imkanı yoksa arsa sahibi sözleşmeden BK m 107/1 veya BK m 358 hükmüne dayanarak dönebilecektir.¹⁹²

¹⁸⁹ “İşe zamanında başlanmasa da vadede eserin bitirilmesi olanağı varsa sözleşmenin bozulması istenemez. Ayrıca, maddede yer almamakla beraber yüklenicinin direngen duruma düşebilmesi için genel hükümlere göre iş sahibi tarafından yükleniciye işe başlaması için uygun bir mehil tanınarak ihtar yapılması da zorunludur.”, Y. 15. HD. 11.3.1993, 1992/3285,1196, www.kazanci.com.tr.

¹⁹⁰ AYAN, s. 344, Sayın Yazar da aynı görüştedir.

¹⁹¹ “...sözleşmedeki fesih yetkisi inşaata başlama tarihinin geçmesine rağmen başlanılmamış olması hali için tanınmış olup, projelerin süresinde yapılmamış olmasının tanınan fesih yetkisinin kapsamında kabulü yanlış olduğu gibi, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde yapılmamasında yüklenicinin kusuru ile gecikmeye neden olduğu kabul edilemeyeceğinden, davalının akdi feshi haklı görülemez.”, Y. 15. HD. 2.3.1990 190/919, KOSTAKOĞLU, ss. 392-393.

Arsa sahibinin, inşaatın teslim süresi dolmadan önce, sözleşmeden dönme yerine aynen ifadan vazgeçip tazminat isteyebilmesinin de mümkün olduğunu düşünüyorum. Çünkü kalan sürede inşaatın bitirilemeyecek olması durumunda, BK m 107/1 uyarınca borçlunun hal ve vaziyetinden mehil tayininin, dolayısıyla da ihtarin gereksiz olacağı sonucu çıkar. Teslimde gecikerek temerrüde düşmesi kesin olan müteahhidin, inşaatı tamamlamasını beklemek veya süre vererek tazminat talep etmek anlamsızdır. Bu nedenle teslim süresi beklenmeksizin ve süre verilmeksizin aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini de istenebilmelidir.¹⁹³ Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir.¹⁹⁴

ÖZ¹⁹⁵, benzer sonuca, müteahhidin işi terk etmesi veya işi yapmayacağını anlaşılması hali ile sınırlı olarak ve değişik gerekçelerle varmaktadır. Sayın Yazara göre, BK m 358 de sözleşmeden dönme dışında bir haktan söz edilmemiştir. İşin tamamlanmasından önceki dönemde, teslim zamanı gelmeden yapılan çalışmalar birer ifa değildir. Ancak ifaya hazırlık çalışmalarıdır. İfaya hazırlık aşamasında müteahhide temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Burada, müteahhidin temerrüdünü düzenleyen bir hüküm değil, sadece, ifanın hazırlanma safhasının eser sözleşmelerinde taşıdığı önem nedeniyle , temerrütten önce iş sahibine sözleşmeden kurtulma imkanı tanıyan bir hüküm söz konusudur. Ancak müteahhidin işi hiçbir şekilde yapmayacağı veya yapamayacağı söz konusu ise, subjektif imkansızlık nedeniyle, BK m 96 uyarınca ifa borcunun yerini tazminat borcu alabilir.

Sayın Yazarın yukarıdaki görüşü eleştiriye açıktır. BK m 106. madde başlığı “Fesih Hakkı”, BK m 107 başlığı da “Derhal Fesih” tir. BK 107. maddenin de mi sadece fesih hakkının kullanımı bakımından mehil tayinine gerek olmayan durumları düzenlediği kabul edilecektir ? Görüldüğü gibi Kanun lafzında hep fesih hakkı ve fesih ön plana alınmıştır. BK m 358 de diğer seçimlik hakların gösterilmemesi bunların kullanılamayacağı anlamına gelmez. Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ile ilgili düzenleme mevcutken, dolaylı yoldan imkansızlık hükümlerine başvurularak aynı sonuca ulaşılması gereksizdir. Arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin teslimine kadarki uzun sürecin ifaya hazırlık olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü, arsa sahibi, teslimi beklemeksizin, müteahhidin temerrüdü halinde sözleşmeyi feshedebilmektedir. Bu durumda müteahhide arsa payı yapılan imalatla orantılı verilmektedir. Dolayısıyla, müteahhidin teslimden önceki faaliyetlerinin kısmi ifa niteliği vardır.¹⁹⁶ Bir an için müteahhidin imal faaliyetinin sadece ifaya hazırlık hareketi niteliğinde olduğu kabul edilse bile, ifaya hazırlık aşamasındaki tutum ve faaliyetlerinden, temerrüdün oluşacağı kesin olarak anlaşılıyorsa (BK m 358), temerrüde bağlı hakların kullanımına dürüstlük kuralı (TMK m 2) gereği imkan tanınmalı ve temerrütten doğan seçimlik haklar sınırlandırılmamalıdır. Sonuç olarak, inşaatı zamanında bitiremeyeceği ve temerrüde düşmesi kesin olan müteahhide karşı seçimlik haklar, inşaatın teslim tarihi beklemeksizin kullanılabilir.

Sözleşmede inşaatın süresinin temelüstü ruhsatı tarihinden itibaren başlayacağını belirtilmesi durumunda teslim süresi bu ruhsat tarihi dikkate alınarak belirlenmelidir. Ancak, **inşaata başlayan veya devam eden müteahhidin**, süre başlangıcına esas alınacak ruhsatı uzun süre almaması durumunda, inşaat bitim süresinin, bu ruhsatın alınması gerektiği makul

¹⁹² Y. 15. HD. 22.3.1988 2479/1143, KOSTAKOĞLU, s. 367.

¹⁹³ Benzer görüşte ;SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.80 ; TANDOĞAN, CII, s. 119 ; KARATAŞ, s. 111

¹⁹⁴ Y. 15. HD. 6.3.2006, 2005/947,1248, www.kazanci.com.tr.

¹⁹⁵ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.114.

¹⁹⁶ Nitekim, Yargıtay, müteahhidin arsa sahibine klan bağımsız bölümlerden bazılarının teslimini kısmi ifa niteliğinde saymaktadır, Y. 15. HD. 19.4.2007, 2006/2375, 2591 ve Y. 15. HD. 12.10.1990, 983/4039, KOSTAKOĞLU, s. 513, 603.

süre dikkate alınarak tespiti gerekir.¹⁹⁷ Bazı kötü niyetli müteahhitlerin inşaatın başlama süresini “temel üstü ruhsatı” olarak sözleşmede belirledikten sonra, bu işlemi yaptırmadıkları ve daha sonra da, teslim süresinin dolmadığını iddia ettikleri görülmektedir. Makul süreyi aşan bu iddia hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olup, kendi ihmal ve kusuruna dayanan müteahhidin savunmasına itibar edilmemesini gerektirir.¹⁹⁸

Sözleşmede inşaat süresinin ruhsat, temel üstü vizesi vs den başlayarak belirlendiği ve başlangıç tarihine esas işlemin de en geç belirli bir tarihte veya sürede yapılmasının kararlaştırıldığı durumlarda, işlemin yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın inşaat süresi belirlenecektir. Örneğin inşaat süresinin ruhsat tarihinden itibaren 24 ay olacağı ve ruhsatında en geç sözleşme tarihinden itibaren 3 ay içinde alınacağı belirtilmişse, 3 ay içinde ruhsat alınmasa bile sözleşme tarihinden itibaren 27 ay içinde inşaat bitirilmelidir. Ruhsatın 2. Ayda alınması halinde inşaat bitim süresi sözleşme tarihinden itibaren 26 ay olacaktır.¹⁹⁹ Ancak, inşaata geç başlanması müteahhide isnat edilemeyen sebeplerden kaynaklanıyorsa, bunların dikkate alınması gerekecektir.

Sözleşmede bağımsız bölümlerin teslim tarihinin kararlaştırılması durumunda, bu tarihin gelmesi ile temerrüde düşen müteahhit hakkında, kendisine mehil tanınması gerekip gerekmediğinin tartışılması gerekmektedir. Bilindiği üzere BK m 107/3 uyarınca, sözleşme hükümlerine göre borcun tayin ve tesbit edilen bir zamanda ifa edilmesi gerekiyorsa mehil tayinine gerek yoktur. BK m 107/3 hükmü “KESİN VADE” nin kararlaştırıldığı durumlara karşı gelmektedir. BK m 101/2 uyarınca borcun ifa edileceği günü taraflar kararlaştırmışlarsa, buna da “BELİRLİ VADE” denilmektedir.²⁰⁰

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kararlaştırılan vadeler, genelde “KESİN VADE” niteliğinde değildir. Çünkü, kesin vadeli akdin söz konusu olması için taraflarca belli bir ifa tarihinin veya belli bir ifa süresinin belirlenmesi yeterli değildir. Ayrıca tarafların açık veya zımni olarak akitteki vadede gerçekleşmeyen ifanın bundan böyle kabul edilmeyeceğini kararlaştırılmış olmaları gerekir.²⁰¹ Kaynak Kanunda “ Akitten, tarafların, edanın kati surette muayyen bir zamanda veya muayyen bir zamana kadar ifası gerektiği niyetinde oldukları istihraç ediliyorsa” ibaresi mevcuttur.²⁰² Yargıtay, “KESİN VADE” görüşünden hareketle, teslim süresi sonunda, BK m 106/1 uyarınca ayrıca ek süre verilmeksizin (mehil tayin edilmeksizin) seçimlik hakların kullanılabilceği görüşündedir.²⁰³

Yargıtay’ın görüşü kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısına uygundur. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan teslim vadesinin “KESİN” değil de “BELİRLİ” olması söz konusudur. O zaman belirli vadenin dolması ile ayrıca mehil tayinine gerek kalmaksızın seçimlik hakların neden kullanılabilceğinin açıklanması lazımdır. İnşaat sözleşmelerinde teslim tarihinin büyük önemi vardır. BK m 358 uyarınca işe zamanında

¹⁹⁷ Yargıtay bir kararında temelüstü ruhsat alınma süresinin belirlenmediği bir sözleşmede, arsa sahibinin bu konuda müteahhidi temerrüde düşürmedikçe inşaat süresinin işlemeyeceğini belirtmiştir, Y. 15. HD. 8.5.1990 858/2076, KOSTAKOĞLU, s. 382.

¹⁹⁸ Y. 15. HD. 30.5.2005, 2004/5406, 3248, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 20.10.2004 576/5254 ; Y. 15. HD. 16.9.2003 535/3923 ; Y. 15. HD. 18.3.1999 320/1027, www.kazanci.com.tr.

¹⁹⁹ AYAN, s. 334.

²⁰⁰ AYAN s. 182 vd.

²⁰¹ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP s. 953 ; Feyzioğlu C II s.259 ; OĞUZMAN/ÖZ s. 422.

²⁰² TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, (Mesuliyet), Ankara, 1961, s. 499 ; HAVUTÇU, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, s. 53.

²⁰³ “ Yanlar arasındaki sözleşmede inşaatın 12.12.2002 tarihinde davacılar teslim edileceği kabul edilmiştir. Teslim tarihi BK.nun 107. maddesinde açıklanan kesin vade niteliğinde olup bu tarihin geçmesiyle davalı temerrüde düşmüştür.”, Y. 15. HD. 12.12.2005, 7465/6764 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 14.10.2005, 5335/5448 ; Y. 15. HD. 15.10.2003, 1782/4774 ; Y. 15. HD. 4.7.1988, 866/2520, www.kazanci.com.tr.

başlanmaması veya işin sürüncemede bırakılmasının ya da süresinde bitirilmesinin imkan dahilinde olmamasının dahi fesih sebebi yapılabilmesinden bu sonuç çıkmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan edimin uzun bir süre içinde ifasının gerçekleştiği dikkate alınmalıdır. İnşaatın teslim tarihi dolmasına rağmen, arsa sahibini seçimlik haklarını kullanması için mehil tayin etme zorunluluğunda bırakmamak lazımdır. Mehilin münasip olması zorunluluğu vardır. Teslim süresi dolmasına rağmen, inşaatın getirildiği seviye %40 ise, arsa sahibinden geri kalan %60lık bölümün tamamlanması için gereken süreyi vermesini beklemek doğru olmaz. Aksinin kabulü halinde, müteahhit ne kadar inşaatı az yaparsa, o kadar uzun mehil tayinine hak kazanır. Böyle adaletsiz bir sonucu engellemek için, teslim tarihinde temerrüdün olduğu ve ayrıca mehil tayinine lüzum olmaksızın seçimlik hakların kullanılabilmesi kabul edilmelidir. Sonuç olarak, taraflar arasında kararlaştırılan vade “BELİRLİ” olmasına rağmen, inşaat sözleşmesinin özelliğinden kaynaklanan nedenlerle ve BK m 358 kıyas alınarak bu vadenin “KESİN” vadeli sözleşmenin sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir.

İşin bitim tarihinin sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda ise; tarafların farazi iradelerinin, müteahhidin zamanında işe başladıktan sonra, ara vermeksizin ortalama bir iş temposu ve çalışmayla işi bitirip teslim etmesi yönünde olduğu kabul edilmelidir.²⁰⁴ Müteahhidin işi ağırdan alması durumunda, arsa sahibinin, işin bitirilmesi gereken makul süreyi dikkate alarak, müteahhide ihbarda bulunması gerekir. Bu ihbar BK m 101/2 deki muacceliyet ihbarı niteliğinde olacaktır. BK m 101/2 de; borcun ifa edileceği günün, saklı tutulan bir hakka istinaden iki taraftan birisince yapılacak ihbarla tespit edilmesi durumunda, o günün son bulması ile borçlunun mütemerrit olacağı belirtilmiştir. Arsa sahibi, müteahhitten, normal bir tempoda inşaatı yürütmesini ve makul bitim süresi sonunda da teslimini isteyebileceğine göre; işin geldiği seviyeden itibaren bitirilebileceği ana kadarki makul süreyi dikkate alarak yapacağı ihbar ile bu süre sonunda müteahhidi temerrüde düşürebilir. Çünkü, işin normal bir tempoda yürütülmesini isteme hakkına sahip olan arsa sahibinin, muacceliyet ihbarında bulunma hakkının da saklı bulunduğu kabul edilmelidir. Söz konusu tarih, bir üst paragrafda açıklanan gerekçelerle, teslim tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmelerdeki sonuçları doğurmalıdır. Başka bir anlatımla, makul süre sonunda arsa sahibi mehil tayin etmeksizin seçimlik haklarını kullanabilmelidir.

Bu arada BK m 358/1 deki 3 adet durumdan 2. sini daha yakından incelemekte fayda vardır. BK m 358/1 uyarınca; Müteahhit,

1-İşe zamanında başlamaz veya

2-Sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirir ya da

3-İş sahibinin kusuru olmaksızın oluşan gecikme bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi belirli zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa,

iş sahibi teslim için belirlenen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

İşe zamanında başlanmaması durumunda, seçimlik hakların, nasıl kullanılacağı yukarıda detaylı olarak açıklanmıştır. Sözleşme şartlarına aykırılık nedeniyle müteahhidin temerrüdü, teslimle ilgili ara vadelere uyulmaması durumunda gündeme gelmektedir. Sözleşmede inşaatın bitim tarihi yanında, işe başlama ve işin belirli aşamalarının da tamamlanma tarihi kararlaştırılmışsa ne olacaktır ? Kanımca, bu durumda, iş programına

²⁰⁴ AYAN, s. 351.

uyulmaması nedeniyle BK m 358/1 uyarınca müteahhidin işi sözleşme şartlarına aykırı olarak geciktirmesi söz konusudur. İşin tamamının kalan sürede bitirilmesi imkanı bulunsa da, arsa sahibi, iş programına uyması konusunda müteahhidi temerrüde düşürerek seçimlik haklarını kullanabilir.²⁰⁵ Örneğin sözleşme tarihinden itibaren toplam 30 aylık bir sürede yapı kullanma izni alınmış şekilde bağımsız bölümlerin teslimi kararlaştırılmıştır. Sözleşme eki iş programına göre, en geç 4 ay içinde inşaat ruhsatı alınacak, sonraki 10 ay içinde kaba inşaat bitirilecek, sonraki 12 ay içinde ince işler bitirilecek ve sonraki 4 ay içinde de bahçe tanzimi yapılarak yapı kullanma izni alınacaktır. Müteahhit, sözleşme tarihinden itibaren 14 ay geçmesine rağmen kaba inşaatı bitirmediği takdirde, temerrüde düşmüş olur. Arsa sahibinin, inşaatı hızlandırması ve 26. Aya kadar ince işleri bitirmediği takdirde, seçimlik haklarını kullanacağını müteahhide bildirmesi mümkündür. Müteahhit, inşaatı hızlandırmayarak, 26. Ayın sonunda ince işleri büyük oranda bitirmediği takdirde, arsa sahibi seçimlik haklarını kullanabilecektir.²⁰⁶

Uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin bir çoğunda, inşaat süresinin “temel üstü ruhsatı”ndan itibaren başlatıldığına tanık olmaktayız. Temel üstü vizesi belediyelerin imar yönetmeliklerinde yer almakta ve subasman kotu seviyesindeki döşeme betonu dökülmeden önce yapılmaktadır.

Müteahhidin uzun süre temel üstü ruhsatını almaması durumunda, inşaatın bitirilmesi gerektiği tarih, bu ruhsatın alınabileceği makul süre belirlenerek tespit edilmelidir.

1.1.6 Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

1.1.6.1 Bedel Karşılığı İnşaatlarda (Genel Olarak) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

1.1.6.1.1 Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Genel Şartları

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun genel şartları şöyledir;

1.1.6.1.1.1 İnşaat Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olmalıdır

Ayıp nedeniyle sorumluluk için teslimin gerekli olduğu BK 359/1. maddesinde; “İmal olunan şeyin tesliminden sonra” denilmesinden anlaşılmaktadır. Teslim alınmamış eserle ilgili olarak ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz.

Teslim konusu, müteahhidin teslim borcu ile ilgili bölümde detaylı olarak açıklanmıştır. Ancak burada, konuyla ilgili olarak birkaç önemli hususa değinme gereği vardır.

²⁰⁵ ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 120 , Yazar bu durumda sadece dönme hakkının kullanılabilmesi görüşündedir.

²⁰⁶ AYAN, s.347.

Teslim, tamamlanmış eserin sözleşmenin ifası amacıyla maddi olarak iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesidir.²⁰⁷

İş sahibinin hakimiyet alanında inşa edilen yapılar bakımından, teslimin, müteahhidin işten el çekmesi ve bunu iş sahibine bildirmesi ile otomatikman gerçekleşeceğine ve iş sahibinin, ancak, ayıba ilişkin hükümlere göre haklarını kullanabileceği görüşü²⁰⁸ hakimdir. Müteahhidin işten el çekmesinden veya işin bitirildiğini bildirmesinden sonra, iş sahibinin, işi reddetme hakkına sahip olması gerektiği de ifade edilmektedir²⁰⁹. İş sahibi nezdinde gerçekleşen menkul eserler bakımından bu görüş doğru olabilir. Kanımca da, bedel karşılığı inşaatlarda, müteahhidin işten el çekmesi ve bunu da iş sahibine bildirmesi ile teslim gerçekleşmiş olmaktadır. Çünkü iş sahibinin eseri iade veya geri gönderme imkanı yoktur.

İş sahibinin eserde fiilen tasarruf etmeye başlaması ile de teslim gerçekleşmiş sayılmalıdır²¹⁰.

Ayıp ve eksik işi iş sahibinin kabul etmemesi, alacaklının temerrüdüne neden olmaz.²¹¹

1.1.6.1.1.2 İnşaat Ayıplı Olmalıdır

Ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan veya işin mahiyeti icabı olması gereken vasıfların bulunmamasını ifade eder.²¹²

İnşaat sözleşmesine aykırı imalatların ayıplı olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak bazen her hususun sözleşmede kararlaştırılması mümkün olmaz. Bu durumda, sözleşme kararlaştırılmamış olsa da, inşaatın, sözleşmedeki amaca uygun şekilde kullanıma elverişli olarak teslim edilmesi gerekir. BK 360. maddede; “işin kusurlu olması”²¹³ ile kast edilen de budur. İnşaatın olağan kullanım amacına uygunluğu, sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle, objektif ölçülere ve dürüstlük kuralına göre belirlenir.²¹⁴ Örneğin, sözleşmede, dairelerin kombilerinin müteahhide ait olacağı açıkça kararlaştırılmasa da, dairelerin kombili ve anahtar teslimi yapılacağına dair şarttan, kombinin de müteahhide ait olacağı sonucuna varılır. Aynı şekilde, kombinin marka ve vasfının sözleşmede belirtilmemiş olması, hiçbir şekilde adı duyulmamış, garantisi ve yetkili servisi olmayan adi bir cihazın veya dairenin büyüklüğüne uygun olmayan kapasitedeki kombinin takılmasını mazur göstermez.

²⁰⁷ ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s. 80.

²⁰⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 36 ; ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s.128 vd. , 182-183.

²⁰⁹ ŞENOCAK, s. 86.

²¹⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37 ; TANDOĞAN, C II, s. 126.

²¹¹ ŞENOCAK, s. 78.

²¹² TANDOĞAN, C II, s. 161.

²¹³ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 181 : Buradaki “kusurlu” ifadesi “ayıplı” anlamındadır. Kusur kişilere mahsus bir niteliklidir.

²¹⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.140-141.

1.1.6.1.1.3 İş Sahibi Muayene Ve İhbar Külfetini Yerine Getirmelidir

BK 359. maddede eser teslim aldıktan sonra, işlerin olağan gidişine göre, eserin muayene edilmesi ve varsa ayıplarının bildirilmesi zorunluluğu, 362. maddede de, eserin zımnen veya açıkça kabulünden sonra müteahhidin (kasten sakladığı usule uygun muayenede anlaşılacak ayıplar hariç) her türlü sorumluluktan kurtulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükümler açık ayıplar bakımından geçerlidir.²¹⁵

Müteahhidin kasten sakladığı ve gizli ayıplar bakımından sorumluluğu saklıdır. İş sahibi, binayı kullandıktan sonra ortaya çıkan gizli ayıpları derhal müteahhide haber vermezse, ayıba razı olmuş sayılır (BK m 362/3).²¹⁶

Açık ayıp, özenli bir inceleme sonucu, bütün kapsamı ve önemi ile fark edilebilen ayıplardır. Gizli ayıplar ise, özenli bir inceleme ile anlaşılabilen ve ileriki bir tarihte ortaya çıkan ayıplardır.²¹⁷

Ayıpların derhal müteahhide bildirilmesi, bunların, aradan geçen zaman içinde, iş sahibinin yapıyı kullanımına bağlı olarak oluşmasına veya olumsuz sonuçlarının artmasına engel olmak içindir.²¹⁸ Kanımca ayıp bildirimının temel mantığı; müteahhidin farkında olması kendisinden beklenemeyecek ayıp ve sözleşmeye aykırılıklar konusunda uyarılmasıdır.

İş sahibinin ayıp ihbarında bulunurken, ayıp nedeniyle sahip olduğu seçimlik hakları kullanma zorunluluğu yoktur. Sadece ayıpları müteahhide bildirmesi yeterlidir.²¹⁹

Ayıp bildiriminin, somut olarak ve müteahhidin anlayacağı şekilde yapılması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Böylelikle müteahhit ihbarın haklı olup olmadığını anlayarak, ona göre tavır alacaktır. “İnşaat sözleşmeye uygun değildir”, “ayıplı imalatlar mevcuttur”, “inşaat iyi olmamış”, “inşaatı beğenmedim” gibi beyanlar ayıp bildirim niteliğinde sayılmazlar.²²⁰

Ayıp bildiriminin yapıldığını ispat yükü iş sahibine aittir. Bildirim, bir şekle tabi değildir. Şahitle de kanıtlanabilir.²²¹ Ancak, bildirim, ispat gücüyle karşılaşmamak için noter vasıtasıyla veya mahkeme yoluyla gerçekleştirilen delil tespitine dayanılarak düzenlenen raporun müteahhide tebliği şeklinde yapılması uygun olur.²²² Kaldı ki BK m 359/2 de; iki taraftan her birinin imal olunan şeyi masrafi kendisine ait olmak üzere bilirkişiyeye muayene ettirmeye hakkı olduğu açıkça belirtilmiştir.

²¹⁵ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 152, 155.

²¹⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 155.

²¹⁷ SELİÇİ, müteahhidin Sorumluluğu, s. 143.

²¹⁸ UÇAR, s. 151 ; ŞENOCAK, s.108, 122.

²¹⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 151 ; TANDOĞAN, C II, s. 173 ; ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 174-175

²²⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 151-152 ; TANDOĞAN, C II, s. 172 ; UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003, s. 147-148

²²¹ “BK’nın 362. maddesi ayıp ihbarının sübutunu herhangi bir şekle bağlamamıştır. Diğer bir deyimle, iş sahibi eseri teslim alırken kusurlu işlerin varlığını yükleniciye bildirdiği hakkında her türlü maddi delile dayanabilir.”, Y. 15. HD. 24.11.1989, 3847/4937, YAVUZ, Ayıplı İfa, Ankara, 2008, (Ayıp), s. 441.

²²² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 151 ; TANDOĞAN, C II, s. 171.

1.1.6.1.2 İş Sahibinin İnşaatın Ayıplı Olmasından Doğan Hakları

İş sahibi, inşaatın ayıplı tesliminde ; sözleşmeden dönme veya ücret indirimi ya da onarım ve bu haklardan biri ile birlikte müteahhidin kusurlu olması şartıyla ayıp sonucu uğranılan zararını tazmin ettirme haklarına sahiptir (BK m 360).

Sözleşmeden dönebilmek için genel şartlar yanında;

a-Yapılan şeyin iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyete göre kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı olması ve

b- İş sahibinin arsası üzerine yapılan şeyin, mahiyeti itibariyle ortadan kaldırılmasının ve yıkımının fazla bir zarara neden olmaması

şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

İş sahibinin onarım (düzeltme) hakkını kullanabilmesi için ise, genel şartlar yanında, onarım masraflarının büyük oranda olmaması gerekir.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan sorumluluğu;

a-Ayıbın, iş sahibinin kusurlu bir davranışından kaynaklanması (BK m 361) veya

b-Ayıplı eserin zımnem veya açıkça kabul edilmiş olması (BK m 362) ya da

c-Zamanaşımı süresinin geçmiş olması (BK m 363)

durumunda sona erecektir.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların genel hükümlere başvurmayı engelleyip engellemediği tartışmalıdır.²²³

Zamanaşımı, teslimden itibaren 5 yıldır (BK m 126/4). Müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar bakımından ise 10 yıldır (BK m 126/4, m 125).

Ayrıca YDHK kapsamında kalan binalarda (YDHK m 11), yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıl süre ile müteahhidin ayıplardan sorumluluğu söz konusudur (YDHK m 3/2).

²²³ TANDOĞAN, C II, s. 176-177.

1.1.6.2 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, ayıpla ilgili olarak, BK m 359-363 hükümleri yanında genel hükümlerinde uygulanması söz konusudur. BK m 362 hükmüne göre, teslimden sonra, ayıp ve sözleşmeye aykırılık bakımından muayene ve ihbar yükümlülüğüne uyulmaması ile müteahhit sorumluluktan kurtulmaktadır. Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da açık ayıpla ilgili özel hükümlerin (muayene ve ihbar) uygulanması gerektiği görüşündedir.²²⁴

Muayene ve ihbar külfeti ile ilgili düzenlemelerin, eserin kabul edilip edilmediğinin bir an önce öğrenilmesini sağlamak bakımından müteahhidi korumaya yönelik olduğu ileri sürülmektedir. Fakat bu külfetin yerine getirilmemesi sonucu, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kaybedilmesi, ağır bir sonuçtur. Müteahhit ayıplı bir iş yaparak ve sözleşmeye aykırı davranarak haksız konumda iken, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemesinde bir haksızlık söz konusu değildir. Bu nedenle de, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların düşmesinin, muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemesinin yaptırımı olmasının hakkaniyete uygunluğu tartışılmaktadır.²²⁵

Ayıpların derhal müteahhide bildirilmesi, bunların, aradan geçen zaman içinde, iş sahibinin yapıyı kullanımına bağlı olarak oluşmasına veya olumsuz sonuçlarının artmasına engel olmak içindir²²⁶. Ayrıca, eser tamamlandıktan ve teslim edildikten çok sonra, ayıp iddialarının dinlenmesinin adil olmayacağı, eserin kabul edilip edilmeyeceğini öğrenmede müteahhidin menfaatinin bulunduğu belirtilmektedir²²⁷. Bu gerekçeler, tam olarak ikna edici değildir. Öyleyse, neden, iş sahibinin ayıp ihbarında bulunurken, ayıp nedeniyle sahip olduğu seçimsel hakları kullanma zorunluluğunun olmadığı, sadece ayıpları müteahhide bildirmesinin yeterli olduğu ve zamanaşımı süresi içinde seçimsel haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir²²⁸? Teslimi ayıpsız ve sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirme borcu müteahhide aittir. Müteahhit eserin ayıplı olup olmadığını bilebilecek durumdadır. Ayıp ihbarında bulunmayı bir şekilde ihmal eden iş sahibinin, müteahhidi her türlü sorumluluktan kurtarması, kötü niyetli müteahhitlerin işini kolaylaştıracak niteliktedir. İş sahibinin eseri teslim aldıktan sonra ihbarda bulunmaması, ayıpları zımnen kabul ettiği anlamına gelmemelidir. Anlaştığı şekilde imal edilmeyen ayıplı eseri teslim alan kişinin, haklarını araması için ayıp ihbarı yapmakla zorunlu tutulması, müteahhidin kendi kusur ve ihmaliyle dayanarak hak elde etmesi sonucunu doğurmaktadır.

²²⁴ KOSTAKOĞLU, s. 525 ve devamında bu konuda bir çok içtihat bulunmaktadır. Ayrıca; “ 01.10.2002 tarihinde teslim alınan 18 bağımsız bölümdeki ayıpların açık ayıp olması halinde ihtirazi kaydın kanıtlanamaması durumunda, bu bölümlerle ilgili nefaset bedeli talebinin reddine, aksi halde kabulüne karar verilmesinden ibarettir.”, Y. 15. HD. 19.4.2007, 2006/2375, 2591 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 24.11.1989, 3847/4937, YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 441-442 ; Y. 15. HD. 18.7.2005, 2004/5786, 4319, www.kazanci.com.tr.

²²⁵ TANDOĞAN, C II, s. 168.

²²⁶ UÇAR, s. 151 ; ŞENOCAK, s.108, 122.

²²⁷ ERMAN, İnşaat, s. 94.

²²⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 151 ; TANDOĞAN, C II, s. 173 ; ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 174-175

1.1.6.2.1 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıpla İlgili Olarak Genel Hükümlerin Uygulanabilmesinin Tartışılması

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde genelde bağımsız bölümlerin tamamının arsa sahibine teslimi söz konusu değildir. Gerçekten teslim edilen binadaki bağımsız bölümlerin tamamı arsa sahibine ait olmadığı gibi, arsa sahibi, nama ifa talebinde bulunmadıkça, ortak yerlerde bulunan ayıpların tamamının giderilmesini isteme hakkına da sahip değildir. Müteahhit veya onun haleflerinin de (müteahhitten bağımsız bölüm satın alanların da) söz sahibi olduğu taşınmazın ortak yerlerindeki ayıplar bakımından, teslimin hukuki sonuçlarının, genel hükümlere göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Kat Mülkiyeti Kanunu 16. maddesi uyarınca, ortak alanlar üzerinde arsa payı oranında kullanım hakkı vardır. Dolayısıyla ortak alanların kullanımının tamamen arsa sahibine bırakıldığından ve tam bir teslimin varlığından söz edilemez. Ancak, arsa sahibi ortak yerlerdeki ayıpları da muayene etmek suretiyle, bunlardan müteahhidi sorumlu tutabilmesi mümkün olduğundan, yukarıda açıklanan hususlar genel hükümlerin uygulanması zorunluluğunu doğurmaz.

Arsa sahibinin asli borcu, arsa veya arsa payının tapuda devridir. Genellikle uygulamada, yapılan binadan müteahhide kalan bağımsız bölümlerin arsa paylarının devri söz konusu olmaktadır. Bu arsa payının devri de, saf bir arsa devrinden ibaret değildir. Binanın bitirilerek teslimi söz konusu olduğundan, arsa payının içinde, müteahhidin yaptığı inşaat (bağımsız bölümler) de bulunmaktadır. Müteahhide devredilecek arsa payı içinde müteahhidin yaptığı binanın da bulunduğu dikkate alınarak, arsa sahibinin aynen ifadan doğan haklarını düzenleyen BK m 360 hükmündeki ücret indirim hakkı yerine, fesih veya birlikte ifa kuralı ; onarım hakkı bakımından ise, BK m 106/2 aynen ifaya ilişkin hükümlerinin doğrudan uygulanması zorunluluğu yoktur.

Bedel karşılığı inşaatlarda dahi, iş sahibinin onarım hakkını tercih etmesinden sonra, onarımı yapmayan müteahhit hakkında BK m 106 uyarınca seçimlik hakların kullanılabilmesi kabul edilmektedir²²⁹. Eser teslim alınmadan önce, BK m 358 kapsamında ayıptan doğan haklara sahip olan arsa sahibinin genel hükümlere başvurmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Ancak teslimden önce, daha özel hüküm niteliğindeki BK m 358 ile elde edilemeyen haklar bakımından genel hükümlere başvurulabilir.

Bağımsız bölümler teslim alındıktan sonra derhal ayıp ihbarında bulunulmazsa, ayıpla ilgili sorumluluğun ortadan kalkacağı kabul edilmesi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bünyesine uygun değildir. İstisna akdi ile ilgili ayıp hükümleri, küçük sanat işlerinden, çok büyük çaplı inşaat işlerine kadar geniş bir yelpazede uygulanmaktadır. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan inşaat yapma borcunun ifası karşılığında arsa sahibinin tapuda pay geçirim borcu, Kanunun öngördüğü anlamda (BK m 364 ve m 355) bir para borcu değildir. Tapuda resmi bir şekilde işlem yapılmasını gerektiren ve teslimle muaccel hale gelen (BK m 364) bu borcu ifadan kaçınan arsa sahibinin, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı indirebileceğine dair hükümden nasıl yararlanacağı sorunu doğmaktadır. Gerek ortak yerler, gerekse bağımsız bölümler bakımından sadece ayıpların neden olduğu değer düşüklüğünün dikkate alınarak, bu oranda eksik arsa payı verilebilmesi mümkündür. Ancak, teslim aşamasına gelmiş inşaat arsa payının eksik verilmesi menfaatler dengesine uygun değildir. Çünkü, bu aşamadaki bir inşaat ayıp bedelinin en az bir bağımsız bölüm değerine denk

²²⁹ TANDOĞAN, C II, s. 199-203 ; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.181 ; ERMAN, s.144 ; BURCUOĞLU, Haluk, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 298.

gelmesi pek mümkün olmaz.²³⁰ Az miktardaki ayıplı iş için, arsa sahibi ile müteahhidi bir bağımsız bölümde hissedar yaparak, ayıpların giderilmesinin sağlanmasında büyük güçlük vardır. Arsa sahibi, arsa payını eksik vermek yerine, bu ayıpları gidermeyen müteahhit namına kendisi ayıpları gidermek veya ayıplar nedeniyle oluşan değer kaybını bedel olarak isteyebilmek hakkına sahip olmalıdır. Bu da genel hükümlere başvurulmaksızın, BK m 358/2 hükmüne başvurulması sağlanabilir. Bu nedenle birlikte ifaya karar verilirken ayıplı ve eksik işler bedeli hüküm altına alınmaktadır. Her ne kadar BK 360. madde hükmüne göre, ayıpların bedelinin hüküm altına alınması veya müteahhit namına bunların tamamlanması mümkün değilse de, genel hükümlere (BK m 97) başvurulmaksızın BK m 358 ile bu sağlanabilir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülme imkanı yoktur. Çünkü arsa sahibinin arsası üzerine yapılan şeyin, mahiyeti itibariyle ortadan kaldırılmasının ve yıkımının fazla bir zarara neden olması durumunda sözleşmeden dönmek mümkün değildir (BK m 360/son). Teslim aşamasına gelmiş inşaatın yıkılmasının fazla bir zarara neden olacağı tartışmasızdır. Bu nedenle, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıp hükümleri içinde kalarak sözleşmeden dönülmesi mümkün olmamaktadır.²³¹ Bu durum için kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından genel hükümlerin (BK m 106-108) uygulanması söz konusu olabilir.

Müteahhidin kendisine kalan taşınmazların adına tescili için açtığı davada ödemezlik defii kapsamında arsa sahibinin ayıplı işlerin bulunduğu ileri sürülebilmesi de mümkündür. Bunun için muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmediği iddiası ileri sürülemez. Çünkü teslimde, ücret borcunu vermeyen arsa sahibi, ayıplı işler bakımından da ihtirazi kayıta bulunmuş sayılmalıdır.²³² Gerçekten, arsa sahibinin teslim ve sonrasında bağımsız bölüm-bölmeleri tapuda devretmemesi, bunları zararlarına karşılık teminat olarak tuttuğu şekilde yorumlanmalıdır.²³³

Sonuçta, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıpla ilgili olarak öncelikle özel hükümlerin uygulanması, bu hükümlerin yetersiz kaldığı durumlarda genel hükümlere başvurulması söz konusudur.

1.1.6.2.2 Muayene Ve İhbar Külfetinden Doğan Hak Kayıplarını Önleme Amacı Taşınan Yüksek Mahkeme Kararları

Muayene ve ihbar külfeti sadece ayıba ilişkin hakların kullanılması bakımından getirilmiştir. Teslim etmeme veya eksik teslim ya da geç teslim nedeniyle uğranılan zararlar bakımından böyle bir külfet öngörülmemiştir.²³⁴

Yargıtay, arsa sahibinin muayene ve ihbar külfeti ile ilgili hak kayıplarını en aza indirgeyecek şekilde yoruma giderek, adaletsizliği aşmaya çalışmaktadır. Bu yorumlar şöyledir;

²³⁰ Ayıplı işler bedelinin bir bağımsız bölüm değerinden fazla olması durumunda, bağımsız bölüme denk gelen ars payı eksik verilir, fazlası ise bedel olarak talep edilebilir.

²³¹ ERMAN, s. 131, 133-134.

²³² KARATAŞ, s.159-160, Sayın Yazar, iş sahibinin hal ve davranışlarının ayıp ihbarı yerine geçebileceğini belirtmekte, örnek olarak eser bedelinin ödenmeyeceğinin bildirilmesini, mevcut eserin (döşenen yer karolarının) sökülüp bir yana istif edilmesini vermektedir.

²³³ KOSTAKOĞLU, 2000, s. 519.

²³⁴ TANDOĞAN, C II, s. 218 ; Y. 15. HD. 17.5.1995, 596/2874, KOSTAKOĞLU, s. 544 ve devamında bu konuda bir çok içtihat vardır.

1-Arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin karşılaştırılardan daha ufak yapılması eksik iş kapsamında değerlendirilmektedir. KOSTAKOĞLU, o işin daha az malzeme ve işçilikle yapılması nedeniyle eksik iş kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir.²³⁵ Bu şekilde düşünüldüğünde, ayıplı işlerin çok büyük bir bölümünün ayrıca eksik iş niteliğinde olması söz konusudur. Oysa, bağımsız bölümün ufak yapılması, ayıplı ve sözleşmeye aykırı iş kapsamındadır²³⁶. Çünkü daha az malzeme ile yapılsa bile, ortada kullanım amacını gerçekleştirecek bir eser vardır. Aksi halde 3 kat yerine 2 kat boya yapılması, çatı yalıtımında cam yününün 5 cm yerine 2cm serilmesi, mantolamanın sert levha yerine ince ve yumuşak levha ile yapılması, ısıcamların 4+4 yerine 3+3 yapılması gibi ayıplı imalatlar, daha az emek ve para harcandığı gerekçesi ile “eksik iş” kapsamına sokulacaktır.

Eksiklik, arsa sahibinin o haliyle ifadan amacına uygun şekilde yararlanamamasını ifade eder. Ayıpta ise, ifadan amacına uygun yararlanmak mümkün olmakla birlikte, bu yararlanmanın kalitesinin düşmesi ve ifanın değerinin azalması söz konusudur.²³⁷ Bağımsız bölümün sözleşmede karşılaştırılardan ufak yapılması, onun kullanım amacına engel olmadıkça²³⁸, ayıplı iş, daha doğrusu sözleşmeye şartlarına aykırılık (BK m 360/1 ve 2) kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak Yargıtay bunu eksik iş adı altında değerlendirerek ayıp ihbarında bulunma zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır.²³⁹

Arsa sahibine kalan bağımsız bölümün sözleşmede karşılaştırılardan ufak yapılması durumunda, teslim tarihi itibarıyla bağımsız bölümün sözleşmedeki ölçüde yapılması halindeki değeri ile mevcut haldeki değerinin arasındaki fark arsa sahibine ödenmelidir. Sadece inşaat maliyeti dikkate alınarak yapılacak hesaplama, zararın tam olarak karşılanmasını sağlamaz.²⁴⁰

2-Yargıtay önceleri yapı kullanma izninin alınmamasını, hukuki ayıp kapsamında değerlendirirken²⁴¹, sonradan bunu eksik iş²⁴² olarak değerlendirmeye başlamıştır.

Kanımcı da yapı kullanma izni alınmaması, hangi gerekçe ile olursa olsun²⁴³ bir eksik iştir. Bu iznin alınması için, bir çok yerden ruhsat ve vize alınmakta, harçlar yatırılmaktadır.²⁴⁴ Bu işlemlerin mali ve bürokratik külfeti eserin tam ve noksansız tesliminde önemli bir yer tutmaktadır. Yapının içinde oturulması ve elektrik, su, kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalanılması için, İmar Kanunu m 30 ve 31 gereği alınması şart olan bu iznin, bir eksiklik olarak değerlendirilmesi gerekir.

²³⁵ KOSTAKOĞLU, s. 511.

²³⁶ ŞENOCAK, s. 94.

²³⁷ ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 167.

²³⁸ ŞENOCAK, s. 90.

²³⁹ YHGK 27.9.2000, 15-1134/1191 ; Aynı doğrultuda: YHGK 9.12.1992, 15-649/732 ; Y. 15. HD. 20.11.1995, 5216/6697, KARATAŞ, s. 149.

²⁴⁰ YHGK 27.9.2000, 15-1134/1191; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 28.9.1994, 656/5298, KOSTAKOĞLU, 2000, s.585-586 ; Y. 15. HD. 23.3.1992, 1991/4463, 1455, KOSTAKOĞLU, 2000, s. 577-578.

²⁴¹ Y. 15. HD. 30.10.1989, 3061/4526 ; Aynı doğrultuda; Y. 15 .HD. 29.9.1977, 1658/1746, KOSTAKOĞLU, 2000, s. 537-538, 513.

²⁴² “25.5.1993 tarihli sulhname içeriğine göre, iskan ruhsatı alınması yükümlülüğü yükleniciye aittir. Oysa, bilirkişi raporunda iskan ruhsatı alınmasına engel hal olmadığı belirtildiği halde, bu yükümlülüğün yüklenici tarafından yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. İskan ruhsatı alınmaması , Dairemizin uygulamalarına göre eksik iş sayılır. Bu nedenle iskan ruhsatı alınması için gerekli tüm masraflar hesaplatılarak, eksik işler yanında yükleniciden tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde hüküm tesisi doğru olmamıştır” (Y. 15. HD. 19.2.2001, 4506/930, KARATAŞ, s. 151).

²⁴³ ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 131-132, Sayın yazar bu iznin alınmama gerekçelerine göre ayırım yapmaktadır.

²⁴⁴ http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_730.htm

3-Teslim olgusunun iskan raporuna bağlı olduğu durumlarda, sözleşmede bu yönde yer alan hüküm yazılı delil sözleşmesi niteliğinde (HUMK m 287) olacaktır. Arsa sahibi kendisine kalan bağımsız bölümleri fiilen teslim olsa bile, hukuki anlamda teslim gerçekleşmediğinden, muayene ve ayıp ihbarı süresi de işlemeyecektir.²⁴⁵

4-Arsa sahibine imalat ve işçilik hatalarına karşı belli bir süre ile garanti verildiğinde, muayene ve ihbar külfetinin garanti süresi içinde aranmaması gerektiği kabul edilmelidir.²⁴⁶

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 3/2. maddesinde; yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidinin birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumlu oldukları, bu sorumluluğun süresinin; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıl olduğu belirtilmiştir.

Dolayısıyla YDHK ile getirilen bu garanti sorumluluğu dikkate alınarak, Kanun kapsamındaki yerlerde (YDHK m 11), ayıp ve eksikliklerin talep edilebilirliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

5-Müteahhitçe önceden ayıplı ve noksan işler için teminat olarak bağımsız bölüm gösterilmişse arsa sahibinin inşaatı teslim alırken ayıplı iş için ihtirazi kayıt ileri sürmesi veya teslimden sonra BK m 359/1 'e göre derhal muayene ve ihbar yükümlülüğü ortadan kalkar. Arsa sahibine teminat olarak bırakılan bağımsız bölümünün müteahhide iadesi veya tapuda müteahhide devir yapılması, yapılan işten dolayı müteahhidi sorumluluktan kurtarır.²⁴⁷

6-Teslimden önce müteahhide gönderilen ihtarda ayıplar belirtilmişse, teslim sırasında ayrıca ayıp ihbarına gerek yoktur.²⁴⁸

7-Yargıtay, ayıbı ihbar külfetinin olumsuz sonuçlarını, en etkin şekilde, eksik ve ayıplı iş ayrımı yaparak azaltmaya çalışmaktadır. Eksik işte, iş yapılmadığından ayıp ihbarına gerek olmadığı, çünkü eksik işin tesliminden ve kabulünden bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir.²⁴⁹

²⁴⁵ KOSTAKOĞLU, s. 513 ; “ Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskân izni alınması koşulunu da kapsamakta olup HUMK.nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Somut olayda dava konusu inşaat henüz tamamlanmamıştır. Bir kısım eksiklikleri bulunmaktadır... Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlayamadığı gibi zaten iskân ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz. Bu bakımdan davada zamanaşımından da söz edilemez.”, Y. 15. HD. 28.2.2005, 2004/4417, 1075 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 24.6.2004, 2003/6625, 3541 ; Y. 15. HD. 31.10.2003, 1739/5138 ; Y. 15. HD. 30.1.2002, 2001/4547, 411 ; Y. 15. HD. 9.4.1987, 2168/1543, KARATAŞ, s. 153.

²⁴⁶ ŞENOCAK, s. 124 ; “ ... taraflar arasında akdedilen sözleşmede davalı müteahhit, işçilik ayıplarına karşılık iş sahibine 12 aylık garanti süresi tanımıştır. Bu şekilde iş sahibine verilen garanti ile müteahhidin yararına olan yasa hükmünden vazgeçip, iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü kaldırarak çıkan ayıbın garanti süresi içinde kendisinden talep edilmesi hakkı tanındığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle eserin teslimi sırasında iş sahibinin eseri muayene ettirip ayıbını ihbar etmemiş olduğundan bahisle davanın reddi yanlıştır.”, Y. 15. HD. 26.3.1990, 3902/1349, KARATAŞ, s.156 ; Benzer doğrultuda, Y. 15. HD. 23.10.1996, 4980/5525, www.kazanci.com.tr.

²⁴⁷ KOSTAKOĞLU, s. 519, 607.

²⁴⁸ Y. 15. HD. 27.12.1989, 2816/5455, KOSTAKOĞLU, s. 514, 536.

²⁴⁹ ŞENOCAK, s.87-91 ; KARATAŞ, s. 150-151 ; KOSTAKOĞLU, s. 509 ; Y. 15. HD. 21.6.2004, 2003/6321, 3464 ; Aynı doğrultuda: Y.15. HD. 22.3.2007, 2006/1135, 1825 ; Y. 15. HD. 27.9.1988, 92/3020, KARATAŞ, s. 150 ; Y. 15. HD. 24.5.1989, 1988/4542, 2484, YHGK 13.6.1979, 1977/13-1270, 824, KOSTAKOĞLU, s.510.

Oysa, Kanunda ayıplı ve eksik iş ayrımı yapılmamıştır. BK m 360 da; yapılan şeyin “ayıplı (kusurlu)” veya “sözleşme şartlarına aykırı olması” ndan bahsedilmektedir. BK m 360 kapsamına ayıplı olmayan işler de girmektedir. Daha açık bir ifadeyle, işin ayıplı olmaması, her zaman sözleşmeye uygun olması sonucunu da doğurmaz²⁵⁰ . Eksik iş kavramı; kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılan “inşaatın sözleşmede kararlaştırılan şartlara uymaması” ile ilgili hükme karşı gelmektedir. Sözleşmede binanın kaloriferli yapılacağı kararlaştırılmışken, kalorifer kazanının takılmaması durumunda, ayıplı ifa değil eksik ifa söz konusudur. Bu eksik ifa, sözleşme şartlarına aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla ayıplı-eksik iş ayrımı yaratılarak sorunun çözülmeye çalışılması Kanun hükmüne uymamaktadır.²⁵¹ Çünkü, eksik iş de, BK 360/1 ve 2 uyarınca sözleşmeye aykırılık kapsamındadır.

1.1.6.2.3 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıptan Doğan Sorumlulukta Özel Hükümler ile Genel Hükümlerin Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi

Genel hükümler BK m 360 kapsamındaki haklardan fazlasını sağlamaktadır. Şöyle ki;

Bedel karşılığı inşaatlar bakımından iş sahibinin, inşaatın ayıplı tesliminde ;

a-Sözleşmeden dönmesi, BK m 106/2 hükmüne,

b-Ücret indirim hakkı, feshe,

c-Onarım hakkı, aynen ifaya (BK m 106/2)²⁵² veya birlikte ifaya

d-Müteahhidin kusurlu olması şartıyla ayıp sonucu uğranılan zararını tazmin ettirme hakkı da dönmeyle birlikte istendiğinde menfi zarara (BK m 108/2), diğeri olan onarım ve ücret indirim hakkıyla birlikte istenmesi durumunda da müspet zarara (BK m 96) karşılık gelmektedir.²⁵³

Ayrıca genel hükümlere başvurulduğunda, yukarıdaki imkanlar yanında doğrudan nama ifa (BK m 97/1) veya ayıp ve eksikliklerinin bedelinin tahsili (BK m 106/2) ve müspet zararın tazmini (BK m 96) imkanı da bulunmaktadır.²⁵⁴

BK m 360 uyarınca ayıpla ilgili olarak seçimlik haklar kullanılırken, müspet zararın tazminine yer verilmemiştir.²⁵⁵ Kanımca bunun nedeni, ayıptan doğan seçimlik haklarda borçlunun kusurunun aranmamasıdır. Oysa, genel hükümlere göre ifadan vazgeçmek için **BK m 96 gereği**, borçlunun kusurlu olması gerekir. O zaman buradan, ayıp ile ilgili hükümlerin müteahhidin kusurunun bulunmadığı hallere münhasır olarak uygulanacağı sonucuna varılır.

²⁵⁰ AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009, s. 260.

²⁵¹ ŞENOCAK, s. 91, 106.

²⁵² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 129 ; UÇAR, s. 193.

²⁵³ TANDOĞAN, C II, s. 205.

²⁵⁴ Ayıplı ifada temerrüt durumunun söz konusu olmadığı, dolayısıyla genel hükümlere gidilmeyeceği ileri sürülebilir. Ancak ayıplı ifa, temerrüdün özel bir haline karşılık gelmektedir. Temerrüt ihtarının yerini ayıp ihbarı almakta ve temerrüdün sonuçlarına benzer sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

²⁵⁵ Her ne kadar BK m 360/2 de müteahhidin kusurunun bulunması durumunda iş sahibinin zarar ve ziyan da isteyebileceği belirtilmekteyse de, bu hükümden, aynen ifadan tamamen vazgeçilerek müspet zararın tazmininin istenebileceği şekilde bir sonuç çıkarılmasının mümkün olmadığını düşünüyorum. Söz konusu hüküm, BK m 360/2 deki seçimlik haklarla bağlantılı müspet zararları kapsamaktadır.

Müteahhidin kasten gizlediği ayıplar için ihbar şartı aranmamalıdır.²⁵⁶ Bu durumda mürtahhidin ayıbı bildiği halde kendisine ayıbın ihbar edilmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Esasen işinin ehli olan müteahhidin, ayıp ve sözleşmeye aykırılıkların farkında olmadığının kabulü ile değerlendirme yapılması hakkaniyete de uygun düşmez.

Örneğin, sözleşmede, arsa sahibinin seramiklerinin (X) marka olması kararlaştırılmıştır. Ancak, o marka seramik fabrikası kapandığından, müteahhit muadili olduğuna inandığı (Y) marka seramik kullanmıştır. Arsa sahibi bu hususu kabul etmediğini teslimden sonra ihbar etmez ise, müteahhidin sorumluluğuna gidilemez. Ancak seramikler çatlak, kırık veya işçiliği bozursa, bunu bilmesi gereken müteahhidin, sorumluluğu devam eder.

Örneğin, sözleşmede, salonların açık renkte boyanacağı belirtilmiştir. Uygulanan renk beyaza çok yakınsa, arsa sahibi teslimden sonra, renk konusunda bir ihbarda bulunmazsa müteahhit sorumlu tutulmamalıdır. Ancak rengin çok koyu olması veya boyada dökülmeler, sararmalar vs. olması durumunda ihbar şartı aranmamalıdır.

Fakat, müteahhidin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı bilmediği veya bilmemesinin makul karşılanabileceği durumlarda, süresinde ayıp ihbarında bulunmayan iş sahibinin, ayıpların, teslim sırasında da mevcut olduğunu ve kullanıma bağlı olarak oluşmadığını ispat etmesi ve teslimde yapılmayan ihbar nedeniyle artan zarardan sorumlu olması gerekir.

1.1.6.2.3.1 Müteahhidi Onarım Zorlama - Birlikte İfa Uygulaması Veya Aynen İfa İstemi

BK m 360 da onarımın büyük bir masrafı gerektirmemesi halinde, müteahhidin bunu yapmaya mecbur edilebileceği belirtilmiştir. Bu hüküm, aynen ifa veya birlikte ifa ile ilgili uygulamaya denk gelmektedir.

Önemli oranda olmayan zararlar bakımından, arsa sahibinin henüz tapuda pay geçirim borcunu ifa etmemiş olması, ancak, müteahhidin tapu iptal ve tescil davası açması durumunda, bu zararın bedelinin hüküm altına alınarak depo edilmesi ile arsa payının müteahhide devrine karar verilmek suretiyle birlikte ifa kuralı uygulanabilir. Uygulamada yeknesaklığı sağlamak için zararın önemli olup olmadığının ne şekilde belirlenmesi gerektiğine, “birlite ifa” ile ilgili bölümde değinilmiştir. Örneğin; Toplam 10 dairelik bir inşaatta, arsa sahibine 4 daire verilecektir. Tüm dairelerin arsa payı 1/10 dur.

- Teslim tarihinde her bir dairenin bitmiş rayiç değeri 100.000,00-YTL olup, bunun 60.000-YTL si arsa, 40.000 YTL si de inşaata tekabül etmektedir.
- 4 dairenin kendisinde bulunan ve ortak yerlerden arsa payına düşen ayıplı iş bedeli 4.000-YTL dir.
- Ayrıca, elektrik kablolarının piyasa malı ve düşük kesitte döşenmesi nedeniyle tesisat yanmış bu nedenle 4 daire için 1000-YTL tesisat yenileme bedeli oluşmuştur.

Sadece ayıp nedeniyle oluşan zararların olduğu, varsayıldığında, arsa sahibine 5000-YTL ödenmesi ve müteahhit adına tapunun tescili şeklinde birlikte ifaya karar verilecektir.

²⁵⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 202-203 ; TANDOĞAN, C II, s. 221 ; ERMAN, s.155-156 ; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.173 ; ŞENOCAK, s. 124.

BK m 360 da birlikte ifa imkanı tanınmamıştır.

Arsa sahibinin, müteahhide kalan bağımsız bölümlerin tamamını önceden tapuda kendisine devretmiş olması durumunda ise, arsa sahibi dava açarak, zarar tutarını hüküm altına alacaktır. BK m 360 da, doğrudan böyle bir imkan tanınmamıştır.

Arsa sahibi, müteahhidi ayıpları düzeltmeye, BK m 360/2 uyarınca mecbur edebilir. Müteahhidin buna yanaşmaması halinde, BK m 358/2 uyarınca nama ifa yoluna başvurulabilir. Aynı husus genel hükümlerden BK m 106/2 ve BK m 97 uyarınca da sağlanabilir.

Nama ifa yapılmaksızın sadece ayıplı ve eksik işlerin bedelinin hüküm altına alınması isteniyorsa, bunların ortak yerler bakımından arsa payına tekabül eden tutarının dikkate alınması gerekir. Müteahhide kalan bağımsız bölümlerle aynı binada bağımsız bölümü olan arsa sahibi, ortak yerlere tekabül eden ayıp ve eksiklik bedelini arsa payı oranında talep edebilmelidir. Aksi halde, bir başka anlatımla, arsa sahibinin ortak yerlerdeki ayıp ve eksikliklerin tamamını talep etmesi durumunda, bunların tamamını giderme yükümlülüğü altına girmesi söz konusu olur. Çünkü, aynı ana taşınmazda yer alan ve müteahhide kalan bağımsız bölümlerin arsa payına tekabül eden ayıplı- eksik işler bedelini tahsil eden arsa sahibinden, bu bağımsız bölüm sahiplerinin veya müteahhidin, bu işlerin yapılmasını veya düzeltilmesini isteme hakkı vardır. Örneğin, müteahhidin asansör ve kalorifer kazanını takmadığı ve bunların tamamının değerinin de kendisine kalan küçük bir dairenin değerine karşılık geldiği bir durumda, dairenin tapusunu vermeyen arsa sahibi, eksik işleri yapma borcu altına girmiş olur. Ancak arsa sahibinin açıkça nama ifa yoluyla (BK m 358/2 veya BK m 97) akdin aynen ifasına karar verilmesini istemediği hallerde, ortak yerlerdeki eksik ve ayıplar için arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin arsa payı oranında müteahhidin sorumluluğuna gidilmesi gerekir.²⁵⁷

-“...ortak yerlere ait 8.800.000 TL den davalılar (arsa sahipleri) yararına ancak arsa payları oranında hükmedilmesi lazımken, bu miktarın tamamının davacıdan (müteahhitten) alınıp davalılara verilmesi şeklinde hüküm kurulması doğru değildir.”²⁵⁸

Aynı şekilde ortak yerlerde yapılan fazla ve faydalı işler bakımından da arsa sahibinin sorumluluğu arsa payı oranında olmalıdır.²⁵⁹

1.1.6.2.3.2 Aynen İfadan Vazgeçip Müspet Zarar Talep Etmesi

Aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın karşılanması konusunda ayıpla ilgili bölümde bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin ifasında, çok önemli ayıplarda böyle bir hükme ihtiyaç vardır.

²⁵⁷ Benzer görüşte, KOSTAKOĞLU, s 520 ; Y. 15. HD. 16.11.1999, 2640/4073, YKD, 2000/4, s. 572.

²⁵⁸ Y. 15. HD. 15.5.1991, 1990/5418, 510, KOSTAKOĞLU, s. 920-921.

²⁵⁹ “6 nolu dairenin tüm mülkiyeti davacılar aittir. Davacı buradaki fazla işler bedelinin tamamından sorumludur. Ancak 7 nolu dükkanın 1/2 payı davacıya aittir. O yüzden dükkandaki fazla işler olarak saptanan 675 milyon liradan arsa sahibinin sorumluluk payı 1/2 dir. Ortak yerlerdeki davacı arsa sahibinin payı ise, 1074/5124 den ibarettir. Bundan dolayı da arsa sahibi davacı ortak yerlerdeki fazla işlerden arsa payı oranında sorumlu olmalıdır. Mahkemece bu yönler gözden kaçırılarak arsa sahibi davacının 7 nolu dükkanın tamamından, ortak yerlerde ise, 1/2 paydan sorumlu tutularak karşı davanın bu oranlar üzerinden kabulü doğru değildir.”, Y. 15. HD. 20.11.2002, 3405/5355, KARATAŞ, s. 166.

Bina teslim alındıktan, bir nevi ifaya yönelik olarak eylemde bulunulduktan sonra, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin istenmesinin çelişkili davranış olacağı ve himaye edilmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, teslim, arsa sahibinin, binayı ayıplı ve sözleşmeye aykırı bir şekilde kabul ettiği anlamına gelmez. Teslimden sonra ortaya çıkan gizli ayıplar dahi, aynen ifadan vazgeçmeyi haklı kılabilir. Örneğin müteahhit, binayı tamamen imar mevzuatına aykırı yapmış ve tamamlamıştır. Müteahhidin kusurlu olduğu sabittir. Binanın imar mevzuatına uygun hale getirilmesi de mümkün değildir. Örneğin binanın taşıyıcı sistemindeki beton kalitesi çok düşük olduğu gibi, donatılar (demirler) eksik ve kesitlerde projesinden küçük yapılmıştır. Bunlar da gizli ayıp niteliğinde olduğundan teslimden sonra fark edilmiştir.

Bu durumda arsa sahibi, müteahhidin zararını karşılayacak mal varlığının bulunduğunu görerek, tazminat talep etmek istemektedir. Arsa sahibi, arsası üzerindeki binayı yıkmak ve enkazını kaldırmak, başka bir müteahhitte tekrar anlaşmak külfetlerine neden katlanmak zorunda bırakılsın ?

Aynen ifadan vazgeçip, üzerinde yıkılması gereken bina bulunan arsayı müteahhide bırakarak, tasfiyeyi sağlamak isteyen arsa sahibine bu seçimlik hakkın tanınması gerekir.²⁶⁰

1.1.6.2.3.3 Arsa Sahibinin Ücret İndirimi - Fesih Hakkı

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak, ayıp+eksiklik+gecikme tazminatından oluşan toplam zararın “önemli oranda” olması durumunda, BK m 360 hükmü de dikkate alınarak müteahhidin ücreti indirilebilir.

Ücret indirimi, fesih (ileriye etkili sona erme) uygulaması ile örtüşmektedir. Fesihte, sadece ayıplı değil, eksik işler gecikme tazminatı, hatta ayıba dayalı olarak doğan zararlar dikkate alınarak müteahhidin ücretinden indirim yapılabilmektedir. Örneğin;

- Toplam 10 dairelik bir inşaatta, arsa sahibine 4 daire verilecektir. Tüm dairelerin arsa payı 1/10 dur.
- Teslim tarihinde her bir dairenin bitmiş rayiç değeri 100.000,00-YTL olup, bunun 60.000-YTL si arsa, 40.000 YTL si de inşaata tekabül etmektedir.
- 4 dairenin geç teslim nedeniyle kira kaybı 24.000-YTL dir.
- 4 dairenin kendisinde bulunan ve ortak yerlerden arsa payına düşen eksik iş bedeli 5.000-YTL dir.
- 4 dairenin kendisinde bulunan ve ortak yerlerden arsa payına düşen ayıplı iş bedeli 4.000-YTL dir.
- Ayrıca, elektrik kablolarının piyasa malı ve düşük kesitte döşenmesi nedeniyle tesisat yanmış bu nedenle 4 daire için 1000-YTL tesisat yenileme bedeli oluşmuştur.
- Ayıplı-eksik işler ve zararın giderileceği süre dikkate alındığında kira kaybı da 6.000-YTL dir.

Toplam zarar =24.000 +5.000 + 4.000 +1000 + 6.000 = 40.000-YTL dir. Toplam zarar tutarında, müteahhide kalan bağımsız bölüm-bölmülerden eksik arsa payı verilecektir. Zarar 40.000-YTL, müteahhide kalan bir bağımsız bölüm de 100.000-YTL olduğundan, bu

²⁶⁰ ERMAN, s. 116.

bağımsız bölümün %40'ının arsa sahibine verilmesi ile arsa sahibinin zararı karşılanmış olmaktadır.²⁶¹

Sadece ayıp nedeniyle oluşan zararların olduğu, varsayıldığında, arsa sahibine 5000-YTL için verilecek pay = 1/200 olacaktır. Bir dairenin arsa payı $1/10 = 2/20 = 20/200$ olduğu düşünüldüğünde, müteahhide kalan ve $1/10 = 2/20 = 20/200$ arsa payına tekabül eden değeri 100.000-YTL olan daireden, 5000-YTL'ye tekabül eden sadece 1/200 pay verilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Halbuki BK m 360'a göre, bedel indirimini hiçbir şarta bağlamaksızın arsa sahibinin talep etmesi söz konusu olduğundan, müteahhide kalacak bağımsız bölümün içine küçük bir arsa payı sokularak, uyumsuzluğun boyutunun artmasına neden olunacaktır. Ufak bir tutar için müteahhide kalan bağımsız bölümde arsa sahibinin hissedar olması hakkaniyete de aykırıdır. BK m 360 hükmü kıyas alınarak değerlendirme yaptığımızda, işin kıymetinin noksanı (ayıplı işlerin neden olduğu değer kaybı) nispetinde fiatın (arsa payının) tenzili (azaltılması) gerekmektedir.

-“Davacı arsa maliki, davalı yüklenici tarafından inşaatın eksik ve ayıplı yapılmasından ötürü, ortaya çıkan değer eksikliği karşılığında sözleşmede bedel olarak davalı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerden 1 nolu daire ile davalıya isabet eden dükkanın da kendisine ait olduğunun tespitine ve bu bağımsız bölümlere ait hisselerin hükmen tapu sicilinde kendi üzerinde bırakılmasına karar verilmesini istemiştir..... Bu durumda mahkemece yapılacak iş; inşaatın teslim hazır olduğu anlaşılan iskan ruhsatının alındığı tarihe göre, yukarıda açıklandığı gibi inşaatın objektif olarak ayıplı ve ayıpsız değerleri arasındaki oranın bulunması gerekir bu oran bulunduktan sonra, bulunan bu oranın sözleşmede kararlaştırılan bedele uygulanması suretiyle indirilecek bedel bulunmalıdır. Sözleşmede paylaşımın %50 oranında yapılacağı belirtilmiş olduğundan taraflara buna göre dörder daire ve birer dükkan isabet etmektedir. Sözleşmede taraflara isabet eden bu bağımsız bölümlerin hangileri olduğu da belirtilmiştir. Buna göre yükleniciye bedel olarak bırakılan dört daire ve bir dükkana isabet eden arsa paylarının toplamı işin bedeli olmaktadır. Yukarıda açıklanan oranın bu bedele uygulanması suretiyle yüklenicinin arsa payından indirilmesi gereken arsa payı bulunacaktır. Sözleşmede yükleniciye ait arsa payının tahsis edildiği bağımsız bölümler belli olduğuna göre indirilecek arsa payının yükleniciye ait bağımsız bölüme veya bölümlere yansıtılması gerekir. Hangi bağımsız bölümlerin arsa paylarından indirim yapılması gerektiği hakkında taraflardan sorulup, anlaştıkları taktirde buna göre indirim yapılmalıdır. Anlaşamadıkları taktirde, hakkaniyete uygun bir şekilde bağımsız bölümlerin hangilerinden indirim yapılması gerektiği belirlenmelidir.”²⁶²

Yukarıdaki Yargıtay Kararı da benzer sonuca varmaktadır. Ancak bu Karara göre yapılan hesaplamada doğrudan eksik-ayıplı işlerin bedeli değil de bunların arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerde neden olduğu değer düşüklüğü dikkate alınmaktadır. Bu değer düşüklüğünün hesabı, her zaman için tam olarak belirlenemeyeceğinden, benimsenen yöntemin gerçekçi olmaması ihtimali yüksektir. Yukarıdaki örnekte ortak yerlerde hiçbir ayıp ve eksik bulunmadığı, ancak sadece arsa sahibine bırakılan bağımsız bölümlerde ayıplı ve eksik iş bedelinin ve bunların giderilme süresine göre kira kaybı ile birlikte toplamının 40.000-YTL olduğu varsayıldığında;

Arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin ayıpsız-tam değeri	= 400.000-
Arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin ayıplı-eksik değeri	= 360.000-

²⁶¹ Ayıp bakımından benzer görüşler; ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 177 ; ERMAN, s.137-138.

²⁶² Y. 15. HD. 6.4.1995, 6519-2081, KOSTAKOĞLU, ss. 550-552.

olacaktır. Çünkü, 40.000-YTL harcanarak ayıp-eksiklikler giderilmiş ve zarar karşılanmış olsa, bağımsız bölümlerin değeri 400.000-YTL olacaktır. Buna göre;

$$\text{Verilmesi gereken arsa payı} = \frac{360.000}{400.000} \times (6/10) = 54/100 = 5,4/10 \text{ olur.}$$

Bir başka anlatımla, bu yöntemde gerçek zarar 40.000-YTL iken, müteahhide 60.000-YTL'ye tekabül eden arsa payı eksik verilmektedir. Çünkü 100.000-TL değerindeki dairenin eksik verilen 0,6 (6 - 5,4) arsa payı 60.000-TL'ye karşılık gelmektedir.

Bu konuda en gerçekçi hesaplama yönteminin ne olabileceği konusunu bir örnekle açıklamak istiyorum²⁶³; Dairenin mutfak dolapları, fayans ve seramikleri, doğraması ve parkeleri ayıplıdır. Kendisine 1 daire tekabül eden arsa sahibi ayıplı ifa nedeniyle zararının giderilmesini talep etmektedir.

Ayıplı dairenin değeri	= 60.000-
Ayıpların giderilme bedeli	= 20.000-
Ayıpları giderilmiş dairenin değeri	= 100.000-

Arsa sahibinin bu daireye karşılık müteahhide verdiği arsa payının değeri (kararlaştırılan ücret)	= 40.000-
---	-----------

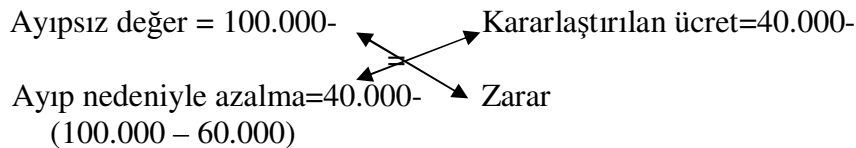
1.Yöntem : Yenileme bedeli kadar zarar olan 20.000-YTL dikkate alınmalıdır.

2.Yöntem : Ayıplı değer ile ayıpsız değer arasındaki fark olan 40.000-YTL dikkate alınmalıdır.

3.Yöntem : Ayıpsız değere karşı gelen arsa bedelinden (kararlaştırılan ücretten), ayıplı bedele denk gelen arsa bedeli zarar olarak dikkate alınmalıdır. Bir başka anlatımla ; ayıpsız değer, kararlaştırılan ücrete denk gelirse, ayıplı değer hangi ücrete denk gelir ? sorusuna verilecek cevaba göre zarar belirlenmelidir.

$$\frac{60.000}{100.000} \times 40.000 = 24.000\text{-YTL}$$

4.Yöntem : Ayıpsız değer, kararlaştırılan ücrete denk gelirse, ayıp yüzünden değerdeki azalma tutarı da, zarara karşılık gelir.²⁶⁴



$$\text{Zarar} = \frac{40.000}{100.000} \times 40.000 = 16.000\text{-YTL}$$

²⁶³ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 178.

²⁶⁴ TANDOĞAN, C II, s. 191.

Bu yöntemler içinde en gerçekçi olanı birinci yöntemdir. Çünkü bu yöntemde tek tek ayıplar sayılmakta ve denetime elverişli ve somut olarak giderilme tutarları ve giderilme zamanı²⁶⁵ hesaplanmaktadır. Ayrıca karşılaştırılan değerlerin ayıpsız değere karşı geldiğine dair fiili karineden yararlanıldığında da aynı sonuca varılmaktadır²⁶⁶. Diğer yöntemler bir takım varsayım ve kabullere dayandığından sakıncalıdır. Ayıp nedeniyle değerdeki azalmanın somut bir şekilde algılanması ve ölçülmesini sağlayacak yöntem bulunmamaktadır.

Ancak, ayıpların düzeltilmesinin mümkün olmadığı, örneğin bağımsız bölümün tavan yüksekliğinin olması gerektiğinden 30 cm düşük yapılması gibi durumlarda²⁶⁷, ayıplı değer ile ayıpsız değer arasındaki farkı dikkate alan 2. Yöntemin uygulanmasının daha gerçekçi ve objektif olduğu kanısındayım.

Yukarıdaki yöntemler, ayıp nedeniyle ücretten indirim hakkının kullanılmasında, indirim miktarının hesabı ile ilgilidir.

1.1.6.2.3.4 Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi, imar mevzuatına tamamen aykırı yapılmış ve yıkılıp yeniden yapılmadıkça düzeltilmesi mümkün olmayan yapılar bakımından söz konusudur.

Bu durumda, ayıp hükümleri ile bağlı kalmarak, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönülmesi ise mümkün değildir. Çünkü, BK m 360 uyarınca sözleşmeden dönebilmek için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Bunlardan birincisi; “Yapılan şeyin iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyete göre kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı olmasıdır (BK m 360/1)”. Bu şart yıkılması gereken derecede ayıplı yapılar bakımından gerçekleşmiş sayılmalıdır.

İkinci şart ise, “iş sahibinin arsası üzerine yapılan şeyin, mahiyeti itibarıyla ortadan kaldırılmasının ve yıkılmasının fazla bir zarara neden olmamasıdır (BK m 360/son)”

Teslim aşamasına gelmiş inşaatın yıkılmasının fazla bir zarara neden olacağı tartışmasızdır. Bu nedenle, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıp hükümleri içinde kalarak sözleşmeden dönülmesi mümkün olmamaktadır.²⁶⁸ Bu da, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmek için genel hükümlerin uygulanması zorunluluğunu doğurmaktadır.

Gerçi bu durumda, yapılan imalatın emredici kurallara aykırılığı nedeniyle, yaratılan bir ekonomik değer söz konusu olmadığı ve verilmiş emeğin dikkate alınamayacağı ileri sürülebilir.²⁶⁹ Çünkü, zaten yasal olarak yıkılması zorunlu bir yapı söz konusudur. Hatta bazı durumlarda, yapının yıkılmamasının daha fazla bir zarar doğurması da mümkündür²⁷⁰. Ancak,

²⁶⁵ Ayıpların giderilmesi için geçen süreye tekbül eden, kira, kullanım vs. kaybı da ayrıca hesaba katılmalıdır.

²⁶⁶ UÇAR, s. 191.

²⁶⁷ ERMAN, s. 114

²⁶⁸ ERMAN, s. 107, 109-110

²⁶⁹ AYDEMİR, s. 283

²⁷⁰ Örneğin depreme dayanıksız bir binanın en ufak sarsıntıda yıkılması ile doğacak zarar gibi.

Kanunun lafzı böyle bir yoruma elverişli değildir. Genel hükümlere başvurulmasının daha doğru olacağını düşünüyorum. Ancak Yargıtay, BK m 360 kapsamında değerlendirme yaparak aynı sonuca varmaktadır.²⁷¹

Arsa sahibi, teslimden ve ayıp-eksiklikler konusunda dava açtıktan sonra, şartları varsa, bağımsız bölümü devretse bile, müteahhidin bunlardan sorumluluğu devam eder. Özellikle müteahhidin işten el çektiği durumlarda yapılan satışlarda ayıp ve eksiklikler nedeniyle satım parasının düşük belirlendiği kabul edilmelidir. Burada, bağımsız bölümdeki ayıp ve eksiklikler nedeniyle, bağımsız bölümün daha ucuz fiyattan satıldığıın ispatlanması gerekir. Gerçekten, arsa sahibinin payına düşen dairelerin dava öncesinde satılmış olması, noksan ve ayıp talebine mani değildir. Örneğin, müteahhidin tamamlandığından bahisle elini çektiği inşaattaki arsa sahibine ait noksan ve ayıplı daire, bitmiş bir daireye göre daha ucuz satılmış olacağından, aradaki fark tazminat olarak müteahhitten istenebilmelidir.²⁷²

Burada, ayıplı ve eksik işler nedeniyle arsa sahibinin malvarlığının azalması arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının tespiti önem taşımaktadır. Örneğin inşaat devam ederken arsa sahibinin tapuda üçüncü kişiye yaptığı devirden sonra, arsa sahibi, müteahhitten bir talepte bulunamamalıdır. Çünkü, arsa sahibi üçüncü kişiden bitirilmiş daire parasını almıştır.²⁷³

Teslim ile muaccel hale gelen ayıplı-eksik iş ve gecikme tazminatını, uzun süre talep etmeyen arsa sahibi BK m 98/2, m 44 uyarınca müterafık kusurlu sayılmalı ve teslimden sonra meydana gelen artışlardan faydalanamamalıdır. Teslimden sonra muaccel hale gelen zararı talep etmeyen arsa sahibinin, aradan uzun bir zaman geçtikten sonra, defi kapsamında artan zarardan müteahhidi sorumlu tutması, hakkın (defi hakkının) kötüye kullanımı niteliğinde de olacaktır. Sonuç olarak kendisine kalan bağımsız bölümleri teslim alan arsa sahibinin teslim tarihi itibarıyla ayıplı-kusurlu işler bedeli ile gecikme tazminatını talep etmesi gerekir. Aksi halde artan zarardan kendisi sorumlu olur.²⁷⁴

²⁷¹ “ Somut olayda mahkemece, yapılan binanın projesine ve sözleşmeye uygun şekilde yapılmadığı, arsa sahipleri tarafından kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğu gerekçesi ile sözleşmenin feshine karar verilmiştir. Bu sonuca varılırken binanın güçlendirme maliyetinin toplam maliyetin % 60'ına varması da dikkate alınmıştır. Dosyadaki bilgilerin ve raporların değerlendirilmesinden, davalı yüklenici Ö.Ç. tarafından sözleşme şartlarına uygun kabul edilebilecek nitelikte yasal inşaat yapılmadığı, bu nedenle iskan ruhsatı da alınmadığı, davacı arsa sahiplerinin BK'nun 360/1. maddesi uyarınca bu eseri kabule zorlanamayacakları sonucuna varılmaktadır. Bu durumda davacılar arsa sahipleri ve davalı yüklenici Ö.ç. arasındaki gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine karar verilmesi gerekir.” Y. 15. HD. 9.6.2006, 1309/3450, www.kazanci.com.tr.

²⁷² “Her ne kadar bir kısım bağımsız bölümler arsa sahibi davacı tarafından başkalarına satılmış ise de, bu satılan yerlere ait noksan ve ayıplı işler ile ortak yerlerdeki pay yönünden tazminat istenmesine engel değildir. Yapılan satışların noksan ve ayıp gözetilerek daha düşük bir bedelle yapıldığından, davacının zararının gerçekleştiğinin kabulü gerekir.”, Y. 15. HD. 13.10.1986, 1225/3243, KOSTAKOĞLU, s. 521 ; Aynı doğrultuda; Y. 15. HD. 6.6.1994, 1993/5161, 3638, KOSTAKOĞLU, s. 603-604; Y. 15. HD. 20.3.1994, 4579/1727, KARATAŞ, s. 166.

²⁷³ “Dosya kapsamından yapının kat irtifakının tesis edildikten sonra bir kısım bağımsız bölümlerin dava dışı üçüncü kişilere ve davalılara tapudan devredildiği anlaşılmıştır. Bu durumda davacının satılan bağımsız bölümlere ilişkin olarak mülkiyet hakkının kalmadığı ve bu kusurları sözleşmedeki haklarını alıcılara devrettiğinin kabulü gerekir. Ayrıca davacı satılan daireleri değerinden düşük satıldığı yolunda bir iddia ileri sürmemiş ve esasen satış tarihlerinde davacının elinde kalan bölümlere hasren kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir” (Y. 15. HD. 8.10.1992, 1992/1234, KOSTAKOĞLU, s. 604-605).

²⁷⁴ “Eser teslim alınmış olup, garajın yapılmadığı anlaşıldığından bu noksanlığın giderilmesinin veya bedelinin makul süre içerisinde istenmesi gerekir. Davacılar uzun bir süre beklemek suretiyle fiyatların artmasına ve zararın giderilmesi bakımından davalının durumun ağırlaşmasına neden olmuştur. Bu itibarla gereksiz yere beklemenin sonuçlarına katlanmaları gerekir. O halde dava tarihine kadar taktir edilen bedele hükmedilmesi doğru değildir. Mahkemece teslim tarihine göre makul bekleme süresinin eklenilerek bulunacak tarihteki

Ortak yerlerdeki noksan ve ayıplı iş nedeniyle apartman kat malikleri adına yöneticinin müteahhitten talepte bulunmaya hakkı yoktur. Her kat maliki kendi arsa payı oranında müteahhide karşı dava açabilir.²⁷⁵

Sözleşmede yapılacak inşaatla ilgili nitelikler iki sınır arasında kalacak şekilde belirtilmişse, müteahhidin alt sınırın altında kalmamak üzere yaptığı imalat ayıplı veya eksik olarak nitelendirilemez.²⁷⁶

İş sahibi gizli ayıbı öğrenir öğrenmez müteahhide ihbar etmelidir. Aksi halde artan zarardan sorumlu olur. BK 362/3. maddede; yapılan şeydeki ayıbın, sonradan ortaya çıkması halinde, iş sahibinin bunu öğrenir öğrenmez, müteahhide haber vermek zorunda olduğu, aksi halde, işi kabul etmiş sayılacağı belirtilmiştir. Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da gizli ayıp kasten saklansa bile, sonradan ortaya çıkınca, ihbar edilmesi gerektiği görüşündedir.²⁷⁷

Müteahhidin kasten gizlediği ayıplar için ihbar şartı aranmamalıdır.²⁷⁸ Bu durumda müteahhidin ayıbı bildiği halde kendisine ihbar edilmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Kaldı ki, BK m 362/1 de, kasten saklanan açık ayıplar bakımından sorumluluğun devam edeceği belirtilmiştir. Kastem gizlenen açık ayıplar bakımından, sorumluluk devam ederken, kastem gizlenen gizli ayıplar bakımından evveliyetle devam etmelidir.²⁷⁹ Ancak kastem saklanmayan gizli ayıplar bakımından iş sahibinin bunları müteahhide bildirim zorunluluğu getirilmiştir (BK m 362/3). Böylelikle, iş sahibinin gizli ayıbı öğrendikten sonra, müteahhide ihbar etmemesinin, eserin bu haliyle zımnen kabul edilmiş olduğu varsayılmaktadır. Kanımca, BK 362/3, yapılan şeydeki kusurdan müteahhidin haberdar olmasının beklenemeyeceği durumlarda uygulanmalıdır. Müteahhidin işin uzmanı olarak, yapılan şeydeki gizli ayıpları bilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Aksini ispatlayabilen müteahhit bakımından ise, iş sahibine ihbar mükellefiyeti yüklenmelidir.

mahalli piyasa rayiçlerine göre hesaplama yaptırılarak saptanacak miktarın hüküm altına alınması gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı bulunduğundan bozmayı gerektirmiştir.” Y. 15. HD. 15.2.1994, 1584/803 ; Aynı doğrultuda; Y. 15. HD. 14.4.2003, 1264/1929, KARATAŞ, s. 150, 164-165.

²⁷⁵ Y. 15. HD. 31.5.1989, 1988/4292, 2586, KOSTAKOĞLU, s. 522 ; Aynı doğrultuda; Y. 18. HD. 9.3.2006, 376/1899, Terazi, 2006/9, ss. 136-137.

²⁷⁶ “Yanlar arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 18. Maddesinde davacı arsa sahibine isabet eden dükkanın 3.5-4 m cepheli ve 50-60 m2 olacağı kararlaştırılmıştır... Davalı en az 3,5 m cepheli ve 50 m2 alanında dükkan yapmış olması halinde edimini tam olarak yerine getirmiş olacaktır...”, Y. 15. HD. 28.9.1994, 656/5298, KOSTAKOĞLU, s.585-586 ; “Davacıya ait dairelerin "90-100 m2" olması öngörülmekle her bir dairenin 90 m2 olması halinde davalı edimini yerine getirmiş olacaktır, mekan küçüklüğünün, diğer ifadeyle mesaha noksanlığının hesabında 95 m2 üzerinden hesap yapılmasında isabetli davranılmamış, teras kattan 16 m2'lik payın nasıl hesaplandığı da belli edilmemiş olduğundan inceleme ve rapor hüküm için yeterli değildir.”, Y. 15. HD. 21.2.1994, 1993/2788, 929, www.kazanci.com.tr.

²⁷⁷ “Kat Karşılığı İnşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin eseri teslim aldıktan sonra gözden geçirmesi, bozukluk (ayıp) var ise 359. madde hükmüne yükleniciye bildirmesi gerekir. Aksi durumda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. (BK 362/2. madde) Ne var ki, yüklenicinin kasden sakladığı, usulüne göre yapılan muayenede görülemeyecek kusurlar (gizli olanlar) bakımından yüklenicinin sorumluluğu devam eder. (BK 362/1. madde) Eserin kabulü gizli kusurları kapsamaz. Ancak sonradan ortaya çıkan gizli kusurlar da derhal bildirilmelidir. Bildirim (haber verme) görevi çabucak (hemen) yerine getirilmezse yüklenici yine BK'nın 362/2. maddesinde sorumluluktan kurtulur. Eksik işler ise dava zaman aşımı süresince istenilebilir.”, Y. 15. HD. 19.9.2005, 2004/6065, 4764, www.kazanci.com.tr.

²⁷⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 202-203 ; TANDOĞAN, C II, s. 221 ; ERMAN, s.155-156 ; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.173 ; ŞENOCAK, s. 124.

²⁷⁹ BURCUOĞLU, s. 316-317.

Müteahhidin kusuru ile gizlenen ayıplar nedeniyle oluşan zararlar, haksız fiil kapsamında değerlendirilerek, ayıp ihbarının yapılmaması nedeniyle tazminat talebinin düşmesi engellenebilir.²⁸⁰ Ancak burada müteahhidin kusurunun ispat edilmesi gerekir. Ayrıca, haksız fiilde 1 yıllık kısa zamanaşımı engeli bulunmaktadır.

Gizli ayıplar bakımından ihbar yükümlülüğü değerlendirilirken dört hususun saptanması gerekir. Bunlar; 1-Söz konusu iş ayıplı sayılabilir mi ? Yoksa eksik iş midir ? 2-Ayıp gizli bir ayıp mıdır ? 3-Ayıp kasten gizlenmiş olulabilir mi ? 4-Ayıp süresinde ihbar edilmiş midir ? Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaat faaliyeti içinde bir çok kalem bulunmaktadır. Örneğin, kalıp-demir-beton tuğla-çatı (kaba inşaat), elektrik, su, doğalgaz, telefon, kalorifer, asansör tesisatları, sıva, seramik-fayans, parke, cam, doğrama, mermer vs. saymakla bitmeyecek kadar çok kalem imalat ve bu imalatları yapan taşeronlar söz konusudur. Bu kadar çok imalatın yer aldığı bir inşaatta yukarıdaki soruların net bir cevabının bulunması, özellikle de, ayıbın kasten gilenip gizlenmediğinin ispatındaki güçlük ortadadır. Bu nedenle, gizli ayıpların müteahhit tarafından bilinmesi gerektiği kabul edilerek, kasıt ve ihbar şartı aranmaksızın, zamanaşımı süresi içinde bunlarla ilgili seçimlik hakların kullanılabilmesi gerekir.

Açık ayıplarda teslim tarihindeki²⁸¹, gizli ayıplarda ise, bu ayıpların ortaya çıktığı tarihteki²⁸² veya bu tarihten itibaren makul bir süre içindeki²⁸³ değer düşüklüğü dikkate alınmalıdır.²⁸⁴ Çünkü bu tarihler itibarıyla ayıplı işler nedeniyle sahip olunan haklar kullanılabilir hale gelmektedir.

Müteahhidin işi terk ettiği durumlarda, ayıplı ve eksik işlerin bedelinin uzun süre beklendikten sonra talep edilmesi mümkün olmamalıdır. İnşaatı terk eden müteahhitten uygun bir süre içinde bu bedeller talep edilmelidir.²⁸⁵

1.1.7 Arsa Sahibinin Alacağına Teminat Altına Alınması

1.1.7.1 Müteahhitten Teminat Senedi Alınması

Arsa sahibinin müteahhitten, devrettiği arsa paylarına karşılık teminat senedi alması ve teminat amacına uygun olarak bu senedi tahsile koyması mümkündür.²⁸⁶ Ancak, müteahhidin acz içine düşmesi veya kendisine kalan bağımsız bölümleri 3. kişilere satıp işi terketmesi durumunda, bu teminat senedinin tahsili imkanı bulunmayacaktır. Bu nedenle teminat senedinin gerçek anlamda bir teminat teşkil etmesi mümkün değildir. Kaldı ki uygulamada bu senetler üzerine “teminat senedir”, “ciro edilemez” gibi ibareler yazılmak

²⁸⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 132-133.

²⁸¹ “Eksik ve (açık) ayıplı işler bedeli, bağımsız bölümlerin teslim alındığı tarihteki serbest piyasa rayicine göre tespit edilir.”, Y. 15. HD. 19.4.2007, 2006/2375, 2591, www.kazanci.com.tr.

²⁸² Y. 15. HD. 19.9.2005, 2004/6065, 4764, www.kazanci.com.tr.

²⁸³ Y. 15. HD. 21.12.1995, 6826/7615.

²⁸⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 171-172 ; ERMAN, s. 139 ; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.177 ; UÇAR, s. 189.

²⁸⁵ Y. 15. HD. 18.6.2001, 988/3298 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 18.9.2003, 910/4077, www.kazanci.com.tr.

²⁸⁶ Y. 15. HD. 20.5.1992 2486/2650, KOSTAKOĞLU, s. 227 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 7.10.1983 1922/2312, www.kazanci.com.tr.

suretiyle, kambiyo senedi olma nitelikleri konusunda tartışma yaratılmakta ve senedin tahsili yargılamayı gerektirmektedir.²⁸⁷

1.1.7.2 Müteahhitten Teminat İpoteği Alınması

Tarafların sözleşme ile, arsa sahibinin tapuda yapacağı pay devri karşılığında, bu payların veya müteahhide ait başka bir taşınmazın üzerine teminat amacıyla, arsa sahibi lehine ipotek konulmasını kararlaştırmaları mümkündür. Bundan başka, başlangıçta müteahhide kalacak payların müteahhide tapuda devrinden sonra, tüm payların üzerine ipotek konulup, inşaatın geldiği aşamalara göre ipoteğin çözülmesi şeklinde de uygulama yapılması kararlaştırılmış olabilir. Ne şekilde olursa olsun, bu hususta sözleşmeye konulan şartlar tarafları bağlayıcı nitelikte olup, söz konusu şartlara uyulması gerekir.²⁸⁸

Edimini ifa eden müteahhit ipoteğin kaldırılmasını talep edebilir.²⁸⁹

1.1.7.3 Müteahhitten Banka Teminat Mektubu Alınması

Taraflar sözleşme ile, banka teminat mektubu karşılığında müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin devredileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda, sözleşmedeki şartlara uygun olarak teminat mektubu vermeyen müteahhit, bağımsız bölüm-bölümlerin adına tescilini isteyemez.²⁹⁰

1.1.7.4 Arsa Payının Teminat Olarak Tutulması

Taraflar, inşaatın tamamen bitirilip teslim edilmeden arsa sahibinin tapuda hiçbir şekilde devir yapmayacağını sözleşme ile kararlaştırabilirler. Bunun yanında inşaatı bitirdiğini iddia ederek, kendisine kalan bağımsız bölümlerin tapuda devrini isteyen

²⁸⁷ Y. 12. HD. 2.7.2007 13612/14212 ;YHGK 11.4.2007 12-206/202, www.kazanci.com.tr.

²⁸⁸ Y. 15. HD. 2.10.1995, 2259/5181, www.kazanci.com.tr ; Benzer kararlar: Y. 15. HD. 30.11.2006 7631/6983, İBD, 2007/4, s. 1848 vd. ; Y. 15. HD. 16.10.1995 2816/5567, UYGUR, C II, s. 142 ; Y. 15. HD. 30.4.1992, 1991/6198, 2313, KOSTAKOĞLU, s. 319 ; UYGUR C II, s. 112 ; Y. 15. HD. 6.2.1992, 1991/3795, 470 ; Y. 15. HD. 29.2.1988, 1987/4249, 806, KOSTAKOĞLU, ss. 325-326.

²⁸⁹ Y. 15. HD. 29.5.1984 1340/1840, www.kazanci.com.tr.

²⁹⁰ "...sözleşmenin 19. Maddesinde, "davacı hissedarlardan T. K. namına ve adına bu inşaat işinin T.K ye ait bloktaki dairelerinin yapılması güvencesi olarak 100.000.000 TL banka teminat mektubu, arsa hissesinin müteahhide tapudan satışı esnasında verileceği ve iş bu 100.000.000 TL lık banka teminat mektubu T. K. ya ait olan bloktaki dairelerin bitirilip, anahtar tesliminde hiçbir ihtara hacet kalmaksızın müteahhide derhal iade edileceği kuralı yer almıştır. Öyleyse, sözleşmenin yukarıda belirtilen maddelerinden inşaat yapılacak arsanın 60/100 hissesinin davalı arsa sahipleri tarafından davacı yüklenicilere devri sırasında, yüklenicinin de belirtilen teminatları arsa sahiplerine vermekle yükümlü bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut tapu kayıtları ile diğer delillerden inşaat yapılan arsaların tapu kayıtlarının bir kısmının davacı yüklenici şirkete devredildiği halde, sözleşmenin 2/2 ve 19. Maddelerine göre davacı adına tescili yönünde birlikte ifaya karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulü usul ve yasaya aykırı olup, karar bozulmalıdır.", Y. 15. HD. 23.5.1991,1990/5428, 2704, KOSTAKOĞLU, s. 321-322.

müteahhide karşı, arsa sahibi, ayıplı-eksik işler ve gecikme nedeniyle uğradığı zararı olduğunu ileri sürerek, bunlara karşılık gelen bağımsız bölümlerin devrinden kaçınabilir.²⁹¹

1.2 ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI

1.2.1 Arsayı Teslim Borcu

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan ve üzerine inşaat yapılacak arsanın, müteahhide teslimi arsa sahibinin öncelikli borcudur. Arsanın inşaat yapmaya elverişli ve ayıpsız şekilde teslimi gerekir. Aksi halde arsa sahibinin, arsayı teslim edememesi veya etmemesi nedeniyle temerrüdü ve sorumluluğu söz konusu olur.²⁹²

Sözleşmeye konu arsa üzerinde yıkılması gereken bina ve bina içinde de kiracının bulunması halinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, kiracının arsa sahibi tarafından tahliye edilmesi gerekir. Müteahhit bu konuda arsa sahibini zorlama imkanına sahiptir. Binanın yıkılması ise, aksi kararlaştırılmadıkça müteahhide ait olmalıdır.²⁹³

Arsa sahibinin, kiracının tahliyesi konusunda yetki içeren vekaletnameyi müteahhide vermesi durumunda, sözleşmede bu konuda aksine bir hüküm olmaması şartıyla, tahliye yükümlülüğünü müteahhidin üzerine aldığı kabul edilmelidir.²⁹⁴

Bundan başka arsanın inşaat yapımına elverişli hale getirilmesi ile ilgili yola terk, ifraz, tevhit, satınalma gibi hususları, müteahhidin üzerine aldığı durumlarda, bunlardan müteahhit sorumlu olacaktır.²⁹⁵

1.2.2 İnşaatın Yapımı Konusunda Vekalet Verme Borcu

Arsa sahibinin, inşaat işlerinin yapılması, belediye, tapu ve resmi-özel dairelerdeki işlerin takibi için müteahhide vekalet vermesi gereklidir. Bu vekaletteki yetkiler inşaatın sözleşmeye uygun olarak teslimine kadar yapılacak iş ve işlemleri kapsamalıdır. Örneğin, ruhsat alabilmek için yola terk, ifraz veya tevhit, satınalma gibi inşaatla doğrudan ilgisi

²⁹¹ Y. 15. HD. 27.9.1993 5363/3650, UYGUR, C II, s. 143 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 7.12.1988 989/4234, UYGUR, C II, s.142.

²⁹² “Sözleşmede üzerinde inşaat yapılacak taşınmazdaki mevcut binaların müteahhide boş ve pürüzsüz olarak teslimi öngörülmüştür. Bu durumda işe başlama süresinin binaların tahliyesinden sonra başlayacağı tabii bulunmaktadır. Her ne kadar açılan tahliye davaları ilgili mahkemeye reddedilmiş ise de, bu husus geçici bir imkansızlık olup, yeniden tahliye davası açılıp, arsanın yükleniciye boş teslimi mümkün bulunmaktadır. Nitekim, mevcut binaların tahliyesi sağlanmış; davalı arsa sahiplerince başka bir yüklenici ile anlaşma yapılmıştır. O halde ; olayda akdi haksız fesheden arsa sahipleri kusurludur. Bu itibarla davacı yüklenicinin olumlu zararlarını ödemek zorundadırlar.”, Y. 15. HD. 1.4.1992, 1991/4788, 1693, KOSTAKOĞLU, s. 339-340.

²⁹³ “...olayda üzerinde inşaat yapılacak taşınmazda bina mevcut olup, binada oturan kiracının tahliyesi de davacının yükümlülüğünde olan bir borçtur. Yüklenicinin kendisine sözleşme ile inşaat yapılacak arsa, yukarıda açıklanan şekilde salim ve ayıpsız teslim edilmedikçe edimini ifaya icbar edilemeyeceğinden, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü yanlıştır”, Y. 15. HD. 9.4.1990, 1989/3976, 1715, KOSTAKOĞLU, s. 253 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 5.5.2004 5372/2508, İBD, 2004/4, ss. 1823-1825.

²⁹⁴ Y. 15. HD. 17.11.1986 504/3843, UYGUR, C II, s. 96.

²⁹⁵ Y. 15. HD. 20.5.1981 1081/1193, ÖZENLİ, ss. 336-337.

olmayan işlemlerin de yapılması gerekiyor ve sözleşme ile bu işleri müteahhit üstlenmişse, vekaletnamenin bu yetkileri de içeriyor olması gerekir. Söz konusu yetkileri içeren vekaletname verilmedikçe ve müteahhide ifa için imkan tanınmadıkça, arsa sahibinin müteahhidi temerrüde düşürerek seçimlik haklarını kullanması mümkün değildir.²⁹⁶

İnşaatın bitim süresinin geçmesi durumunda müteahhit gecikme tazminatı ile sorumlu tutulacaktır. Ancak teslimin gerçekleşmesi için arsa sahibinin vekalet vermesine ihtiyaç varsa, müteahhidin kendisine vekalet verilmesi konusunda arsa sahibini temerrüde düşürdüğü tarihten itibaren, arsa sahibinin gecikme nedeniyle tazminat isteme hakkı da son bulacaktır. Örneğin sözleşmeye göre teslim, kat irtifakı kurulup, iskan izninin alınmasına bağlı veya teslim için tadilat projesi yapılması gerekli ise, bu işlemlerin yapılması için müteahhidin vekalet talep ederek, arsa sahibini temerrüde düşürmesi ile inşaat süresinin dolmasından dolayı gecikme tazminatının işleme sona erer.²⁹⁷

Yargıtay, müteahhidin, arsa sahibinden vekalet talep eden ihtarında, bir süre öngörülmediğinden, vekaletin çıkarılıp verilmesi için geçecek makul bir süre (örneğin 3-5 gün gibi) sonra arsa sahibinin temerrüde düşmüş sayılması gerektiği ifade etmektedir.

İnşaatın yapılması ile ilgili olarak arsa sahibinin vekalet verme borcunu yerine getirmemesi durumunda, müteahhit, arsa sahibini temerrüde düşürerek BK m 106 daki seçimlik haklarını kullanabilir. Aynen ifayı sağlamak üzere BK m 97/1 uyarınca, kendisine yetki verilmesini de mahkemeden talep edebilir.²⁹⁸

Yargıtay'a göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, projelerin hazırlanması ve inşaat ruhsatı alınması işlemleri arsa sahibine aittir. Ancak, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasa dahi, yapılacak inşaatın ruhsatının alınması veya başka bir husus ile ilgili

²⁹⁶ “Şuyulamanın giderilmesi ile oluşacak parselden, imar durumuna göre yola terki gereken kısım için tapuda bedelsiz ferağ işlemine yetki verilmesi talebi üzerine, davacılarca 27.9.1984 tarihinde davalı yüklenici adına vekaletname düzenlenmiş ise de, bu vekaletten davalının 16.12.1985 tarihinde azledilmiş olması ve müteahhidin 23.12.1985 tarihli ihtar ile, tapuda hazırlanan tevhit ve yola terk işlemleri ile inşaatı yetkiyi içeren vekaletname talebine karşılık, davacıların vekaletname vermemiş bulunmaları, birinci bentte açıklandığı üzere haklı bir nedene dayanmadığından akdin ifasında davacıların temerrüde düştüklerinin kabulü gerekir. ... O halde, mütemerrit davacıların kendi yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra, davalı yükleniciden edimini yerine getirmesini isteme hakkının doğacağı gözetilmeden, sözleşme süresinin 26 aylık kısmında faaliyette bulunulmadığından söz edilerek davanın kabulü ve akdin feshine karar verilmesi haksızdır.”, Y. 15. HD. 1.11.1998 3321/3501, KARATAŞ, s. 225-226 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 26.10.1987 1043/3679, UYGUR, CII, s. 99.

²⁹⁷ “...ilk sözleşmenin 5. maddesinde kararlaştırılan “kat mülkiyeti tesis edilmiş ve iskan ruhsatı alınmış biçimde” teslimin yapılabilmesi için yükleniciye vekaletname verilmesi zorunludur. Davalı 27.8.1999 günlü ihtarname ile bu konuda vekaletname isteyerek davacıları direngen duruma düşürmüş olmakla ek sözleşme ile kararlaştırılan **teslim tarihi 31.12.1998 den davalının gönderdiği 27.8.1999 tarihli ihtarnamenin davacılara ulaştığı tarih arasındaki süre** için istemin kabulü gerekirken, ek sözleşmenin anılan hükümleri gözden kaçırılarak, yazılı şekilde davanın tümünden reddi yerinde olmamıştır.”, Y. 15. HD. 20.2.2002 4915/830, KARATAŞ, s. 228; “Bilirkişi raporlarında belirtilen eksiklikler, eserin teslimine ve iskan ruhsatı alınmasına engel değildir. Davalı yüklenici 31.12.1998 tarihinde keşide ettiği ihtarnamesinde, cins tashiinin yapılabilmesi ve iskanın alınabilmesi için vekaletname talep ettiği halde; davacılar, B.K'nın 81. maddesi uyarınca yerine getirmeleri gereken öncelikli edimlerini ifa etmediklerinden, eserin teslim alınması yönünden temerrüde düşmüş sayılırlar. Bu itibarla, kira kaybı zararına eserin teslimi için sözleşmede kararlaştırılan 31.12.1997 tarihinden, anılan ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihe eklenecek makul sürenin sonuna kadar olan zaman dilimi için hükmedilmesi gerekirken, dava tarihine kadar hesaplanması da doğru olmamıştır.”, Y. 15. HD. 28.1.2002 4506/384, www.kazanci.com.tr.

²⁹⁸ ERMAN, s. 53 ; Y.15. HD. 28.1.1999 4977/166, KARATAŞ, s. 228-229 ; Y. 15. HD. 17.2.1994, 1993/3539, 830

olarak müteahhide vekaletname verilmesi durumunda, bu işlemlerin müteahhit tarafından yapılması gerektiği varsayılmaktadır.²⁹⁹

Projelerin hazırlanması ve ruhsat alımı konusunda, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamadaki oluşum şeklinin dikkate alınması gerekir. Uygulamada genellikle taraflar noterde ilk önce sözleşmeyi imzalamakta, sonra da arsa sahibi tarafından müteahhide, ruhsat alınması, tapu ve kamu kurumlarındaki işlerin takibi ve inşaat işlerinin görülmesi hususunda yetki içeren vekaletname verilmektedir. Bu iş ve işlemlerin kimin tarafından yapılacağına dair doğan boşluğun, uygulamadaki durum ve teamül dikkate alınarak doldurulması gerekir³⁰⁰. Kaldı ki, aksine teamül olmadıkça müteahhidin ifa için gerekli araç, alet ve edevatı kendi masrafı ile temin etmek olduğuna dair BK m 356/3 hükmünün kıyas alınması ile de aynı sonuca varılır. Kat karşılığı sözleşmenin tarafı arsa sahibi kendisine kalacak bağımsız bölümleri anahtar teslimi şeklinde almak ister. Gerek inşaat, gerekse idari işlemler bakımından üzerine yükümlülük almak istemez³⁰¹. Esasen bugün için proje hazırlama ve ruhsat almanın mali ve bürokratik külfeti, bu konuda ihtisaslaşma ve tecrübeye sahip olmayı gerektirmektedir. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde; sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, proje ve ruhsat işlemlerinin müteahhide ait olduğu kabul edilmelidir. Müteahhide proje ve ruhsat işleri için vekalet verilip verilmemesinin de sonuca bir etkisi olmamalıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, genelde yapılacak inşaattan müteahhidin arsa payına bağlı pay alması söz konusu olmaktadır. Müteahhidin pay sahibi olacağı ve imal faaliyetinin birer parçası olan inşaatın projesinin hazırlanması ve belediyeden ruhsat alınması işlemlerinde, etkin konumda olması gerekir. Arsa sahibinin bedel karşılığı yaptırdığı inşaatlarda, yapılacak binanın tamamı arsa sahibine ait olduğundan, projenin tamamen arsa sahibinin talep ve isteği doğrultusunda şekillenmesi söz konusudur. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ağırlıklı olarak müteahhit veya tarafların ortak iradesi ile projenin ana hatları belirlenmektedir. Sonuç olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa ve inşaatta pay sahibi olan veya olacak müteahhidin, etkin konumda olmayı istemesi, hayatın olağan akışı, bu konuda uygulamadaki teamül dikkate alındığında, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, proje ve ruhsat işlerinin müteahhide ait olduğu kabul edilmelidir.

Ancak sözleşmenin kurulduğu aşamada, inşaatın projesinin hazır olduğu veya ruhsatının alınmış olduğu durumlarda, bu işlemlerin arsa sahibine ait olduğu sonucuna varılabilir. Uygulamada özellikle yarım kalan veya daha önce başka bir müteahhide verilip, projesi hazırlanan veya ruhsatı alınan, fakat daha sonra kat karşılığı inşaat sözleşmesi fesh olan inşaatlar bakımından, bu işlemlerin arsa sahibi sorumluluğunda kaldığı kabul edilebilir.

Uygulamada müteahhide verilen genel vekaletnamede, proje tadilatı yapma ve kat irtifakı ve mülkiyeti kurma yetkilerinin de bulunduğu görülmektedir. Bu yetkiye istinaden arsa sahibinin bilgi ve onamı dışında yapılacak tadilatların arsa sahibini bağlaması söz konusu olmayacaktır.³⁰² O nedenle arsa sahiplerinin vereceği vekaletlerde, proje tadilatı ve kat irtifakı

²⁹⁹ “Sözleşmelerde tevhit ve ruhsat alım işlemlerinin kime ait olduğu açıklanmamıştır. Bu durumda kural olarak bu işleri yapmak ve yürütmek arsa sahiplerine ait bir yükümlülüktür. Dosyada bu konularda davalıya verilmiş bir vekaletname bulunmadığı gibi, aski de davacılar tarafından iddia ve ispat edilmemiştir. Hal böyle olunca, bu işlemler davacı arsa sahipleri tarafından yapılmadığına göre, mahkemece davalı yüklenicinin işi geciktirdiğinin ve inşaata zamanında başlamadığının kabulü de doğru görülmemiştir.”, Y. 15. HD. 18.12.1990 4609/5577, KOSTAKOĞLU, s. 356 ; Aynı doğrultuda: Y.15. HD. 11.3.1993, 192/1196 ; Y. 15. HD. 20.6.2002 1937/3347, KARATAŞ s. 232-233.

³⁰⁰ KUNTALP, s.140.

³⁰¹ KOSTAKOĞLU, s. 341.

³⁰² “..Yüklenici davalı Erdoğan Ateşoğlu haiz olduğu vekaletnameye istinaden kat irtifakının tapuda tesisi sırasında iş bu 7 olu daireyi davalı Ayşe adına ve Ayşe’ye ait olması gereken 6 nolı daireyi de davacı adına kaydettirmiştir. Bu kayda davacının muvafakatı bulunmadığı gibi, önceden de yükleniciye yazdığı mektup ve

kurulması ile ilgili hususların yer almaması ve arsa sahibinin bu işlemler için ayrıca vekalet vermesi ya da işlemlere bizzat katılmasının kararlaştırılması uygun olacaktır.

Bu konuda son olarak, arsa sahibinin verdiği vekaletten müteahhidi azletmesinin sözleşmeden dönme niteliğinde sayılıp sayılmayacağı hususuna değinmek istiyorum.

Vekaletteki yetkileri bizzat kullanmak isteyen arsa sahibinin, müteahhidi vekaletten azli sözleşmeden dönme niteliğinde yorumlanamaz. Bundan başka, vekaletteki bazı yetkilerin tehlikeli veya kötüye kullanılmaya müsait olduğunu düşünen arsa sahibinin müteahhidi azletmesi de dönme sayılmaz. Örneğin vekaletteki tadilat yapma yetkisine dayanarak, haberi olmaksızın, müteahhidin projeyi değiştirme riskini bertaraf etmek için vekaletnameden azil söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda arsa sahibi işin aksatılmaması için, müteahhidin talebi üzerine, kendisinin yapması gereken işlemlere aslen katılmalı veya yeni bir vekaletnameyi müteahhide vermelidir. Azilnameyi alan müteahhit ise, işin yapılması sırasında gerekli olan yetkileri arsa sahibinden kullanmasını talep etmelidir. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda, müteahhidin haklı nedenle sözleşmeden dönmesi gündeme gelebilir. Sadece vekaletten azil, sözleşmeden dönme anlamında değerlendirilmemelidir.³⁰³

Bunun yanında müteahhidin vekaletten azli sözleşmenin devamına imkan vermeyecek şekilde sözleşmeye aykırılık oluşturuyorsa veya azil ile birlikte dönme sonucunu doğuran davranışlar gösteriliyorsa, azil beyanı dönme niteliğinde sayılmalıdır.³⁰⁴ Özellikle sözleşme ile bazı bağımsız bölümlerin satış yetkisi müteahhide verilmiş olmasına rağmen, satımla ilgili vekaletten azil, sözleşmeden dönme niteliğindedir.

Kanımca, tarafların, vekaletten azlin sözleşmeden dönme niteliğinde sayılacağını sözleşmede kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda vekaletten azil sözleşmeden dönme niteliğinde sayılacağı gibi, sözleşmede haksız feshе dayalı olarak cezai şart öngörölmüşse, bu da istenebilecektir. Bu durumlarda, arsa sahibinin verdiği vekaletin, sözleşmenin ifası için esaslı bir unsur olduğunun sözleşme ile belirlendiği dikkate alınarak değerlendirme yapılmış olmaktadır. Vekaletten haksız yere azledilen müteahhit, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme yerine sözleşmenin ifasını istiyorsa, azlin kaldırılmasına ve vekaletnamenin yürürlükte olduğunun tespitine karar verilmesini mahkemeden dava yoluyla isteyebilmelidir.

çektığı ihtarname ile sözleşmede saptanan dairenin adına tescilini ve gecikme cezasını talep etmiştir. Bu durumda arsa karşılığı verilmesi gereken dairelerin paylaşımı ile ilgili olarak sözleşme eki krokide iradelerini imzaları ile saptayan paydaşlar arasında daha sonra değişikliği öngören anlaşmanın varlığı usulüne uygun delillerle saptanamadığından 7 nolu dairenin kat irtifak kaydının davacı adına ve halen davacı uhdesinde kayıtlı 6 nolu dairenin ise davalı Ayşe adına tescil edilerek birlikte ifa suretiyle yanlışlığın düzeltilmesi gerekmektedir.”, Y. 15. HD. 24.5.1988 3086/2005, UYGUR, C II, s. 121.

³⁰³ “Sadece davalının verdiği vekaletnameden davacıyı azletmesi, inşaatı yaptırmaktan vazgeçtiği anlamında yorumlanamaz. Vekaletten azil ihbarının davacı yükleniciye tebliği üzerine, davacı herhangi bir istemde bulunmamıştır. Böylece yanlar arasındaki inşaat sözleşmesi feshedilmiş değildir ve tarafları bağlar.”, Y. 15. HD. 23.3.1992, 1991/5147, 1463, KOSTAKOĞLU, s. 694-695 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 30.6.1986 274/2499, KOSTAKOĞLU, s. 700.

³⁰⁴ “Davalı arsa sahibinin, davacıyı vekaletten azlettikten sonra işin yapımını başka bir yükleniciye verdiği anlaşıldığına göre, sözleşmeyi fiilen feshettiğinin kabulü gerekir. Yapılan feshin haklı ve geçerli bir nedene dayandığı savunulmadığına göre, davacı yüklenici, BK'nun 158 ve 159 . maddeleri uyarınca koşulları gerçekleştiği takdirde, cezai şart ve tazminat isteme hakkına sahiptir.”, Y. 15. HD. 9.2.1987, 1986/1743, 410, KOSTAKOĞLU, s. 699.

1.2.3 Arsayı Veya Arsa Payını Devir Borcu Ve BK m 81 Hükümünün Uygulanması

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamada, arsa sahibinin tapuda devir borcu, inşaatın tesliminden sonra ya da inşaatın geldiği aşamalara bağlı olarak kademeli şekilde yerine getirilmektedir. Özellikle yapı kooperatifinin müteahhit sıfatıyla yer aldığı sözleşmelerde, kredi alınabilmesi veya vergisel avantajlardan yararlanılabilmesi için arsanın tamamı veya belli bölümünün kooperatife devredildiğine de tanık olunmaktadır. Aynı husus diğer müteahhitler bakımından da geçerlidir. Bunun yanında, arsa veya arsa payının önceden devredilip, üzerine teminat amacıyla arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmesi³⁰⁵ ve inşaatın teslimi ile ipoteğin tamamen, ya da geldiği aşamalara bağlı olarak kademeli bir şekilde çözülmesi şeklinde uygulamalara da rastlanmaktadır.³⁰⁶

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra, tapuda müteahhide yapılan satış, gerçek anlamda bir satış olmayıp, tarafların muvazaalı bir işlem yaptıkları ispat edilmedikçe, sözleşmenin ifasına yönelik edimin yerine getirilmesi şeklinde yorumlanmalıdır. Arsa sahibinin tapuda devir yapmadan önceki veya sonraki dönemde yapılan kat karşılığı sözleşmenin şeklinin de sonuca etkisi yoktur. Çünkü resmi şekilde yapılmamış olsa bile, tapuda devir ile sözleşmenin geçerli hale geldiği kabul edilebilmelidir. Arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığını ispatlaması yeterlidir. Arsanın tamamının veya müteahhide kalacak kısmının tapuda devrinin de, sonuca bir etkisi yoktur. Uygulamada, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden bahsedilmeksizin baştan pay devri ile kurulan sözleşmelere artık çok sık rastlanmadığından, bu konudaki içtihatlarla³⁰⁷ geniş yer verilmemiştir.

Doktrinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılmadığı hallerde, tapudaki devrin muvazaalı bir işleme dayandığı ve dolayısıyla yolsuz tescil niteliğinde olduğu, gizli işlem kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de resmi şekle aykırılığı nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülmüştür.³⁰⁸ Oysa, şekle aykırı sözleşmenin ifasının söz konusu olduğu dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin pay geçirim borcunu, inşaatın yapılması şartına bağlı olarak tapuda gerçekleştirmesi mümkün değildir³⁰⁹. Pay geçirim borcunu mahkeme hükmüne gerek kalmaksızın ifa etmek isteyen arsa sahibinin tapuda arsayı satış göstermek dışında bir seçeneği yoktur. Tarafların kat karşılığı inşaat sözleşmesini gizlemek veya başkalarını aldatmak kastları da yoktur. Bu nedenle, tarafların gerçek iradelerine uygun ifayı sağlayacak yorum yapılarak (BK m 18), satım sözleşmesinin muvazaalı olduğunu iddia etmek yerine,

³⁰⁵ 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (4) sayılı tarifenin 7.maddesine göre; ipotek tesisinde:ipotekte sağlanan borç miktarı üzerinden binde 3,6 oranında harç alınmaktadır.

³⁰⁶ KARTAL, s. 29 vd. ; ERMAN, s.10 vd. ; YAVUZ, s. 510 vd. ; KOSTAKOĞLU, s. 299 vd.

³⁰⁷ "Taraflar arasındaki sözleşmeye göre; davacının yapacağı inşaat nedeniyle arsa sahiplerinden alacağı bedel arsa tapusunun %50 sidir. Davadaki uyumsuzluk F. Z. Tarafından satış gibi gösterilen %50 pay devrinin gerçekten satış mı, yoksa sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi gayesiyle mi olduğudur. Söz konusu satış işlemi, sözleşmenin inikatından sonradır. Bu devrin arsa sahiplerinin ikisi tarafından birlikte yapılmaması, sadece F'nin %50 payı devretmesi arsa sahipleri arasındaki bir iç sorundur. Asıl olan ve hayatın olağan akışına uygun bulunan, bu devrin satış kastıyla yapılmadığıdır. Tapuda satış olarak gösterilmesi, başlangıçtaki amacın değiştirildiğini ispata kafi değildir. Bu nedenle de , F.Z. tarafından %50 pay davacıya intikal ettirildiğine göre, davacı müteahhidin davalı M. Dan sözleşme gereğince alacağı bir tapu payı kalmamış bulunmaktadır.", Y. 15. HD. 18.6.1991 525/3280, KOSTAKOĞLU, s. 303 ; Aynı doğrultuda; YHGK 7.3.1990, 1989/15-714 ; Y. 15. HD. 5.10.1989, 1988/4783, 4038 ; Y. 15. HD. 30.6.1989 2425/3191 ; Y.15. HD. 8.5.1985 81/1586 ; Y. 15. HD. 14.5.1985, E: 1984/4526, K: 1642, KOSTAKOĞLU, s. 304 vd.

³⁰⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, (Şerh), s. 120, 122 ; Ayrıca, YİBK 1.4.1974, 1/ 2, RG: 30.5.1974, Sayı:14900; YİBK 7.10.1953, 8/7, RG: 28.11.1953, Sayı: 2569 ; YİBK 1.4.1934, 1-2, www.kazanci.com.tr.

³⁰⁹ YEŞİL, Metin, Tapu İşlemleri Uygulanması ve Mevzuatı, İstanbul, 1995, s. 95.

geçersiz bir sözleşmenin ifa ile geçerli hale geldiğini kabul etmek ve hakkın kötüye kullanımına müsaade etmemek (TMK m 2) suretiyle ihtilafın çözülmesi daha gerçekçi ve doğru bir yaklaşım olacaktır³¹⁰.

Sözleşmede arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin anahtar teslimi olarak teslim edileceği hükmü bulunuyorsa, yapı kullanma izni alınmadan yapılan teslim sözleşmeye uygun sayılmayacağından, müteahhidin tescil talebi reddedilmelidir. Yapı tamamen bittiği takdirde, yapının tamamının, ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen kuralları bakımından mahzur görülmediğinin tespiti için bu izin belgesi düzenlenir (İmar Kanunu m 30). İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir (İmar Kanunu m 31). İmar Kanununun 30 ve 31. Maddeleri dikkate alındığında, sözleşmede “anahtar teslimi” ibaresi yer aldığına, bununla yapının tamamen bitirilmiş olarak tesliminin, dolayısıyla da yapı kullanma izninin alınmış olmasının kast edildiği anlaşılır.³¹¹

Sözleşmede inşaatın belli seviyelerine göre belli arsa payları veya bağımsız bölümlerin tapuda devri öngörülmüşse, şartları oluştuğunda bu devrin gerçekleştirilmesini müteahhit talep edebilir.³¹²

Arsa sahibinin sözleşmeye göre yerine getirmesi gereken pay geçirim borcuna uymaması durumunda, müteahhidin işi durdurması ve yavaşlatması haklı nedene dayanır. Bu sebeple teslim süresi geçerse, alacaklının temerrüdüne düşen arsa sahibini gecikme tazminatı talep edemez. Daha değişik bir anlatımla, müteahhidin sözleşmenin ifası doğrultusunda tercihini kullanması halinde, tapunun verilmemesinden doğan gecikmeden, müteahhidin sorumlu tutulması mümkün değildir.³¹³

Yargıtay bazı kararlarında, kat irtifakının henüz kurulmadığı durumlarda, kat irtifakına konu olacak bağımsız bölümlerin arsa paylarının tespitine karar verilmesi ile yetinilip, tescile

³¹⁰ ÖZKAYA, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2003, (Muvazaa), s. 179, 181-183.

³¹¹ “...sözleşmenin 10/E.maddesinde yükleniciye ait bölümlerin tapularının, arsa sahiplerine ait 12 dairenin anahtar teslimi yapılarak teslim edildiğinde ve anahtar teslimi ibaresi iskan ruhsatını da içerdiğinden, dava tarihi itibarıyla de ruhsat alınmadığından davanın açılmasına davalıların sebebiyet vermedikleri anlaşılmalıdır.”, Y. 15. HD. 13.3.2008 7148/1599 ; aynı doğrultuda: . 15. HD. 17.9.2007, 3700/5356, YDD, 2008/3, s.139-140 ; Y. 15. HD. 28.2.2005, 2004/4417, 1075, www.kazanci.com.tr.

³¹² “...keşif yapılarak inşaatın bulunduğu aşamaya göre sözleşmede öngörülen oranda payın tesciline karar verilmesi yerine, arsa sahibinin kendisine düşen bağımsız bölümlerini satmış olmasına bakılarak edimini yerine getirip getirmediği belirlenmeden yüklenicinin tescile hak kazandığından bahisle davanın tümünden kabul edilmesi de kabule göre usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”, Y. 15. HD. 7.11.1995 4185/6186, UYGUR, C II, s. 126 ;Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 29.5.1989 3481/2549, UYGUR, C II, s. 115 ; Y. 15. HD. 10.4.1995, 1994/1794, 2111, KOSTAKOĞLU, s. 924-925 ; Y. 15. HD. 30.5.1994, 1993/5125, 3380, www.kazanci.com.tr.

³¹³ “.. bir kısım dairelerin satış yetkisini vermek zorunda olan davacıların bu edimlerini yerine getirmemek suretiyle yükleniciyi mali sıkıntıya sokmaları ve bu yüzden eserin tesliminin gecikmesinden doğan zararı talebe hakları yoktur. Bu nedenle Mahkemece satış yetkisine ilişkin edimin zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle oluşan gecikme süresi saptanarak bu sürenin teslim tarihine eklenmesiyle bulunacak teslim tarihine göre gecikme tazminatına hükmedilmesi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan davanın karara bağlanması doğru değildir.”, Y. 15. HD. 25.5.1995 2902/3091, KOSTAKOĞLU, s. 931 ; Aynı doğrultuda Y. 15. HD. 6.3.1989, 1988/2195, 1046, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. D. 16.6.1988, 1987/3792, 2326, KOSTAKOĞLU, s. 932-933.

karar verilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.³¹⁴ Bu Kararlara karşın, mahkemenin, sözleşmeye göre yapılacak tüm bağımsız bölümlerin arsa paylarını hükmen belirlediği dikkate alınarak, usul ekonomisi bakımından bu bağımsız bölümlerden müteahhide kalanlarının tespiti ile bunların arsa paylarının toplamı kadar arsa sahibi üzerindeki payın iptali ve müteahhit adına tesciline karar verebilmesi mümkün olabilmelidir. Bu nedenle kat irtifakının kurulmamış olduğu durumlarda, bilirkişi vasıtasıyla, imar durumuna uygun olacak şekilde tüm bağımsız bölümlerin konum ve arsa payları belirlenerek, şartları gerçekleştirildiğinde, bunlardan müteahhide kalacak olanlarının arsa paylarının iptali ile müteahhit adına tesciline karar verilmelidir. 24.4.1978 tarih ve 3/4 sayılı YİBK³¹⁵,nda da, kat irtifakı kurulmamış ve arsa payı belirlenmemiş bağımsız bölümün satış vaaadinin geçerli olduğu belirtildiğinden, geçerli vaaadin ifası için tescil talebinin de kabulü gerekir.³¹⁶

Mahkemelerin kat irtifakı kurulmasına esas alınacak arsa payını, taraflar arasındaki anlaşmayı veya varsa mimari projeyi ve bağımsız bölümlerin değerini dikkate alarak belirleme yetkisi varken, kat irtifakını kurma yetkisinin olmadığı dikkate alınmalıdır. Çünkü kat irtifakı kurulurken, KMK m 14 ve 12/a gereği yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca onaylanan mimari proje ve birden çok yapılarda yerleşimlerini gösteren vaziyet planının onaylanması gerekir. Mimari proje ve vaziyet planının onay işlemi, idari niteliktedir. Bu işlemle proje ve planın, imar planı ve mevzuatına uygunluğu konusunda idari karar alınmış

³¹⁴ “ Davacılar bu davalarıyla (5) ve zeminde (2) nolu bağımsız bölümlerin davalı arsa sahibi üzerindeki tapusunun iptali ile adlarına tescilini istemişlerdir. Davacıların inşaat yaptıkları yer davalıya ait 23 parsel olup, halen tapuda arsa şeklinde kayıtlıdır. Davacılar (5) ve (2) nolu bağımsız bölümlerin adlarına tescillerini işleyebilmeleri için bu bağımsız bölümlere ait arsa paylarının belirlenmesi ve tapuya işlenmesi yani kat irtifakının kurulması gerekir. Tapu cevabı ve dosya içeriğine göre kat irtifakı kurulmadığı anlaşıldığından mahkemece verilen tescil kararının bu aşamada infaz kabiliyeti yoktur. HUMK.nun 388 ve 389. maddelerince taraftara bahsedilecek hak ve mükellefiyetlerin hüküm fıkrasında açıkça gösterilmesi gerekir. Davacıların tapu iptali ve tescil talepleri bu bağımsız bölümlerin arsa paylarının davacılar aidiyetinin tespitini de kapsar. Böylece dava edilen dairelerin davacılar aidiyetinin tespitine karar vermekle yetinilip, hukuken yerine getirilmesi olanaklı bir karar verilmesi gerekirken, yerine getirilme kabiliyeti olmayacak şekilde tescile karar verihnesi yasaya aykırı olup bozulmalıdır.”, Y.15. HD. 8.4.1992 4913/1818, UYGUR, C II, s. 117 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 26.3.1992 4459/1562, UYGUR, C II, ss. 117-119.

³¹⁵ “...kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmadan ve bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmadan önce de, bir bağımsız bölümün satışı vaadi geçerlidir. Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişi görüşünden yararlanmak yoluyla belirlenmesi her zaman mümkün bulunduğundan bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olması da sözleşmenin geçerliliğine engel değildir. Çünkü Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 2 nci bendi gereğince arsa payı kat mülkiyetine konu olan ana yapının değerinin bağımsız bölümün değerine olan oranıyla belli edilmek gerekir. O nedenle bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi, başlangıçta arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak, eş deyişle arsa payı gösterilerek veya gösterilmeksizin de yapılabilir.”, YİBK, 24.4.1978, 3 / 4, RG: 10.6.1978, Sayı: 16312, www.kazanci.com.tr.

³¹⁶ “Dava konusu taşınmaz tapu kaydına göre arsa niteliğindedir. Kat irtifakı kurulmamıştır. Bu durumda davacıya ait olduğu kararlaştırılan ve tescil kararı verilen daireler ve dükkanların yerlerinin anlaşılması ve bu kararın infaz edilmesi mümkün değildir. Mahkemece bu husus dikkate alınmadan yazılı şekilde tesbit ve tescil kararı verilmesi doğru olmamıştır. Yapılacak iş; dava konusu parsel yönünden üzerindeki tüm bağımsız bölümlerin arsa payını belirtir yerlerini gösterir şekilde uzman bilirkişilerden yapılacak keşif sonucu rapor alınarak, tüm bağımsız bölümlerin arsa payları belirlendikten sonra, davacıya ait 10 adet daire ve 4 adet dükkanın yerleri de belirtilerek toplam arsa paylarının davacı adına tapuya tesciline ve bu daire ve dükkanların davacıya ait olduğunun tesbitine karar verilmesinden ibarettir. Tesbit ve tescil yönünden infazı mümkün olmayacak nitelikteki kararın bozulması gerekli görülmüştür.”, Y. 15. HD. 7.2.2007 2006/7260, 665, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y.15. HD. 23.11.2005 1207/6283 ; Y.15. HD. 2.10.1996 3946/4914, KOSTAKOĞLU, s.940 ; Y. 15. HD. 25.10.1995 3232/5853, UYGUR, C II, s. 126-127 ; Y. 15. HD. 18.6.1991 84/3277, UYGUR, C II s.119-120 ; Y. 15. HD. 13.6.1991 592/3206, UYGUR, C II, s. 116-117 ; Y. 15. HD. 13.6.1991, 592/3206, www.kazanci.com.tr.

olmaktadır. Mahkemelerin ruhsat verme ve proje onaylama yetkisine sahip idari organlar yerine geçerek karar vermeleri mümkün değildir.³¹⁷

Bu arada, müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin hukuken inşa edilebilir olması gerekir. Bir başka anlatımla hukuki imkansızlığın bulunmaması lazımdır. Örneğin arsanın imar planında park alanında kalması durumunda, tescil talebi dinlenmeyecektir. İmar durumuna aykırı veya inşa edilmesi mümkün olmayan bağımsız bölümler bakımından da tescil talebi reddedilecektir. Bu konu ileride müteahhidin borçları ile ilgili bölümde detaylı olarak incelenecektir.³¹⁸

1.2.3.1 Birlikte İfa (Ödemzeli Defi) Uygulaması

Sözleşmede arsa payının devir zamanı konusunda bir hüküm yoksa, müteahhidin teslim borcunun öncelikli olduğu kabul edilmelidir. İnşaat işlerinde önce eserin tamamlanması sonra bedelin ödenmesi teamül olduğu gibi, satış vaadi sözleşmelerinde de bedelin ödenmesinden sonra satımın gerçekleştirilmesi söz konusudur. BK m 364/1 deki işin parasının teslim zamanında ödeneceği ve BK m 214 deki şarta bağlı satımlarda şart gerçekleşmediği sürece tapu sicilinde tescil yapılamayacağına dair hükümleri kıyasen dikkate aldığımızda da, sözleşmeye uygun teslimden sonra, arsanın devri borcunun muaccel olacağı kabul edilmelidir.³¹⁹

Borçlar Kanun'unun 81. Maddesinden hareketle, BK 364/1 ve 214 maddeleri de dikkate alınarak, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı sürece, arsa sahibinden kendisine kalan bağımsız bölümlerin devrini talep eden müteahhidin, öncelikle kendi edimini tam olarak yerine getirmesi gerektiği sonucuna varılır.³²⁰ Önce ifa borcu olanın BK m 81 hükmüne dayanması mümkün değildir³²¹. Müteahhidin edimini yerine getirmesi şartıyla, kendisine

³¹⁷ “Mahkemelerin idareyi bir işlem yapmaya zorlayıcı şekilde karar vermeleri mümkün olmadığında, kat irtifakı tesis eder şekilde hüküm tesisi doğru değildir. Mahkemenin sadece bağımsız bölümler üzerinde kimin hak sahibi olduğunu tespit etmesi ve buna göre tapunun arsa payı oranında iptaliyle tescil kararı vermesi ve birinin maliki kat irtifakına yanaşmıyor ise, onun yerine izin verilmiş gibi işin karara bağlanması gerekir. Aksi takdirde, idarece gerekli olan belgeler ikmal edilmeyen kat irtifakı tesis edilmiş olur ki, bu durum idarenin işlemlerini zorlaştırabilir. Mahkemenin davacının bu yöndeki talebini de kabl etmesinde isabet yoktur.”, Y. 15. HD. 7.4.1992 1367/1801, KOSTAKOĞLU, s. 914.

³¹⁸ “ 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre her türlü inşaat, ruhsata bağlıdır. İnşaat yapılacak değişiklik de yine tadilat projesine dayanmalıdır. Aksi halde, kaçak veya projesine aykırı olup da yasal hale getirilemeyen bina yada eklentileri, yasa gereği yıkılacağından, bu yerlerle ilgili tapu iptali-tescil ve alacak istemleri dinlenemez.”, Y. 15. HD. 2.4.2007, 2006/1956, 2022, www.kazanci.com.tr.

³¹⁹ KANETİ, Selim, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, 1962 (Ödemzeli), s. 44 ; “Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde de sözleşmede aksine hüküm yoksa bir bakıma eser bedeli olan arsa payı devri Borçlar Kanununun 364. maddesi gereğince eserin tesliminde istenebilir. Yüklenici yapımını üstlendiği binayı sözleşmeye fen ve amacına uygun meydana getirerek arsa sahibine teslim etmişse hak kazandığı arsa payının devrini doğrudan arsa sahiplerinden isteyebileceği gibi kazandığı kişisel hakkı üçüncü kişilere de devredebilir.”, Y. 15. HD. 3.10.2006 11039/10309 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 9.11.2004 798/5741 ; Y. 15. HD. 5.4.2004, 2003/4987, 1909 ; Y. 15. HD. 12.1.2004, 2003/3344, 65, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 7.4.1992, 1367/1801, KOSTAKOĞLU, s. 913 ; Y. 13. HD. 3.11.2003 4739/7687, www.kazanci.com.tr.

³²⁰ Sayın Turgut Uygur, aynı sonuca BK m 360 hükmünden varmaktadır. Şöyle ki; “Borçlar Kanununun 360. maddesinin 2 ve 3. Fıkraları gereği “işin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması 1. Fıkra da belirtilen derecede ehemmiyeti haiz değilse, ve ıslahı büyük bir masrafı gerektirmiyorsa” iş sahibinin müteahhidi tamire mecbur etme hakkı bulunmaktadır. İşte böyle hallerde eserde bir kısım eksiklikler varsa ve atsa sahibinin işin gecikmesinden ötürü bir zararı bulunuyorsa, bu takdirde “birlikte ifa” ya karar verilmelidir. Diğer deyişle kararda önce bu eksikliklerin giderilmesi ve zararların tazmini ve ondan sonra iş sahibi üzerindeki tapunun iptaliyle müteahhit adına tescile karar verilecektir.”, UYGUR, C II, s. 86.

³²¹ KANETİ, Akdin İfa Edilmediği Defi, s. 141.

kalan bağımsız bölümlerin tapuda adına tescilini isteme imkanına kavuşması, birlikte ifanın gerçekleştirilmesi ile sağlanmaktadır.³²² Birlikte ifa ile ilgili Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. 20.6.1951 tarih ve 13/5 sayılı YİBK ile şufa hakkının kullanılmasında ortaya çıkan sorunların çözümlenmesinde uygulanan bu yöntem³²³, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da benimsenmiştir.³²⁴

Buna göre, inşaatın bitirildiği veya sözleşmeye göre arsa sahibinin devir borcunun doğduğu iddiasıyla müteahhit tarafından, kendisine verilecek bağımsız bölümlerin adına tescili için açtığı davada, arsa sahibi, devir şartlarının gerçekleşmediğini ileri sürebilir. Bu durumda devir şartlarının çok büyük oranda gerçekleştiğine ve bağımsız bölümlerin teslim alınabilir aşamaya geldiğine kanaat getiren mahkeme eksik, kusur ve zararların giderilmesi koşuluyla, müteahhidin tescil talebini kabul edebilir. Arsa sahibinin sözleşmeye dayalı taleplerini ileri sürmesi BK m 81 de öngörülen hakkın kullanılması niteliğindedir. Öncelikli edim borcunun ifası bakımından, bir yandan teminat, diğer yandan da baskı aracı³²⁵ olan bu hak, uygulama ve teoride “ödemezik defii”³²⁶ veya akdin (sözleşmenin) ifa edilmediği defii”³²⁷, “borcun ifa edilmediği defii”³²⁸ şeklinde isimlendirilmektedir. Birlikte ifaya karar verilirken arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin teslim alınabilir ve kullanılabilir aşamaya getirilmesi gerektiği dikkate alınmalıdır.³²⁹

Ödemezik (akdin ifa edilmediği) defii, adından da anlaşılacağı üzere bir itiraz değil, defii niteliğinde olup, esasa cevap süresi içinde ileri sürülmelidir. Bu nedenle hakim tarafından resen dikkate alınmaz. Ancak Yargıtay bazı kararlarında bunun mahsup (itiraz) niteliğinde olduğunu ve hakim tarafından resen dikkate alınacağını belirtmiştir.³³⁰ Fakat, arsa sahibinin inşaatındaki ayıp ve eksikliklerle inşaatı kabul edebileceği de göz önünde tutulmalıdır. Müteahhidin açtığı tescil davasına karşı çıkmaması bu yönde bir tutum içinde olduğunu gösterebilir. Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı yargılama sisteminde, talep edilmeyen ve kamu düzenini ilgilendirmeyen bir konu hakkında, resen araştırma yapılması beklenemez.

³²² Aynı sonuca “Takas” (BK m 118-124) ile varılmasının mümkün olduğu iddia edilebilirse de, takasda, karşılıklı alacakların aynı mahiyet ve nitelikte bulunması zorunludur (BK m 118). Arsa sahibinin tapuda pay geçirim borcu ile müteahhidin ayıplı-eksik iş ve gecikme nedeniyle zarar bedeli olan para borcunun aynı nitelikte olmaması nedeniyle takası mümkün değildir. Aynı doğrultuda; KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002 (Borçlar), s.594.

³²³ “Şufa davasında Hakimın hükümden önce resen nazara alarak tayin edeceği münasip bir mehil içinde satış bedeli ile şefie ait olması lazım gelen satış masraflarını tediye veya tevdiye karar verebileceğine ve tediye veya tevdiyen sonra kaydın tashihine hükmedilebileceğine birinci oturumda üçte iki çoğunluk hasıl olmadığından ikinci oturumda ve 20.6.1951 tarihinde mutlak çoğunlukla karar verildi.”, YİBK 20.6.1951 13/5, RG: 7.11.1951, Sayı:7950, www.kazanci.com.tr.

³²⁴ Benzer sonuca satış vaadi sözleşmesi bakımından da varılabilir, SUNGURBEY, İsmet, Sorunlar, C I, s.148 vd.

³²⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s.269.

³²⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s.268 vd. ; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.285 vd.

³²⁷ Kaneti, Akdin İfa Edilmediği Defii, İstanbul, 1962 ; FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 132 vd. ; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C III, s. 142 vd. ; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C III, İstanbul, 2002 (Haksız Zenginleşme), s. 49 vd.

³²⁸ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 827 vd.

³²⁹ “Dosyada mevcut 20.7.1990 tarihli bilirkişiler kurulu raporundan, inşaatın ince işlerinin hiç yapılmadığı, dış cephesinin sıvanmadığı belli olduğuna göre, BK'nun 360. Maddeisi gereğince davalı iş sahiplerinin eseri kabul ve teslim alma mecburiyetleri de yoktur. O halde eser kabule icbar edilemeyecek seviyeye getirilmedikçe davacı tescil talep edemeyeceğinden, davanın bu nedenle reddedilmemiş olması doğru değildir.”, Y. 15. HD. 7.4.1992 1367/1801, KOSTAKOĞLU, s. 913 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 14.9.2005, 5982/4672 ; Y. 15. HD. 1.10.1990 1369/3677, www.kazanci.com.tr.

³³⁰ “...davalı arsa malikleri tarafından, eksik ve kusurlu işler yönünden, dava açmalarına gerek olmadan itiraz niteliğinde olan mahsup istekleri yargılamanın her sahasında ileri sürülebilir ve hakim bu konuyu re'sen gözönünde bulundurması gerekir (HGK.'nun 7.6.1974 tarih, 1970/2737-658 sayılı kararı).”, Y. 15. HD. 30.6.1994, 1993/5728, 4463 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 24.1.1994, 1993/1676, 259, www.kazanci.com.tr.

Bu durum, hakimın taraf yerine geçerek ayıp, eksiklik ve zararları araştırması sonucunu doğurur. Sonuç olarak BK m 81 hükmüne dayanan savunma defi niteliğindedir.³³¹ Nitekim bazı Yargıtay kararlarında bu hususun defi olarak dikkate aldığı anlaşılmaktadır.³³²

Müteahhit edimini yerine getirdikten sonra arsa sahibinden kendisine kalacak bağımsız bölümlere ait arsa paylarının tapudan adına temlikini isteyebilir. Bu halde inşaatta bazı ayıp ve eksikliklerin bulunması, geç teslim nedeniyle arsa sahibinin zararları söz konusu olabilir. Arsa sahibi, tapu tescil talebine karşı, öncelikle inşaattaki eksik ve ayıplı işlerin giderilmesini talep edebilir veya sözleşmeye göre tescil talebinde bulunma şartlarının gerçekleşmediğini ileri sürebilir. Bu gibi durumlarda, yukarıda açıklandığı üzere, BK m 81 hükmü dikkate alınarak, müteahhidin öncelikli edimini yerine getirmesi şartıyla birlikte ifaya karar verilmektedir. Birlikte ifa kuralı, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça, inşaatın tamamlandığı veya tamamlanmış kabul edildiği aşamada uygulanabilir.³³³

Arsa sahibinin ayıp ve eksiklikler için açtığı davada da, bunların bedelinin ödenmesi şartıyla, birlikte ifa kuralı gözetilerek, müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin müteahhit adına tesciline karar verilebilmektedir.³³⁴

Tarafların sözleşmenin ifası ile ilgili olarak karşılıklı olarak açtıkları davalar bileştirilerek veya karşılıklı iddiaları değerlendirilerek birlikte ifa kuralı uygulanabilir.³³⁵

Birlikte ifaya karar verilirken ayıp ve eksikliklerin bedelinin hangi tarih dikkate alınarak belirleneceği hususu da önem taşımaktadır. Bunların dava tarihi itibarıyla belirlenmesi durumunda, karar tarihine, hatta, tapu iptali talebi nedeniyle kararın kesinleşmesi gerektiğinden, kesinleşme tarihine kadar geçen süre içindeki değer artışından arsa sahibinin yararlanması veya korunması için ne yapılabilir ? Dava tarihi itibarıyla belirlenen ayıp ve eksiklik bedeline faiz uygulanarak karardan önce depo edilmesi ve sonra da bu tutarın aylık faize bağlanması yönünde ara kararı verilebilirse de, bu gerçek zararı her zaman karşılamayabilir.

³³¹ KANETİ, Akdin İfa Edilemediği Defi, s.20 vd. özellikle s.34, 39 ve 41.

³³² “.. davacı arsa sahipleri seçimlik haklarını değer farkının ödetilmesi şeklinde kullandıkları ve ayıplı ifadan zarar gördüklerinden dairelerin mevcut durumuna göre değeri ile sözleşme, fen, teknik ve sağlık kurallarına uygun imal edilmiş olması halinde edeceği değerler tesbit edilerek **asıl davada taleple bağlı kalmarak** bu değer farkına hükmedilmesi, tescil istemine ilişkin karşı davanın da BK.nun 81. maddesine göre birlikte ifa kuralı uyarınca asıl davada hükmedilecek bedelin faizleriyle birlikte ödenmesi koşuluna bağlı tutularak sonuçlandırılması gerekir.”, Y. 15. HD. 28.11.2005 840/6386, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 15.12.1987 1153/4399, KOSTAKOĞLU, s. 939 ; Y. 15. HD. 30.12.1986 3408/4591, KOSTAKOĞLU, s. 942.

³³³ “Mahkemece yapılan keşifte ise inşaatların bittiği, eksik ve kusurlu bulunan (127.563.000) TL değerindeki işlerin ise işin kabulüne engel teşkil etmediği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece belirlenen bu bedelin davalı Emine'ye ödenmesi suretiyle davalı (birlikte ifa yoluyla) 45 adet daireye isabet eden arsa paylarının tapularının iptali ile davacı adına tapuya tesciline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 4.12.1995 4894/7139, UYGUR, C II, s 122-123 Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 17.10.1995 2688/5604, UYGUR, C II, s. 126 ; Y. 15. HD. 9.7.1992 5480/3773, UYGUR, C II, s.111; Y. 15. HD. 20.5.1992 1913/2670, UYGUR, C II, s. 141 ; Y. 15. HD. 7.5.1991 5321/2319, UYGUR, C I s.111.

³³⁴ “Evelce taraflar arasında cereyan eden davada inşaatın teslim edildiği anlaşılmakta ise de, yukarıda açıklandığı üzere eksiklikler ve davacı bu eksikliklerin giderilmesi ve dükkanın ruhsat alınabilecek duruma getirilmesini istemiş bulunduğu, davacı ve karşı davalı arsa sahibinin bu savunması üzerinde durularak dükkanın iskan alınabilir duruma getirilmesi yönünden yüklenicinin yapması gereken işlerin neler olduğu saptanarak sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, bu işini üzerinde durulmadan karşı davanın kabul edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”, Y. 15. HD. 23.11.1994 3415/7017, KOSTAKOĞLU, s. 922 ; Aynı doğrultuda: Y.15. HD. 22.5.1992 4614/2742, UYGUR, C II, s. 113.

³³⁵ Y. 15. HD. 6.12.1995 5290/7232, UYGUR, C II, s. 128 ; Y. 15. HD. 14.2.1994 5253/764, UYGUR, C II, s. 123.

-“ ...tescil istemine ilişkin karşı davanın da BK.nun 81. maddesine göre birlikte ifa kuralı uyarınca asıl davada hükmedilecek bedelin faizleriyle birlikte ödenmesi koşuluna bağlı tutularak sonuçlandırılması gerekir.”³³⁶

Kanımca, birlikte ifaya karar verilirken ayıp ve eksikliklerin bedeline hükmedilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, bunların, dava yerine, karar tarihine en yakın tarihteki değerleri dikkate alınmalıdır.³³⁷ Karar tarihi ile kararın kesinleşmesi arasında uzun bir sürenin geçmesi durumunda ise, arsa sahibi munzam (faizi aşan) zarar (BK m 105) hukuki nedenine dayalı talepte bulunabilmelidir. Çünkü, arsa sahibi, karar kesinleşmeksizin, vezneye yatırılan tutarı alamadığından (HUMK m 443/4), kararın kesinleşme tarihinde eline geçen bedelle ayıp ve eksiklikleri giderecek duruma getirilmelidir. Ele geçen bedel ayıp ve eksiklikleri gidermeye yeterli olmadığı takdirde, fark bedeli BK m 105 hükmüne göre isteyebilmelidir. Gerçek zararın giderilmesi için bu durumun sağlanması şarttır.

Bir çözüm yolu da, müteahhidin açtığı tapu iptal ve tescil davasında, sözleşmenin feshinin talep edilmesi ve birlikte ifada, müteahhide ayıp, eksiklik ve zararlara karşılık gelen oranda arsa payının eksik verilmesinin sağlanmasıdır. Başka bir çözüm yolu da eksiklik ve ayıplar ile arsa sahibinin zararı karşılanmadıkça tescil talebinin reddedilmesidir. Yargıtay’ın bu konuda istikrarlı bir uygulaması yoktur. Genellikle olayın özelliğine göre değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

Yargıtay’ın, birlikte ifaya karar verilirken dava tarihindeki ayıp ve eksik işler tutarının dikkate alınması gerektiğini belirten Kararları vardır.³³⁸

Bu kararlar, aşağıda açıklandığı üzere eserin henüz teslim alınmadığı hallerde, gerçek zararın belirlenmesine imkan vermedikleri gibi, usul ekonomisine (HUMK m 77) de aykırılık teşkil etmektedir.

Arsa sahibinin ayıp ve eksiklikler konusundaki zararının en gerçekçi karşılanma yöntemi, müteahhide, bunların tutarına karşılık gelen oranda arsa payının (ücretin) eksik verilmesidir. Bir başka anlatımla, birlikte ifaya karar verilirken, arsa sahibinin ayıp ve eksiklikleri bedel yerine müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin arsa payından aynı olarak alması suretiyle sözleşmenin feshinin sağlanmasıdır. Bu şekilde müteahhitt de ifaya zorlanmış olacaktır. Nitekim, Yargıtay, fesihten bahsetmeksizin, BK m 360/2 hükmünü esas alarak bu görüşü destekler kararlar vermiştir.³³⁹

Ancak burada BK m 360/2 hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmelidir. Çünkü arsa sahibinin ücret borcu, arsa veya arsa payının tapuda devridir. Genellikle uygulamada, yapılan binadan müteahhide kalan bağımsız bölümlerin arsa paylarının devri söz konusu olmaktadır. Bu arsa payı ise saf bir arsa payı devrinden ibaret

³³⁶ Y. 15. HD. 28.11.2005 840/6386, www.kazanci.com.tr.

³³⁷ “Her ne kadar usul hükümleri ve nafaka taktirine ilişkin 28.11.1956 gün 15-15 sayılı Yargıtay İçtihadı birleştirme Kararına göre her dava açıldığı tarihteki maddi ve hukuki esaslar çerçevesinde karara bağlanmakta ise de, bu kuralın bazı istisnaları da bulunmaktadır (MK. 144-148-315-316; BK 43/2, 515-517). İşte bu istisnalardan biri de BK’nun 105/2. Maddesidir....Buna göre, BK’nun 105/2 maddesi uyarınca; hakim esasa ilişkin bir karar verirken karar tarihine kadar gerçekleşmiş olan munzam zararın tahsiline hükmedebilir.”, YHGK 7.11.1990, 11/283/558 – KURU, HUMK El Kitabı, s. 351.

³³⁸ YHGK 1.4.1992 15-129/237, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y.15. HD. 26.9.1988 4384/3000, UYGUR, C II, ss. 111-112.

³³⁹ Y. 15. HD. 20.7.2005, 2004/7112, 4421, YDD, 2005/10, s.159 vd. ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 6.7.2000, 2773/3568 ; Y. 15. HD. 21.9.1993, 5022/3553, www.kazanci.com.tr.

değildir. Binanın büyük ölçüde bitirilmesi söz konusu olduğundan, arsa payının içinde, müteahhidin yaptığı inşaat (bağımsız bölümler) de bulunmaktadır. Müteahhide devredilecek arsa payı içinde müteahhidin yaptığı binanın da bulunduğu dikkate alınarak, arsa sahibinin saf ücret borcunu düzenleyen BK m 360 hükmü yerine fesih (ileriye etkili sona erme) hükümlerinin tercih edilmesi daha uygun olur.

Paranın satınalma gücünün hızla düştüğü, davanın açıldığı tarihte belirlenen eksik işler bedelinin davanın sonuçlandığı zamanda bu bedeli karşılamaktan çok uzak kaldığı, arsa sahibinin ekonomik gücünü çok aşan ve esasen yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü bulunduğu hususların arsayı veren kişiye yüklenmesi nedeniyle müteahhidin kendisinden beklenen ödevleri yerine getirilmekten kaçındığı ve savsakladığı hususlarına katılmamak mümkün değildir. Bu nedenle, özellikle ayıp, eksiklik, alacak ve zarar-zıyan boyutunun yüksek olduğu durumlarda, fesih müessesinin çalıştırılması yerinde olacaktır. Hatta daha ileri gidilerek, zarar giderilmedikçe ve eksiklikler tamamlanmadıkça, müteahhidin tescil talebinin kabul edilmeyeceği ilkesi benimsenmelidir.³⁴⁰

Yargıtay, eserin eksik ve ayıplarıyla beraber teslim alındıktan sonra, bunların bedelinin teslim tarihinin ilerisine taşınamayacağı düşüncesindedir. Diğer bir deyişle ayıplı ve eksik işlerin bedeli, en geç teslim tarihi dikkate alınarak belirlenebilir. Doktrinde de ayıplı işler bakımından teslim tarihinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.³⁴¹

Teslim tarihinin esas alınmasının doğru olmadığı, aşağıdaki gerekçelerle ileri sürülebilir. Şöyle ki; eserin, müteahhide kalan bağımsız bölümlerin tamamı veya bir kısmının tapuda devrinden kaçınılmak suretiyle teslim alınması ve ayıplı-eksik iş bedellerinin muaccel (istenebilir) hale gelmesi, arsa sahibinin ayıplı-eksik şekilde aynen ifaya razı olması sonucunu doğurmaz. Müteahhide kalan bağımsız bölüm/bölümlerin tapuda devrinin yapılmaması, halin icabından, teslim almada ihtirazi kayıta bulunulduğu şeklinde yorumlanmalıdır (BK m 113/2 ye kıyasen). Müteahhide kalan bağımsız bölüm/bölümleri elinde tutan arsa sahibinin, kısmi ve ayıplı ifayı kabul etmesi, tam ifa ile arasındaki bedel farkını da kabullendiği anlamına gelmez. Arsa sahibi, müteahhide kalan bağımsız bölümleri elinde tutarak, onu ayıpsız ve noksansız ifaya zorlamak istemektedir. Bu işlerin değerinin teslim tarihine sabitlenmesi, arsa sahibinin tam olarak tatmin edilmesinin sağlanması ve Kanunun amacına aykırıdır. BK m 81 hükmünün, borçluyu öncelikli edim borcunu, teminat alma ve tam olarak ifaya zorlama fonksiyonunu yerine getirmesi için, ayıplı-eksik işlerin aynen ikmal edilmesinin sağlanması veya tutarının gerçeğe en yakın şekilde hüküm altına alınması gerekir. Bu nedenle, ödemezlik defne sahip olduğu durumlarda, ayıplı – eksik iş bedellerinin belli bir tarihle sınırlı tespitini hukuka uygun değildir. Bariz bir örnekle açıklamak gerekirse, arsa sahibi 10 dairelik inşaattan kendisine kalan 4 daireyi teslim almış, müteahhide kalan 6 daireden 5'inin de müteahhide tapudan devrini yapmıştır. 1 adet daireyi ise, ayıplı noksan işler ve gecikme tazminatı karşılığı elinde tutmaktadır. Aradan 4 yıl geçtikten sonra müteahhidin, bu daire için açtığı tescil davasında, 4 yıl önceki bedelin dikkate alınması, arsa sahibinin ödemezlik defni hakkının, kendi aleyhine sonuç yaratmasına neden olur. Sonuçta, ödemezlik defni hakkına sahip olanın karşı edimi isteyebilir olması, bunun değerinin de teslim tarihi itibarıyla belirlenmesi sonucunu doğurmaz. Aksinin kabulü halinde, teslimden sonra açılan davalarda, müteahhit, hiçbir zaman ayıp ve eksikleri aynen gidermeyi

³⁴⁰ KANETİ, Akdin İfa Edilmediği Defi, s. 176-178 ; Y. 15. HD. 10.12.2001 4000/5695, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 2.6.1999 1406/2274, KOSTAKOĞLU, ss. 934-935 ; Y. 15. HD. 25.2.1999, 1998/5229, 672, KOSTAKOĞLU, s. 936 ; Y. 15. HD. 4.5.1995, 1994/6327, 2741, KOSTAKOĞLU, ss.911-912.

³⁴¹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s 171 ; TANDOĞAN, C II, s. 189 ; UÇAR, s. 189 ;ŞENOCAK, s.61 ; Y. 15. HD. 20.1.2006, 2005/2169, 121, LEGAL, 2006/3, s. 829 vd. ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 21.11.1994 1596/6873, KOSTAKOĞLU, s. 915.

kabul etmeyecektir. Çünkü, aynen giderimde, bunların telafi edildiği ve düzeltildiği tarihteki değerlerine katlanmak zorunda kalan müteahhit, teslim tarihindeki daha düşük tutardaki bedelleri ödemekten yana tercihini kullanacaktır. Üstelik, ayıp ve eksikliklerin ikmali için, riskten, zaman ve emek harcamaktan da kutulmuş olacaktır. Burada önemli olan karşı edimin gerçek değerinin belirlenmesidir. Karşı edimin (eserin tam ve ayıpsız tesliminin), istenebilir hale gediği andaki değeri değil, arsa sahibini, arsa payını devre zorlamak için açılan davada, ifa edilmesi gerektiği tarihteki değerinin dikkate alınması gerekir. Müteahhidin borcunu tam olarak ifa ettiği tarih dikkate alınarak değerlendirme yapılması BK m 81 hükmüne uygun düşecektir. Tarafların birbirinin karşılığını oluşturan edimleri arasındaki dengenin müteahhit lehine, arsa sahibinin aleyhine bozulmaması için, eksik ve ayıplı işler bedeli, karşı edimin yerine getirilmesi gerektiği tarih itibarıyla belirlenmelidir. Bu da müteahhidin arsa/arsa payının kendinse devri için açtığı tapu iptal tescil davasında, birlikte ifaya karar verilen tarihe en yakın tarih olmalıdır. Çünkü, ayıp ve eksikliklerin aynen giderilmesi ile değerinin ödenmesi arasında müteahhit lehine bir farklılık yaratılmaması gerekmektedir. Ayıp ve eksikliklerin aynen giderilmesinin mümkün olmaması durumunda dahi, arsa sahibine bunların, arsa payının devredildiği tarihteki değerinin ödenmesi esas alınmalıdır.

Yukarıdaki görüşler eleştiriye açıktır. Şöyle ki; teslimle birlikte, hukuki ve fiili hakimiyet arsa sahibine geçmektedir. Hem eseri fiilen teslim almak, hem de eserdeki ayıp ve eksikliklerin aynen giderilmesini talep etmek çelişkili bir davranış olur. Birlikte ifade ayıplı ve eksik işler yanında, gecikme tazminatı da dikkate alınmaktadır. Gecikme nedeniyle doğan zararı (örneğin kira kaybını) teslim tarihinde talep etmeyen arsa sahibi, teslimden çok sonra müteahhide kalan bağımsız bölümün değerindeki artışa paralel olarak bu tazminatın da arttırılmasını isteyememelidir. Teslim ile muaccel hale gelen ayıplı-eksik iş ve gecikme tazminatını, uzun süre talep etmeyen arsa sahibi BK m 98/2, m 44 uyarınca müterafık kusurlu sayılmalı ve teslimden sonra meydana gelen artışlardan faydalanamamalıdır.³⁴² Bu kabul, arsa sahibinin ödemezlik definin sınırlandırılması anlamına da gelmez. Teslimden sonra muaccel hale gelen zararı talep etmeyen arsa sahibinin, aradan uzun bir zaman geçtikten sonra, defi kapsamında artan zarardan müteahhidi sorumlu tutması hakkın (defi hakkının) kötüye kullanımı niteliğinde de olacaktır. Sonuç olarak kendisine kalan bağımsız bölümleri teslim alan arsa sahibinin teslim tarihi itibarıyla ayıplı-kusurlu işler bedeli ile gecikme tazminatını talep etmesi gerekir. Aksi halde artan zarardan kendisi sorumlu olur.

Yukarıdaki kararlara bakınca, tescil talepli davalarda; müteahhidin sorumlu olduğu ayıplı ve eksik iş, zarar-ziyan bedellerinin dava tarihi itibarıyla belirlenmesinden, bunların bedelinin arsa payı olarak dikkate alınarak, müteahhidin alacağından düşülmesine ve hatta davanın reddine karar verilmesine kadar değişen biçimde içtihatların geliştiği görülmektedir. Bunun nedeni olayın özelliği ve tarafların tutumundan kaynaklanmaktadır.

Tarafların tutumuna en somut örnekler, arsa sahibinin feshi talep ve bunda ısrar etmesi, müteahhidin de ayıp ve eksiklikleri aynen veya nakdi olarak gidermesi ya da bunlardan kaçınmasıdır. Bu arada, öncelikli edim borcunu ifa talebinin bir defi niteliğinde olduğu dikkate alındığında, arsa sahibinin, dava tarihi yerine karar tarihi itibarıyla zararın dikkate alınmasını talep etmemesi durumunda, hakim bu durumu resen dikkate almayabilecektir. Aynı şekilde karar tarihine kadar işlemiş faizin de dikkate alınarak depo edilmesi ve birlikte ifaya karar verilmesi talebi yoksa, hakim faize karar vermeyebilecektir. Olayın özelliği bakımından ise, zararın büyüklük ve niteliği önem taşımaktadır.

³⁴² Y. 15. HD. 15.2.1994, 1584/803, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda; Y. 15. HD. 14.4.2003, 1264/1929, KARATAŞ, s. 150, 164-165.

Arsa sahibinin açıkça fesihten bahsetmeyip, arsa payını devirden kaçınması durumunda, eksik ve ayıpların aynen giderilmesini istediği, aksi halde, bunların karşılığında eksik arsa payı vermeyi tercih ettiği varsayılmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, arsa sahibinin bu tutumunun, fesih iradesi olarak yorumlanması gerekir. Çünkü arsa payını kendinde tutmak isteyen arsa sahibi, bedel yerine, arsa payı olarak zararının karşılanmasını talep ediyor demektir. Arsa sahibine bu konudaki talebinin açıklattırılması da mümkündür. Ayıp, eksiklik ve zararların büyük bir tutara denk geldiği durumlarda, arsa sahibinin, fesih niteliğindeki talebine geçerlilik tanınarak, müteahhide arsa payı eksik verilebilmelidir. Bu tutarın feshe neden olup olmamasında, yapılacak inşaatın büyüklüğü ve müteahhidin menfaati kıstas olarak alınabilir. Örneğin, 10 dairesi bir taşınmazda müteahhide 6 daire kalmış, ancak ayıp, eksiklik ve zarar tutarı toplamı en az bu 6 bağımsız bölümden birinin değerine karşılık geliyor veya onu geçiyorsa, arsa sahibinin fesih beyanına değer verilmelidir. Ancak bu durumda da, müteahhide kalan bağımsız bölümlerle aynı binada bağımsız bölümü olan arsa sahibinin ortak yerlerdeki ayıp ve eksikliklerin tamamını talep etmesi durumunda, bunların tamamını giderme yükümlülüğünün doğacağını gözden kaçırmamak gerekecektir. Çünkü, aynı ana taşınmazda yer alan ve müteahhide kalan bağımsız bölümlerin arsa payına tekabül eden ayıplı- eksik işler bedelini tahsil eden arsa sahibinden, bu bağımsız bölüm sahiplerinin veya müteahhidin, bu işlerin yapılmasını veya düzeltilmesini isteme hakkı vardır. Örneğin, müteahhidin asansör ve kalorifer kazanını takmadığı ve bunların tamamının değerinin de kendisine kalan küçük bir dairenin değerine karşılık geldiği bir durumda, dairenin tapusunu vermeyen arsa sahibi, eksik işleri yapma borcu altına girmiş olur. Ancak birlikte ifade, nama ifa yoluyla (BK m 97) akdin aynen ifa söz konusu değildir. Bu nedenle ortak yerlerdeki eksik ve ayıplar için arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin arsa payı oranında müteahhidin sorumluluğuna gidilmesi daha uygun olacaktır. Yukarıdaki somut örnekte tüm dairelerin arsa payı eşit (1/10) ise, asansör ve kalorifer kazanı yapımı toplam bedelinden, arsa sahibine kalan 4 adet daireye isabet eden 4/10 oranına isabet eden bedel, birlikte ifade dikkate alınmalıdır.

-“...Davacı lehine tescil kararı verilirken inşaatta davalılara ait bölümlerdeki eksik bırakılan işlerin, ayıplı malzeme ve işçiliğin ve ortak yerlerden de davalıların hissesine düşen kısımlardaki eksik ve kusurlu işlerin bedellerinin bulunarak bunların davalılara ödenmesi şartıyla (birlikte ifa) tapu iptal ve tescil kararı verilmemesi de yerinde bulunmamış, davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün bozulması gerekmiştir.”³⁴³

Bunun yanında birlikte ifa kuralı uygulanırken, zarar, ayıp ve eksikliklerin toplam değerinin pek mühim olmadığı durumlarda, bunların karar tarihi itibarıyla bedelinin saptanarak, arsa sahibi adına açılacak banka hesabına veya mahkeme vizesine depo edilmesi veya müteahhide bunları giderme ve ödeme imkanı tanınması ile tescile karar verilebilir. Usul ekonomisi bakımından böyle bir yaklaşım benimsenebilir. Birlikte ifa niteliğindeki bu kuralın uygulanma zorunluluğu pratik ihtiyaçlardan kaynaklanmıştır. İnşaatı çok büyük oranda bitiren müteahhide karşı, arsa sahibinin bağımsız bölümlerin tümünün tapusunu vermekten imtina edememesi gerekir. Müteahhidin işin tamamına yakını bitirdikten sonra, ufak tefek zararların bulunması nedeniyle hemen davanın reddine karar verilmesi hakkaniyete de aykırıdır. Örneğin, toplam 10 dairesi bir bina yapımına konu sözleşmede arsa sahibine kalan 4 adet daireden bazılarının iç son kat boyasının vurulmaması, bazı elektrik sigortalarının bozuk olması, klozetlerinin kapaklarının olmaması, bazı fayanslarının iyi döşenmemesi gibi basit ayıp ve eksiklikler nedeniyle doğan zararlar bakımından bu uygulama benimsenebilir. Çünkü inşaatı çok büyük oranda bitirmiş müteahhit bakımından çok ufak nitelikteki ayıp ve eksiklikler nedeniyle feshe giderek, müteahhidin arsa payının tenkisinin istenmesi, hakkın

³⁴³ Y. 15. HD. 7.4.1992 1367/1801, KOSTAKOĞLU, s. 914 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 15.5.1991, 1990/5418, 2510, KOSTAKOĞLU, s. 920-921 ; Y. 15. HD. 8.6.1990, 2294/2730, KOSTAKOĞLU, s. 927 ; Y. 15. HD. 6.6.1988, 1987/3713, 2170, KOSTAKOĞLU, ss.935-936.

kötüye kullanımı niteliğinde olacaktır. Müteahhide bu eksik ve ayıpların karşılanması için süre ve imkan tanınması veya bunların bedelinin depo edilmesi için süre verilmesi hakkaniyete uygun bir yaklaşımdır. Bu gibi hallerde, müteahhit arsa sahibinin zarar ziyanın bulunmadığını veya sözleşme dışı fazla işler nedeniyle karşı alacağını bulduğunu ve bunun mahsubunun yapılmasını talep edebilir. Müteahhidin karşı iddiaları da dikkate alınarak yapılan tahkikat sonucu, arsa sahibinin somutlaşan zararının aynen veya bedel olarak gidermesi için kendisine imkan tanınmalıdır. Zararın giderimi halinde dava kabul edilmeli, aksi halde, duruma göre şartları oluştuğunda yeniden açılmak üzere davanın reddine veya kısmen kabulüne karar verilmelidir. Şöyle ki, zararın önemli olmadığı hallerde müteahhide kalan tüm bağımsız bölümlerin tapusunun verilmemesi de hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Bu gibi durumlarda, arsa sahibinin tüm zararlarını tamamen karşılayacak bağımsız bölüm/bölümleri elinde tutmak ve diğerlerinin arsa payını devretmek suretiyle birlikte ifanın gerçekleştirilmesi, menfaatler dengesine uygun olacaktır. Nitekim Yargıtay bir Kararında; “Az değerde bir edim borcu için büyük miktarda bir hakkın tutulması, kanunen himaye edilemez” diyerek, ölçülülük ilkesi çerçevesinde bu görüşü desteklemiştir³⁴⁴.

Birlikte ifanın en önemli şartı, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin, kabul edilebilir veya teslim alınabilir ya da kullanılabilir hale getirilmesidir (BK m 360). Bağımsız bölüm teslim alınmamış veya teslim alınmaya müsait hale getirilmemişse, birlikte ifa söz konusu olmaz.³⁴⁵

İkinci önemli husus, bağımsız bölümlerin ayıp ve noksanlıkları ile teslim alınmasından sonra, bu tarih itibarıyla zararın belirleneceği ve teslim tarihi ilerisine taşınamayacağıdır. Ancak, teslimden sonra gizli veya sonradan ortaya çıkan ayıp ve eksiklikler nedeniyle bir zarar oluşmuşsa, bunun ayrıca tazmini gündeme gelebilecektir.

Zararın “önemli oranda” bulunması durumunda dahi, arsa sahibinin kabulü ile nakden giderilmesi mümkündür. Ancak tapu vermekten kaçınan arsa sahibinin, arsa payı olarak zararının karşılanmasını istediği kabul edildiğinden, bu konuda detaya girilmemiştir.

Zararın tamamen nakdi olarak karşılandığı ve eserin henüz teslim alınmadığı durumlarda³⁴⁶, karar tarihine en yakın tarihteki zarar miktarının dikkate alınması gerekir. Ancak Yargıtay, zararın dava tarihi itibarıyla belirlenmesi gerektiği görüşündedir. Bu halde de, zararın karar tarihine en yakın tarih itibarıyla, dava tarihinden itibaren işleyecek ticari işlerde uygulanan temerrüt faizi ile birlikte depo edilmek suretiyle birlikte ifanın sağlanması gerektiğini düşünmekteyim.

Bazen ayıplı eksik işlerin aynen giderilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin kararlaştırıldıktan ufak yapılması veya ayıplı malzemenin piyasadan kaldırılması nedeniyle temin edilememesi gibi durumlarda, bu ayıp ve eksiklikler nedeniyle oluşan bedel farkının dikkate alınması gerekecektir.

Ayıp, eksiklik ve gecikme tazminatından oluşan toplam zararın “önemli oranda” olup olmaması birlikte ifa ile ilgili çözümde etkilidir. Bu oranın belirlenmesinde, toplam zararın, müteahhide kalan bağımsız bölümlerden en az birinin değerini karşılaması durumunda, “önemli oranda” olduğu kabul edilebilir. Ancak bu halde, yapılan işin toplam büyüklüğünün

³⁴⁴ Y. 15. HD. 20.6.1989, E: 1988/4008, K: 2959, KOSTAKOĞLU, ss. 930-931.

³⁴⁵ KOSTAKOĞLU, s. 521.

³⁴⁶ Örneğin, müteahhidin edimini yerine getirdiği iddiasıyla arsa sahibi aleyhine açtığı tapu iptal-tescil davasında, arsa sahibi ayıp ve eksiklikler bulunduğunu veya sözleşmede yapı kullanma izni şartının yer aldığını bu nedenle tesellümden kaçındığını belirtebilir.

dikkate alınmaması adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Örneğin müteahhidin arsa sahibine 1, müteahhide de 1 adet villa yapımını konu alan kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibine 40, müteahhide 60 villa yapımını konu alan kat karşılığı inşaat sözleşmesi arasında, zararın öneminin belirlenmesi bakımından sadece müteahhide kalan bağımsız bölümün bir tanesinin değerinin dikkate alınmasında sakınca bulunduğu ortadadır. Gerçekten toplam 2 adet villa inşaatını konu alan bir sözleşmede zararın önemli olması müteahhide kalan 1 villanın değerine göre belirleniyorken, 100 adet villa inşaatında da aynı şekilde 1 adet villanın değerine göre, zararın önemli olduğuna karar vermek mümkün olmamalıdır. Bu nedenle zararın önemli olmasının belirlenmesinde, yapılan işin büyüklüğünü de dikkate alan bir kıstas getirilmelidir. Uygulamada birlik ve istikrar sağlanması bakımından yapılan işin toplam büyüklüğünün %10 u zararın önemli olmasında kıstas alınabilir. Buna göre müteahhide kalan bağımsız bölümlerden en az birinin değeri veya yapılan inşaatın toplam bedelinin %10'undan hangisi daha azsa, o tutar dikkate alınmalıdır. Toplam zararın bulunan bu tutardan fazla olması durumunda, zararın önemli olduğu sonucuna varılmalıdır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; 20 dairelik bir inşaatda 8 daire arsa sahibine, 12 daire de müteahhide kalacaktır. Dairelerin toplam inşaat maliyeti 20 adet x 50.000-YTL = 1.000.000-YTL dir. Arsa sahibinin ayıplı+ eksik iş ve gecikme tazminatından oluşan toplam zararı ise, 80.000-YTL dir. Bu durumda, müteahhide kalan bağımsız bölümlerden birinin inşaat maliyeti olan 50.000-YTL < 100.000-YTL (Yapılan inşaatın toplam maliyetinin %10'u) olduğundan, 50.000-YTL den büyük zararlar önemli kabul edilecektir. Her bir bağımsız bölümün arsa dahil mevcut haldeki değerinin 140.000-YTL olması durumunda, 80.000-YTL lik toplam zarar için, müteahhide kalan dairelerden birinden 8/14 hisse arsa sahibi üzerinde bırakılarak birlikte ifaya karar verilebilecektir.

Müteahhidin zararı kısmen nakit olarak karşılamak suretiyle, zararı “önemsiz oran” a indirilmesine arsa sahibi karşı çıkabilir. BK m 68 de alacaklının kısmi ifayı reddedebileceği belirtildiğinden, müteahhidin, zararın bir kısmını nakit olarak ifa ile arsa sahibinin zararını arsa payı olarak karşılamaktan kaçınması mümkün değildir. Ancak dava devam ederken ayıp ve eksikliklerin bir kısmının aynen giderilmesi durumunda, karar verilirken bu durum dikkate alınarak önemlilik konusu değerlendirilebilir. Müteahhidin, sadece, arsa payını tam olarak elde etmek için, zararı önemsiz orana indirmeyi amaçlan şekilde ayıp ve eksiklikleri gidermesi durumunda, dürüstlük kuralına uymadığı dikkate alınarak, arsa sahibinin zararının arsa payı olarak karşılanmasına karar verilebilecektir.

Arsa sahibinin ödemezlik defii kapsamında geç teslim nedeniyle kira kaybının giderilmesi yanında ifaya ekli cezai şart (BK m 158/2) istemini de ileri sürebilmesi mümkün olmalıdır. BK m 159/2 uyarınca, kararlaştırılan cezai şart tutarından fazla zarara uğrayan alacaklının, ancak, borçlunun kusurunu ispat etmek suretiyle, fazla kısmı talep etmesi mümkündür. İfaya ekli ceza ile zarar arasındaki bu yakın bağ dikkate alınarak değerlendirme yapıldığında, birlikte ifada, cezai şartın da dikkate alınması gerektiği sonucuna varılır.

Ödemezlik definin, sadece asli edimler bakımından geçerli olduğu, gecikme tazminatının ödemezlik defii kapsamında ileri sürülmesinin mümkün olmadığı iddia edilebilir.³⁴⁷ Oysa, Kanunda açıkça karşı edimin ifasını talep edenin, kendi edimini ifa etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Edimin tam olarak ifası, gecikmeden doğan zararların karşılanmasını da içine alır. Böylece ödemezlik defini ileri süren taraf, kendi ediminin tam karşılığını elde eder. Ayrıca, karşı tarafın edimini tam olarak yerine getirmesi bakımından ona

³⁴⁷ von TUHR, Andreas, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983, (Çev. EDEGE, Cevat), 526-527, 531 ; EREN, Borçlar Genel C III, s. 146-148 ; OĞUZMAN/ÖZ, s.271 ; UÇAR, s. 81.

baskı yapmış olur. Defi hakkının bir yandan teminat diğer yandan da baskı fonksiyonu bulunduğu dikkate alınmalıdır³⁴⁸.

Tüm bunlar yanında, gecikme nedeniyle uğranılan kira kaybı, ayıplı-eksik işler bedelinden önce doğmakta ve muaccel hale gelmektedir. Bir başka anlatımla kira kaybı, binanın teslim edilmesi gerektiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Oysa ayıplı ve eksik işler, binanın teslim edildiği ve teslim edilmiş sayıldığı anda doğmaktadır. Daha önce doğan borcun, birlikte ifade dikkate alınmaması ve dolayısıyla arsa sahibinin zararının tam olarak karşılanmaması hakkaniyete de aykırıdır. TMK m 2 kapsamında değerlendirme yaptığımızda da, birlikte ifade gecikme zararının ve cezai şartın dikkate alınması gerektiği sonucuna varılır.

Yargıtay, müteahhitten bağımsız bölüm satın alanların, gecikme tazminatı ve cezai şart bakımından birlikte ifa kuralına tabi olmadıkları görüşündedir.³⁴⁹

3. kişiler bakımından iki husus önem arz etmektedir. Birincisi bunların hangi tür zararlardan sorumlu olduğu, ikincisi de sorumluluğun arsa payı ile sınırlı olup olmayacağıdır.

Yargıtay kararlarında, müteahhitten bağımsız bölüm satın alanların sorumluluğunun, inşaatın eksik bırakılan yerleriyle (eksik iş bedeli ile) sınırlandırılmasının gerekçesi açıklanmamıştır. Müteahhidin, kendisine kalan bağımsız bölümlerin tamamını sattığı veya satış gösterdiği durumlarda, eksik iş bedeli dışındaki zararlar bakımından arsa sahibinin ödemezlik defini ileri sürmesini engelleyerek, sorumluluktan kurtulması durumu doğacaktır. Borçlunun temlik öğrendiği sırada temlik edene karşı sahip olduğu defileri temlik alana karşı ileri sürebileceğine dair BK m 167/1 ve alacakla birlikte yan hakların da temlik alana geçeceğini öngören BK m 168/1 hükümleri kıyasen dikkate alındığında³⁵⁰, sorumluluğun eksik iş bedeli ile sınırlandırılmasının doğru olmadığı sonucuna varılır.

Sorumluluğun arsa payı ile sınırlandırılması hususuna gelince; burada ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

a-Eğer arsa sahibinin elinde kalan bağımsız bölümlerin sayısı, zararını fazlası ile karşılıyorsa, kendisine başvuran üçüncü kişi arsa payı ile sınırlı sorumlu tutulabilir. Örneğin arsa sahibi, müteahhide kalan 12 bağımsız bölümün 7 arsa payını devretmiştir. Zararı, bir bağımsız bölümün değerinin yarısı tutarındadır. Bu durumda, müteahhitten bağımsız bölüm alan bir kişi tarafından, aleyhine tapu iptal ve tescil davası açıldığında, zararının tümünü bu kişiden istemesi mümkün olmamalıdır. Çünkü zararını fazlası (8 katı) ile karşılayacak 4 daire daha elinde bulunmaktadır. Bu arada, BK m 68/1 uyarınca alacaklının kısmi ifayı reddetmesi

³⁴⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 269 ; “Eser sözleşmeleri her iki tarafa vecibeler yükleyen “karşılıklı taahhütleri havi” tam iki yanlı akit türlerindedir. Davacı inşaatı yapmayı üstlenmiş, karşılığında arsa payı ve daire verilmesi öngörülmüştür. Müteahhidin hakkettiğini ileri sürdüğü tapuyu alabilmesi, kendisinin bütün vecibeleri yerine getirmesi şartına bağlıdır. Yani eserde bir kısım eksiklikler var ve arsa sahibinin de işin gecikmesinden ötürü bir zararı oluşmuşsa, önce bu zararlar ödenecek, ondan sonra tapunun iptali ve tescili sağlanacaktır. Bu kural dairemizce birlikte ifa olarak nitelendirilmekte ve açılan bu tür davalarda istikrarlı biçimde uygulanmaktadır. Bu durumda; davacı Burhan’ın tescil talebinin kabulü için , dairemiz bozma kararı gereğince arsa sahiplerinin zararının tespiti bakımından işin esasına girilecek ve duruma göre bu kişilerin eserin noksanlığı ve kira kaybından dolayı bir zararları gerçekleşirse bu zararların ödenmesi kaydıyla tapu iptali ve tescili kararı verilebilecektir.”, Y. 15. HD. 21.2.1991 113/821, UYGUR, C II, s. 110.

³⁴⁹ Y. 15. HD. 6.7.2000 2773/3568, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 27.5.2003 2394/2745, www.kazanci.com.tr.

³⁵⁰ KANETİ, Selim, Akdin İfa Edilmediği Defi, s. 78.

için, alacağın muayyen (çekişmesiz ve ihtilafsız) olması gerekir³⁵¹. Taraflar arasında en azından sorumluluğun kapsamı bakımından bir çekişmenin bulunduğu dikkate alındığında da, müteahhitten bağımsız bölüm alanın kısmi ifasının reddedilmesi mümkün olmamalıdır. Arsa sahibinin, her 3. kişinin kendisine kalan bağımsız bölüm için açtığı tapu iptal ve tescil davasına maruz kalarak ayrı ayrı defide bulunmak zorunda kalacağı, BK m 68 gereği alacaklının kısmi ifayı kabule mecbur olmamasının, onun kısmi ifa dolayısı ile tedirgin edilmesini önlemek amacına dayandığı ileri sürülebilir.³⁵² Ancak, arsa sahibin zararı, fazlası ile teminat altındayken, bu zararın tamamının bir bağımsız bölüm maliki üzerine yüklenmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Müteahhidin, kendisine kalan bağımsız bölümleri 3. kişilere satma vaadi, arsa sahibinden olan alacağının bir kısmının temlik niteliğinde olup, kısmi temlikte, alacaklı, temlik alanı, temlik aldığı tutarla sınırlı olarak sorumlu tutabilir.³⁵³

Yukarıdaki hususlara; şu gerekçelerle karşı çıkılabilir. Arsa sahibinin ifa menfaati, yapının sözleşmeye uygun tam teslimi ile sağlanır. Ortada bölünebilir nitelikte bir borç bulunmadığından, borçluların³⁵⁴ birden fazla olması durumunda, her birinin taksimi kabil olmayan borcun tamamını vermekle yükümlü olduklarına dair BK m 69 hükmünü dikkate aldığımızda, bunların zarardan müteselsilen sorumlu olmaları gerektiği sonucuna ulaşırız³⁵⁵. Müteahhide kalan bağımsız bölümlerin tamamının veya sadece bir tanesinin tapusunun talep edilmesinin, arsa sahibinin zararının karşılanması bakımından bir önemi yoktur. Bu nedenle, 3. kişilerin zararın tamamını karşılamakla yükümlü tutulmaları gerekir. Zararın paylaşımı müteahhit, onun halefi olanlar ile zararı gideren arasındaki iç ilişkide önemlidir. BK m 69 da bölünemeyen borcu ifa edenin halin icabından aksi anlaşılmadıkça, kendisiyle müştereken borçlu olanlara hisseleriyle rücu hakkına sahip ve bu oranda alacaklının haklarına halef olacağı belirtilmiştir. Aynı sonuca, BK 51. Madde hükmünden de varabiliriz. BK m 98/2 uyarınca, haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler, kıyasen sözleşmeye aykırı davranışlar bakımından da uygulanır. Müteahhit, sözleşmeye aykırılığa, ondan alacağı kısmen temlik alan 3. kişi³⁵⁶ de kanuna (BK m 167-168) dayanan sorumluluğa sahip olup, aralarında BK m 51 den doğan müteselsil sorumluluk vardır. Borcu tamamını ödeyen Kanunen sorumlu 3. kişi, akdi sorumlu müteahhide BK m 51/2 hükmüne göre rücu edebilecektir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, müteahhitten bağımsız bölüm satın alanın, arsa sahibinin tüm zararlarını karşıladıktan sonra, müteahhide, zararın tamamını, müteahhide kalan diğer bağımsız bölüm sahiplerine ise arsa paylarını dikkate alarak rücu etmesi mümkündür. Örneğin 10 daireli bir inşaatta 4 daire arsa sahibine, 6 daire de müteahhide kalmış, her bir dairenin arsa payı eşit (1/10) ve zarar 60.000-TL dir. Müteahhitten bir daire satın alan 3. kişi, bağımsız bölümün adına tescili sağlamak için 60.000-TL tutarındaki zararın tamamını arsa sahibine öderse, bunun tamamını müteahhitten isteyebilir. Müteahhidin diğer 5 bağımsız bölümü de 3. kişilere satması durumunda, mükerrer olmamak kaydı ile müteahhitten 60.000-TL ve her bir bağımsız bölüm malikindende 60.000/6=10.000-TL isteyebilir. Müteahhitten bağımsız bölüm alanların

³⁵¹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Kısmi İfa, Prof. Dr. Fehiman Tekil Anısına Armağan, İstanbul, 2003, (Kısmi İfa), ss. 613-616.

³⁵² TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 764 ; SEROZAN, İfa Engelleri, s. 100 ;GÜMÜŞ, Kısmi İfa, s. 614.

³⁵³ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 252 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 93-939 ; DAYINDARLI, Kemal, Alacağın Temliki, Ankara, 2000, s. 138-139, 288 ; TUNÇOMAĞ, C I, s.1115-1116 ; SURLU, Mehmet Handan, Tapu İptali Tescil Davaları, Ankara, 2008 (Tapu İptali), s.26 : Sayın Yazar, kısmi ifanın kabul olunmayacağı gerekçesi ile 3. kişinin binadaki tüm eksiklikler bakımından sorumlu tutulması gerektiğini doğru olarak ifade etmektedir.

³⁵⁴ Müteahhitten bağımsız bölüm alanların, inşaatın çok büyük oranda tamamlanmış olması şartıyla, müteahhidin yerine geçerek müteahhidin edimlerini yerine getirmesi durumunda, aldıkları bağımsız bölümün adlarına tescili için doğrudan arsa sahibine başvurmaları mümkündür.

³⁵⁵ AKINTÜRK, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971, s. 9.

³⁵⁶ Yargıtay, müteahhidin adi yazılı sözleşme ile kendisine kalan bağımsız bölümün üçüncü kişiye satışının, müteahhidin arsa sahibinden olan bağımsız bölüm alacağının temlik niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.

birlikte hareket ederek, arsa sahibinin zararlarını karşıladıktan sonra, yaptıkları ödeme oranında müteahhide rucu etmeleri de mümkündür. Bu görüşler de sağlam hukuki dayanaklara sahip olmasına rağmen, hakkaniyet ve dürüstlük kuralı dikkate alınarak, üçüncü kişinin sorumluluğunun arsa payı ile sınırlandırılmasının daha uygun olacağını düşünüyorum.

b-Eğer arsa sahibinin elinde kalan bağımsız bölümlerin sayısı, zararını ancak karşılıyorsa, bu bağımsız bölümler bakımından arsa sahibi zararının tamamının karşılanmasını isteyebilmelidir. Genelde böyle bir durum, arsa sahibinin, müteahhide kalan son bir bağımsız bölümü zararlarına karşılık teminat olarak tutması şeklinde olur. Bu durumda da, müteahhitten bağımsız bölüm satın alanın, satın aldığı bağımsız bölümün arsa payına düşen oranda, arsa sahibinin her türlü zararlarını karşılamakla sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülebilir. Fakat alacağın temlikinde borçlunun durumunun da ağırlaşmaması gerekir³⁵⁷. Bu durumda, arsa sahibi, zararından daha çok değere tekabül eden bağımsız bölüm mülkiyetine sahip değildir. Zararının tahsili tehlike altındadır.³⁵⁸

Bu arada, sözleşmede devir borcu ile ilgili bir hüküm bulunmadığı halde işin yapımı sırasında müteahhide kalacak payların bazılarının müteahhide devri, bu konuda kendisine kazanılmış hak sağlamaz. Başka bir deyişle müteahhit, yapılan kısmi ifayı, eserin teslimi tarihine kadar devam edecek bir hak olarak öngöremez. Örneğin Yapılacak 10 daireden 5 tanesi arsa sahibine kalacaktır. İnşaatın seviyesi %20 iken arsa sahibinin 1 dairenin tapusunu müteahhide intikal ettirmesi, seviyenin %40 olduğu zaman da 1 dairenin tapusunun verileceği anlamına gelmez. Sonuç olarak sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda, bazı bağımsız bölümlerin tapusunun müteahhide verilmesi, inşaatın seviyesine göre kademeli bir şekilde tapu verilmesinin teammül haline geldiğini ileri sürme hakkını müteahhide vermemelidir.

Arsa sahibinin, müteahhide kalan bağımsız bölüm veya bölümleri, kendi üzerine kurulan kat irtifakından yararlanıp, 3. kişiye satması durumunda, müteahhidin, edimini tam olarak ifa etmesi şartıyla, bu bağımsız bölümlerin, satışı öğrendiği tarih itibarıyla saptanacak bedelini arsa sahibinden talep etmesi mümkündür.³⁵⁹

Müteahhit, kendisine kalan bağımsız bölümün 3. kişiye satılması nedeniyle arsa sahibinden, nakit tazminat yerine, arsa sahibine kalan diğer bağımsız bölümlerin tapuda kendi adına devrini aynı tazminat olarak isteyebilmelidir (BK m 43/1).

³⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 945.

³⁵⁸ “Yüklenicinin halefi olan kişi arsa sahiplerinden hak iddia ediyorsa tıpkı yüklenici gibi onun borçlarını bu arada ödenmesi hükmü altına alınan cezai şart alacağını da ödemek zorundadır. Mahkemece bu ilkedan hareketle arsa sahiplerinin cezai şart alacağı ödenmek üzere yüklenicinin halefi davacıya mehil verilmiş, ancak cezai şart alacağı depo edilmemiştir. Kendi edimini yerine getirmeyen yüklenicinin halefi konumundaki davacı sözleşmeyle kararlaştırılan arsa payı devrini arsa sahiplerinden isteyemeyeceğinden sonuçta davanın reddedilmesi doğrudur.”, Y. 15. HD. 3.10.2006 11039/10309, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 27.5.1991 3093/5228, KARATAŞ, s. 396-397.

³⁵⁹ “Davacı yüklenici 23 No.lu dairenin kendisine düştüğünü ileri sürerek 24.12.1992 tarihinde bedelini talep ve dava ettiğine göre bu tarihteki bedeline hükmedilmesi gerekirken, dairenin 3. kişiye satıldığı . 10.10.1989 tarihindeki değerine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekirken, sözleşmenin 5. maddesi gereğince inşaatın cam takılma aşamasına geldiği tarihteki değerine hükmedilmesi gerektiğine dair bozma kararına karşı davacının ileri sürdüğü karar düzeltme isteminin kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 31.10.1995 5784/6003, UYGUR, C II, s.125.

1.2.4 Arsa Sahibinin Taşınmaz Devir Borcunun Teminat Altına Alınması

1.2.4.1 Müteahhidin Geri Vermekten Kaçınma (Alıkoyma) Hakkı

Müteahhit, arsa sahibi ile aralarındaki sözleşmeye istinaden inşaatı yaptığundan, sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde yaptığı imalat bakımından iyiniyetli zilyet konumundadır. TMK m 994 uyarınca iyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir. Buna göre, yaptığı inşaatın bedeli ödenmedikçe, müteahhit taşınmazı geri vermekten kaçınabilir.³⁶⁰

Yargıtay önceki bir Kararında, işin yapıldığı tarihlerdeki imalat değerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.³⁶¹

Sözleşmeden dönme durumunda yapılan imalatın bedelinin hangi tarih dikkate alınarak belirleneceği konusunu geniş olarak fesih bölümünde inceleyeceğiz.

Müteahhidin, yaptığı imalatın bedeli ödeninceye kadar, inşaatı geri vermekten kaçınma hakkı bulunduğundan, bedelin ödenme anına kadar arsa sahibinin ecrimisil talep etmesi mümkün değildir.³⁶²

Müteahhidin inşaata müdahalesinin önlenmesinin TMK m 950 de düzenlenmiş hapis hakkı ile bir ilgisinin bulunmadığını düşünüyorum. Bu madde, taşınır veya kıymetli evrak üzerindeki hapis hakkını düzenlemektedir. Oysa TMK m 994 de düzenlenen geri vermekten kaçınma hakkıdır. Hapis hakkı, kanuni bir rehin hakkı olup, kanuni rehin hakkında, rehin paraya çevrilmesi ile takip yapma imkanı (TMK m 946, 953) vardır. Oysa geri vermekten kaçınma hakkının rehin olma özelliği yoktur. Kaldı ki bu tür bir rehin hakkı taşınmaz rehni niteliğinde olur ki, bu da, müteahhidin tescile bağlı rehin hakkını düzenleyen TMK m 893

³⁶⁰ “Taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi, geriye etkili olarak feshedilmiştir. Geriye etkili fesih halinde; yüklenicinin, her ne kadar sözleşmede bedel olarak kararlaştırılmış olan bağımsız bölümleri talep etme hakkı yoksa da, yapmış olduğu imalat nedeniyle o imalatın bedelini parasal olarak isteme yetkisi mevcuttur. Bu nedenle, eski MK.nın 907 ve yeni MK.nın 994. maddeleri uyarınca, imalat bedeli ödeninceye kadar o şeyi iadedden imtina edebilir. Başka bir anlatımla, bu imalat bedeli ödeninceye kadar da davalının inşaattan el çektirilmesine karar verilemez. Bu durumda, elatmanın önlenmesine ilişkin talebin reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü doğru olmamış ve hükmün sadece bu yönden bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 2.2.2002, 2001/4934, 859, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 21.7.2005 3686/4432, LEGAL, 2005/8, s. 3010 vd.

³⁶¹ “...mahkemece yapılacak iş; **yüklenicinin yaptığı inşaat nedeniyle yapıldığı yıllara göre inşaat değerini saptamak**, bu bedel depo ettirilerek yüklenicinin elatmasının önlenmesine karar vermekten ibarettir. Mahkemece Yasanın yükleniciye tanıdığı hak bir yana bırakılarak arsa sahibi davacıların elatmalarının önlenmesine karar verilmesi doğru değildir.”, Y. 15. HD. 29.1.2004, E: 2003/3563, K: 496, LEGAL, 2004/3, ss. 809-810.

³⁶² “Davacı arsa sahibi; yüklenicinin edimini yerine getirmediğini, inşaatı tamamlamadan terk ettiğini, haketmediği halde peşinen devredilen tapu kayıtlarını 3. kişilere temlik ettiğini iddia ederek sözleşmenin feshini, davalılar adına olan kayıtların iptalini, inşaata vaki elatmalarının önlenmesini ve 5 milyar lira ecrimisilin tahsilini istemiş, mahkemece istemler hüküm altına alınmıştır.... davalılar inşaatta haksız değil, sözleşme ve üzerlerindeki tapu kayıtlarına dayanarak bulduklarından ve arsa sahibi ancak sözleşmenin feshi ve tapuların iptalinden sonra işgal varsa ecrimisil isteyebileceğinden, MK'nun 994. maddesi hükmünce de, yüklenicinin inşaata yaptığı zorunlu ve yararlı giderler ödeninceye kadar hapis hakkı bulunduğu gözden kaçırılarak, ecrimisil ve elatmanın önlenmesi istemlerinin kabulü de doğru olmamış kararın tüm bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 6.5.2003, E: 2002/6192, K:2460, YKD, 2003/11, s. 1721 vd.

vd. maddeleri kapsamında değerlendirilebilir. Bu nedenle Yargıtay'ın "hapis hakkı"³⁶³ yerine "geri vermekten kaçınma" veya "alıkoyma" kavramını kullanması daha uygun olurdu.

Sonuç olarak, "hapis hakkı" yasal şartların varlığı halinde kendiliğinden doğan bir taşınır rehni, dolayısıyla da aynı bir haktır. "Geri vermekten kaçınma" hakkı ise hak sahibine alacağı ödeninceye kadar zilyetliğindeki eşyayı iadede kaçınma hakkı veren bir defidir.³⁶⁴

Alıkoyma hakkı, bu hakka esas teşkil eden alacak kadar teminat gösterilmesi ile sona erdirilebilmelidir. Para borcuna ilişkin ilamların infazında dahi teminat gösterilerek icranın geri bırakılması mümkün olabilmektedir (İİK m 33, 36). Henüz hiçbir yargılama ve hüküm ortada yokken, teminat karşılığında alıkoyma hakkının sonlandırılabilmesi mümkündür.³⁶⁵ Çünkü alıkoyma hakkının dayanağı olan borç da bir para borcudur. Borcun teminat altına alınması ile alıkoyma hakkının kullanılmasındaki amaç sağlanmış olmaktadır. Alıkoyma hakkının üzerinde kullanıldığı eşyanın kıymeti alacaktan fazla ise, verilecek teminatın, alacağın miktarı kadar olması yeterlidir. Eşyanın kıymetinin alacaktan daha az olması durumunda, alacağın teminat altına alınması için, toplam alacak üzerinden teminat sağlanmalıdır. Teminatın tutarı ve şekli konusunda çıkacak uyuşmazlıklarda hakim karar verecektir. Teminatın, İİK m 33 de öngörüldüğü şekilde, nakit veya hakim tarafından kabul edilecek taşınır rehin veya hisse senedi veya tahvilât veya taşınmaz rehni yahut geçerli bir banka kefaleti olarak belirlenmesi uygun olacaktır. Borçlunun talebi üzerine yeter malı haczedilmiş olması durumunda Kanunda yazılı teminatı göstermeye lüzum olmadığına dair İİK m 33/3-son cümle dikkate alındığında, arsa sahibinin taşınmazına, alacak kadar haciz konulması ile de alıkoyma hakkı bertaraf edilebilir.³⁶⁶

Sonuç olarak, İİK m 33 ve 36 hükümleri kıyas alınarak, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, alıkoyma hakkına konu taşınmaz üzerinde, alacak tutarı kadar rehin hakkı kurularak veya taşınmaza haciz konularak alıkoyma hakkına son verilebilmelidir. Arsa sahibinin arsa ve üzerindeki binadan oluşan malvarlığı, müteahhidin alacağını her zaman için karşılayabilecektir. Çünkü, müteahhidin alacağı sadece arsa üzerindeki yapı ile sınırlıdır. Bu durumda, taşınmaz üzerinde müteahhit lehine rehin hakkı kurularak veya taşınmaza haciz konularak, müteahhitin alıkoyma hakkı sonlandırılabilirdir. Taşınmaz mal rehni tapu siciline tescil ile kurulabilir (TMK m 856). Bu nedenle rehin ile ilgili formalitelerden kurtulmak için haciz yöntemi benimsenebilir.³⁶⁷ Arsa sahibi, hakime başvurularak taşınmaz

³⁶³ "Yanlar arasındaki sözleşmede davalı yüklenici tarafından yapılp arsa sahiplerine teslimi taahhüt edilen bağımsız bölümler yanında ayrıca 1.170.000-TL nin de davacı yana ödendiği kabul edilmiştir. O halde hükmün doğal sonucu olarak davacıların almış olduğu bu bedeli davalı yükleniciye iade etmeleri gerekir. Başka bir ifade ile bu bedeli alıncaya değin davalıya hapis hakkı tanınmalıdır. Mahkemece bu hususun düşünülmemesi sonucu kurulan hüküm yerinde değil ise de bu hususun ikmalî yeniden yargılamayı gerektirmediğinden kararın HUMK nun 438/7 maddesi uyarınca düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur.", Y. 15. HD. 2.3.1992 908/1002, UYGUR, C II, s. 129.

³⁶⁴ SARI, Suat, Alıkoyma Hakkı, İstanbul, 1997, s. 8, 91 vd.

³⁶⁵ SARI, s. 90, Yazar, TMK m 953 deki hapis hakkına ilişkin hükümlerin kıyas alınarak teminat yoluyla alıkoyma hakkının sonlandırılabilirdiğini belirtmektedir.

³⁶⁶ Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de, müteahhidin alacağından fazla olan kısım için alıkoyma hakkını bazı durumlarda kullanamamasıdır. Eğer alıkonulan şey bölünebilir ve alacağın miktarı da o şeyin değerinden az ise, sadece alacağı karşılayan kısım için alıkoyma hakkı kullanılabilir. Bu durumda üzerinde alıkoyma hakkı kullanılan eşyanın bölünebilir olup olmadığı belirleyicidir. Alıkoyma hakkı sahibi, bu hakkın dayanağı olan alacağın miktarından fazla olan taşınmazı iade etmekle yükümlüdür. Aksi halde, fazla olan kısım için haksız zilyet (TMK m 995) konumuna düşer (Aynı doğrultuda SARI, s.8-9, 72). Müteahhidin alıkoyma hakkının rehin veya haciz ya da başka bir teminat gösterilerek yargılama sonuna kadar bertaraf edilmesi mümkün olduğundan, bölünebilirlik konusunda detaya inilmemiştir.

³⁶⁷ UYAR, İİK Şerhi, C II, ss. 3282-3283.

üzerine müteahhit lehine ihtiyati haciz konulmak suretiyle, müteahhidin alıkoyma hakkına son verilmesini talep edilebilir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili sona ermesine dair verilen kararın kesinleşmesinden sonra, arsa sahibi, müteahhidin inşaata müdahalesinin önlenmesini talep eder, müteahhit de, alıkoyma hakkını kullandığını beyan ederse ne olacaktır ? Alıkoyma hakkı tanınmak suretiyle müdahalenin önlenmesine karar verilebilir mi? Kanımca bu durumda, müteahhidin alacağı belirlenmeli ve bu alacak mahkeme veznesine depo edildiği veya alacak için teminat gösterildiği takdirde, müdahalenin önlenmesi kararı verilmeli, aksi halde dava reddedilmelidir.³⁶⁸

Alıkoyma hakkı tanınması suretiyle müdahalenin önlenmesine karar verilmesi, şarta bağlı hüküm niteliğinde olacaktır. Alacağın ödenmesi şartına bağlı böyle bir hükmün infazında da zorluklar yaşanacaktır.³⁶⁹

1.2.4.2 Sözleşmenin Tapuya Şerhi

Şerh, kişisel hakların, devir (temlik) sınırlamalarının ve geçici tescilin , tapu kütüğüne yazılmasını gösteren terimdir.³⁷⁰ Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin borcu, müteahhide kalacak bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa payının devridir. Arsa sahibinin devir, müteahhidin de inşaat yapma borcu, taraflar bakımından şahsi alacak niteliğindedir. Taraflar bu alacaklarını herkese karşı ileri süremezler.³⁷¹ Buna göre kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerhi, sözleşme konusu taşınmaz üzerindeki aynı hakları göstermek üzere tutulan tapu sicili (TMK m 997) üzerine kişisel hakkın yazılmasıdır.

Kişisel Haklarda Şerhler başlıklı TMK m 1009/1 maddesinde; arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla şerh konusunda sınırlı sayı ilkesi benimsenmiştir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerhi ile bu sözleşmeden doğan şahsi hakların, sözleşme konusu taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilmesi mümkün olmaktadır (TMK m 1009/2).

Yargıtay önceleri (TMK m 1009 da yapılan düzenleme öncesi) kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapuya şerh edilmeyeceği görüşünde idi. Bu görüşün dayanağını, kanunda kat karşılığı sözleşmesinin şerhinin öngörülmemesi oluşturmaktaydı.³⁷²

³⁶⁸ “Yeni Medeni Kanununun 994.maddesi uyarınca yüklenicinin yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderler; başka bir anlatımla, imalat bedeli, ödeninceye kadar yüklenici inşaatı geri vermektan kaçınabilir. Karşı, davada imalat bedeli hüküm altına alındığına göre, bu bedelin ödenmesi halinde, inşaatın da teslimine dair hüküm kurulması gerekirken, teslim talebinin reddi de isabetli olmamıştır.”, Y. 15. HD. 16.5.2002, 295/2598, www.kazanci.com.tr.

³⁶⁹ SARI, ss. 73-74.

³⁷⁰ YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, s.670, Ankara, 1986.

³⁷¹ SUNGURBEY, İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, (Şerh), İstanbul, 1963, ss. 117-118.

³⁷² "Düzenleme şeklinde kat karşılığı gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesidir". Yani, karma bir akit söz konusu olup sözleşmenin ağırlıklı unsuru eserin yapımı olup karşılığındaki satış vaadi ise eserin bedelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu tür bir akitten doğan hakkın tapuya şerh verilebilmesi kanunda yer almadığı ve bu konuda sözleşmede bir şerh anlaşması bulunmadığı için mümkün değildir. Sözleşmedeki anlaşma binanın tamamının inşası halinde yarısının davalıya verilmesi şartına bağlıdır.”, Y. 15. HD. 3.12.1991 4479/5820, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 1.11.1990 2967/4527, UYGUR, C II, s. 107.

Ancak, kararların verildiği dönemde ve halen, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. Maddesinde; Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi³⁷³ uyarınca noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinin taraflardan birinin talebi üzerine gayrimenkul siciline şerh verilebileceği belirtilmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, müteahhide verilecek taşınmazın satışını vaad etmesi söz konusudur. Satım bedelinin, para yerine inşaat yapılarak ödenmesi ya da tersten bakınca, inşaat yapım bedelinin de, taşınmaz arsa olarak ödenmesi sonuca etkili olmamalıdır.³⁷⁴ Sonuçta ortada bir taşınmaz satım vaadi vardır ve bu sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir. Arsa sahibi müteahhide verilecek taşınmazı satmayı vaad etmektedir. Dolayısıyla, bu sözleşmenin tapuya şerh edilmesi önüne engel çıkarılması mümkün olmamalıdır. Taşınmaz satım vaadinde şerh işleminin öngörülmesinin amacı; taşınmazı sonradan devralanlara karşı da alıcının ifayı talep edebilmesi ve şerhten sonra hak sahibi olanların, alıcıya zarar vermesinin engellemesidir³⁷⁵. Dolayısıyla taşınmaz satım vaadinin şerhinde, esas olarak alıcının korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle tapuda malik olan kişi yanında, alıcıya tek taraflı olarak şerh talebinde bulunma yetkisi verilmiştir (Tapu Kanunu m 26/5).

Bunun yanısıra, henüz satım bedelini tam olarak vermeyen, ancak tapuda mülkiyeti üzerine önceden geçiren alıcının, bu aynı hakkını üçüncü kişilere tapuda temlik etmesi durumunda, satıcının bu kişilere karşı ileri sürebileceği alacak hakkının güçlendirilmesi için, satıcıya da tek taraflı olarak sözleşmeyi tapuya şerh verme imkanı tanınmıştır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, tarafların, özellikle de satış vaadi alacaklısının (müteahhidin) korunması ihtiyacı daha fazla ortaya çıkmaktadır. Çünkü, genelde tek bir taşınmaz yerine, müteahhide kalacak birden çok bağımsız bölümlerin satım vaadi söz konusudur. Bağımsız bölüm sayısının fazlalığı nedeniyle müteahhidin korunması ihtiyacının önemi ortadadır. Ayrıca, satım bedelinin karşılığını oluşturan inşaat yapma borcu uzun bir vadeye yayılmaktadır. Bu uzun süre içinde, müteahhit aleyhine doğabilecek zarar verici unsurların bertaraf edilmesi ihtiyacı vardır. En önemlisi kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhit yanında, ondan noterden satış vaadi senedi ile bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin haklarının da korunması için, şerh işlemine imkan tanınması gerekir. Çünkü bu yolla, ihtilafların azaltılmasına ve kamu düzeninin sağlanmasına da yardımcı olunabilir.

Sonuçta, içinde esaslı unsur olarak satım vaadinin bulunduğu her tip sözleşmenin tapuya şerh verilmesi mümkün olmalıdır.

TMK 1009/1 hükmünün devreye girmesi³⁷⁶ ile bu konudaki tartışmalara son verilmiştir.³⁷⁷ Düzenlemenin gerekçesinde aynen;

-“Yürürlükteki metinde şerh verilebilecek kişisel haklara örnek olarak sayılanlar dışında, 6217 sayılı Kanunla taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerh verilmesi olanağı tanınmıştır. Bundan başka Ülkemizde yaygın bir uygulaması bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de şerh verilebileceği Tapu Sicili Tüzüğünde (m.55/c) belirtilmiştir. Oysa Tüzükteki bu düzenlemenin kanuni bir

³⁷³ Bu maddenin yerini 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi almıştır.

³⁷⁴ REİSOĞLU, Safa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, BATİDER, Sa. 21, (Sorunlar), s. 9.

³⁷⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul, 2002, s. 214 ; EREL, Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, 1982, ss.205-206.

³⁷⁶ TMK m 1029 uyarınca 1.1.2002 itibarıyla.

³⁷⁷ KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Medeni Kanun'unuzun Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003, (Yenilikler), s. 332.

dayanağı bulunmalıdır. Bu nedenle örnekler arasına bu sözleşmelerin konulması da uygun görülmüştür.”

denilmektedir. Gayrimenkul mülkiyetinin el değiştirmesi halinde yeni malike karşı sözleşmeden doğan kişisel hakkın ileri sürülmesi için şerh imkanının getirildiği anlaşılmaktadır.

Fakat, Kanunda kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın tek taraflı şerhinin öngörülmemesi nedeniyle, bunun mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.³⁷⁸ Oysa, TMK m 1009’ da arsa sahibi-müteahhit ayrımı yapılmaksızın sözleşmeden doğan hakların şerh verilebileceği belirtildiğinden ve yukarıda açıklandığı üzere sözleşmedeki satım vaadi unsuru nedeniyle Tapu Kanununun 26/5. maddesi, tarafların menfaati, 3. kişilerin hakları ve kamu yararı dikkate alındığında bu görüşlere ve ayrıca şerh konusunda bir anlaşmanın olmadığı durumlarda, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin mümkün olmadığı yolundaki düşüncelere³⁷⁹ katılmak mümkün değildir. Özellikle TST 55/c maddesinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, kütük sayfasının şerhler sütununa kaydı için, sözleşmenin ibrazının yeterli olduğunun belirtilmesi karşısında, ayrıca şerh anlaşmasının aranması mümkün olmamalıdır.

Arsa sahibinin sözleşmeden doğan kişisel haklarını, müteahhitten tapuda bağımsız bölüm alan üçüncü kişilere karşı kullanamayacağına dair doktrinde ileri sürülen görüş de³⁸⁰ eleştiriye açıktır. Sözleşme tapuya şerh verilmekle, bu sözleşmeden doğan haklar, taşınmazda sonradan kazanılan hak sahiplerine karşı ileri sürülebilmektedir (TMK m 1009/2). Ortada saf bir satım vaadi sözleşmesi olmayıp, karma nitelikte arsa payı karşılığında inşaat yapım sözleşmesi söz konusudur. O nedenle başlangıçta kendisine kalan bağımsız bölümleri tapudan devralan müteahhidin, bunları üçüncü kişilere devretmesi nedeniyle oluşacak hak kayıplarını önlemek için, arsa sahibi de, sözleşmenin tapuya şerh verilmesini talep edebilir.

Arsa sahibi, müteahhit yanında, müteahhitten tapuda bağımsız bölüm alan üçüncü kişiye karşı sözleşmeden doğan defî hakkını ileri sürebilir. Örneğin, müteahhitten tapuda bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler, arsa sahibinden, ortak alana yapılacak yüzme havuzu giderlerine katılmasını istediklerinde, arsa sahibi bunun sözleşme gereği müteahhide ait olduğu savunmasında bulunabilir.

Müteahhit de arsa sahibi yanında, arsa sahibinden bağımsız bölüm alan üçüncü kişiye karşı sözleşmeden doğan defî haklarını ileri sürebilir. Örneğin arsa sahibinden tapuyu devralan üçüncü kişi, müteahhitten gecikme nedeniyle tazminat istediğinde, sözleşmeye göre teslim süresinin dolmadığını müteahhit savunabilir.

Edimlerin bağımlılığı ve karşılıklılığı dikkate alındığında, sözleşmenin taraflarının halefi olan üçüncü kişilerin de halefi olduklarının karşı tarafına, tapuya şerh edilmiş kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan defî haklarını aldıkları payla sınırlı olarak ileri sürebilecekleri konusunda bir tereddüt olmamalıdır. Çünkü, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerhi ile gerek arsa sahibi, gerekse müteahhi ve haleflerinin sözleşmeden doğan şahsi hakları herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmiştir. Örneğin, müteahhidin sözleşmeden dönmesi halinde, arsa sahibinden bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler dönmenin şartlarının

³⁷⁸ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 98.

³⁷⁹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 98 ; SARI, Suat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, (Şerh), İÜHFİM C.LXIV, S.2, s. 291.

³⁸⁰ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 99 ; SARI, Şerh, s. 278 (Sayın yazar, müteahhide mülkiyet payının devredildiği durumlarda, müteahhitten bu payları devralan üçüncü kişilere karşı, arsa sahibinin haklarının şerh yoluyla güçlenmeyeceği görüşündedir).

oluşmadığı yönünde savunmada bulunabilir ve bunu ispatlayabilirler. Bu kişiler davaya dahil edilmeden ve bunlara savunma hakkı tanınmadan sözleşmeden dönmeye karar verilemez. Aynı şekilde, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinde de müteahhitten bağımsız bölüm alanların defi hakları mevcuttur.

Sonuç olarak, sözleşme taraflarının birbirlerine karşı sözleşmeden doğan defi haklarını kullanmaları konusunda bir tereddüt yoktur. Taraflardan tapuda mülkiyet iktisap eden haleflerinin de, mülkiyeti iktisap ettikleri seleflerinin karşı tarafına yönelik olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan defi haklarını ileri sürmeleri mümkündür³⁸¹.

Ancak sorun, tapuya şerh edilmiş sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerden sözleşmeden doğan hakların, özellikle de ifanın istenebilip istenemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Örneğin, müteahhidin tüm bağımsız bölümleri satarak ortadan kaybolması ihtimalinde, arsa sahibi aynen ifayı bu kişilerden isteyebilecek midir ? Şerh müessesesi tek başına bu soruya cevap verememektedir. Bu sorun Borçlar Kanununda “sözleşmeye kısmen yada tamamen KATILMA” veya “sözleşmenin kısmi yada tamamen DEVRİ (YÜKLENİLMESİ)” kurumlarının olmaması nedeniyle, doğacak boşluğun doldurulması ile çözülebilir.

Alacağın temliki veya borcun naklinde, borç ilişkisinin tümü yerine bu ilişkiden kaynaklanan münferit bir alacağın devralınması veya borcun yüklenilmesi söz konusudur. Borca katılmada, sözleşmeden doğan borçtan borçlu ve onun borcuna katılan üçüncü kişi, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu hale gelmektedir. Sözleşmeye katılmada ise, sadece bir borç veya alacak değil, sözleşmeden doğan hak ve borçların (sözleşme ilişkisinin) tümü, sözleşmedeki taraflardan biri yanında sözleşmeye katılan üçüncü kişiye de geçmektedir. Sözleşmenin devrinde ise, borç ilişkisinin bir bütün olarak üçüncü kişiye devri³⁸² söz konusudur. Sözleşmeyi devreden taraf sözleşmeden tamamen çıkmaktadır. Mevcut hukukumuzda bu kavramlar hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır.³⁸³

Kanımca, arsa sahibi veya müteahhitten tapuda pay alan üçüncü kişiler, sahip oldukları pay oranında sözleşmeye katılmış sayılarak, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerle sahip olmalıdırlar. Burada üçüncü kişiler, sözleşmeyi kuran tarafların sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla sözleşmeye katılmış sayılmalıdırlar. Mülkiyetin nakli ve şerhin etkisi ile eşyaya bağlı borç ilişkisine girilmiştir. Tek bir borcun nakli veya alacağın temliki söz konusu değildir. Ancak, sözleşmeye katılma konusunda Kanunda bir hüküm bulunmaması nedeniyle, tarafların hak ve borçları bu boşluğun yorum yoluyla hakkaniyete uygun olarak doldurulması (TMK m 1) ile belirlenmelidir. Aynı şekilde müteahhitten bağımsız bölüm alanların da sözleşmeye katıldığı kabul edilmelidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhinin, sözleşmede taraf olma durumunu değiştirmeyeceği ve hiç kimsenin başkasıyla sözleşme ilişkisine girmeye zorlanamayacağı iddia edilebilir. Ancak sözleşme tarafının, tapuda üçüncü kişiye yaptığı devir ile sözleşmeye üçüncü kişilerin de kendi yanında katılmalarına onay verdiği kabul edilmelidir. Aynı şekilde karşı tarafın üçüncü kişiye yaptığı devre karşı çıkmayan ve şerh müessesesi ile alacağını kuvvetlendiren tarafın da, bu sözleşmeye katılmaya zımni muvafakatı vardır. Üçüncü kişiler de şerh edilen sözleşmeden doğan hak ve borçları dikkate alarak hareket etmektedirler. Sözleşme taraflarının üçüncü kişilerin sözleşmeye katılmasına muvafakatı olduğuna dair kabul, onların durumunu da

³⁸¹ SUNGURBEY, Şerh, ss. 118-121

³⁸² Sözleşmenin devrine diğer taraf rıza göstermez ise, sözleşmenin eksik yükleniminin (devrinin) söz konusu olacağı ifade edilmektedir, AYRANCI, ss. 110-112.

³⁸³ Kavramların birbirleri ile ilişkisi için bkz. EREN, C III, ss. 451-453 ; AYRANCI, ss. 74-77 ; AKINTÜRK, ss. 74-76 ; OĞUZMAN/ÖZ, ss. 843-844; EREN, C III, ss. 451-453 ; AYRANCI, ss. 74-77.

ağırlaştırmamaktadır. Çünkü, sözleşmeyi kuranların birbirlerine karşı sorumlulukları devam etmektedir. Tapuda üçüncü kişilere yapılan devir ile bu kişiler, aldıkları payla orantılı olarak ve asıl sözleşenlerle birlikte müteselsil sorumlu hale gelmektedirler. Bir başka anlatımla sözleşmeyi kuranların ağırlaşmadan aynı şekilde sorumlulukları devam etmekle ve bunlar sözleşme ilişkisinden çıkmamakla beraber, sözleşmeye katılanlara karşı da haklarını ileri sürebilmektedirler.

Yukarıda açıklananlar ışığında, tapuya şerh verilen kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin, daha sonra tapuda pay temlik alanlar bakımından iltihaki bir sözleşme haline geldiği kabul edilmelidir. Resmi şekilde yapılan satım da, tapuya şerh verilen sözleşme kapsamındaki haklar kabul edildiğinden, aksi tüm taraflarca kararlaştırılmadıkça, tapuda yapılan satımın, zımnen³⁸⁴ sözleşmeye katılma iradesini de içerdiği kabul edilmelidir.

Bir örnekle konuyu açıklamaya çalışırsak; arsa sahibinin müteahhide kalacak bağımsız bölümleri sözleşme kurulduktan ve tapuya şerh verildikten sonra kendisine devrettiğini ve müteahhidin de bu bağımsız bölümlerin tamamını üçüncü kişilere veya başka bir müteahhide tapuda devrettiğini düşünelim. Tapuda müteahhide kalan bağımsız bölümleri alan kişi veya kişilere müteahhidin halefi olan üçüncü kişi anlamında (ÜM) diyelim. Arsa sahibi de kendisine kalan bağımsız bölümlerin tamamını tapuda üçüncü bir kişiye (ÜA) devretmiş olsun. Sözleşmeyi kuran tarafların hiç biri ortada olmamasına rağmen, üçüncü kişilerin sözleşmeden doğan hakları birbirlerine karşı ileri sürmeleri mümkün olmayacak mıdır? Üçüncü kişiler, asıl sözleşenlerin sözleşmeden doğan haklarına halef olarak ve bu hakları bilerek tapuda malik olduğundan birbirlerine karşı sözleşmesel sorumluluk altına girmiş kabul edilmelidirler. Bu durumda;

-ÜA, sözleşmeden haklı nedenlerle döndüğünde, ÜM üzerindeki kayıt iptal olacaktır. ÜA, menfi zararını, müteselsilen M (Müteahhit) ve ÜM den isteyebilecektir.

-ÜA, aynen ifadan vazgeçip müspet zararını M ve ÜM'den müteselsilen isteyebilecektir. ÜM'nin sözleşmenin tarafı olmadığı gerekçesi ile ondan tazminat istenemeyeceği ileri sürülemezdir.

-ÜA, aynen ifa veya nama ifa ve buna bağlı talepleri ÜM'den isteyebilmelidir.

ÜM, müteahhit ile arasındaki satım sözleşmesine istinaden müteahhide uğradığı zararlar için rücu edebilme imkanına sahiptir.

Aynı şekilde, ÜM'de sözleşmeden doğan haklarını A ve ÜA'ya karşı kullanabilir.

Sonuç olarak, tapuya şerh verilmiş sözleşmenin taraflarının sorumluluğu saklı kalarak, tapudan pay alan halefleri, payları oranında sözleşmeye katılmış sayılmalıdırlar.

Arsa sahibi, sözleşmeden dönerse, müteahhitten tapuda bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler veya halefleri, dönmeden ve şerhin koruyuculuğundan etkilenerek, devraldıkları asıl paylarını geri devir (iade borcunu ifa) durumunda kalabilirler.³⁸⁵

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını istemesi durumunda da müteahhitten tapuda bağımsız bölüm alanlar sorumlu tutulabilirler.

³⁸⁴ AYRANCI, ss. 109-110.

³⁸⁵ Y. 15. HD. 21.11.2007 3141/7366, İBD, 2008/5, s. 2721-2722.

Sonuç olarak şerh işlemi ile, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların, sözleşmeden doğan hakka verebileceği zarar önlenmiş olmaktadır.

Yargıtay, Yeni Medeni Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapma vadinin de tapuya şerh edilmeyeceği düşüncesindeydi.³⁸⁶ Ancak Yeni Medeni Kanunun 1.1.2002 tarihinde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapuya şerhine imkan tanıyan 1009. maddesi ile bu konudaki tartışma konusuz kalmıştır.

Görüldüğü gibi şerh konusunda şekilcilik çok ön plandadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin içinde başka unsurların da yer alması durumunda, örneğin, müteahhidin inşaat yapma borcu yanında, arsa sahibine para vermesi, kirasını ödemesi veya arsa sahibinin malzeme ve bazı işleri yapma borcu altına girmesi ya da müteahhidin yaptığı satış bedellerinden, arsa sahibinin belli bir yüzde alması gibi hallerde, sözleşmeden doğan hakların tapuya şerhine imkan tanınmayabilecektir. Şerh yolunun kapalı tutulduğu veya kabul edilmediği durumlarda, özellikle iyiniyetli üçüncü kişileri korumak bakımından, inşaatla başladığının TMK 897/3. maddesine göre beyanın³⁸⁷ Tüzüğü'nün 64. maddesi uyarınca beyanlar hanesine kaydedilmesi sağlanabilir düşüncesindeyim. Bu maddeye göre, yüklenicinin işe başlama tarihi, yüklenicinin istemi halinde inşaatla ilgili sözleşme ve belediye yer teslim tutanağının verilmesi üzerine, taşınmaz malın kütüğünün beyanlar sütununa tarih ve yevmiye numarası ile birlikte yazılabilmektedir.

Tapu Kanunu 26/5. maddesinde, şerhten itibaren beş yıl içinde noterde vaad edilen taşınmaz satışı yapılmaz ve tapuya tecil edilmezse, şerhin tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından re'sen terkin olunacağı belirtilmektedir. Maddede "şerhten itibaren" denildiğinden 5 yıllık süre, sözleşmenin kurulmasından itibaren değil, şerh işleminden itibaren başlatılmalıdır.

-“4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1009. maddesinde, "arsa payı karşılığı inşaat" sözleşmesinden doğan hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği de kabul edilmiştir. Diğer yandan şerhin tapudan silineceğine ilişkin 5 yıllık süre ise şerhin tapuya kaydından itibaren başlamaktadır (Bkz.Tekinay Eşya Hukuku Cilt 1.1989-sayfa 382). Şerhe imkan veren sözleşme feshedilmediğine göre mahkemece davanın kabulüne karar verilmelidir. Aksine görüşle 5 yıllık sürenin sözleşme tarihinden başlayacağı gerekçe yapılarak davanın reddedilmesi doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur”³⁸⁸

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uzun bir süreye yayıldığından, Kanundaki 5 yıllık süre yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle taraflardan birinin istemi olmaksızın şerhin resen kaldırılmasını öngören Kanun hükmü değiştirilene kadar, şerhin hüküm ve sonuçlarını doğurması sağlanmalıdır. Burada, Tapu Sicili Tüzüğü devreye girmektedir.

TMK m 997 de tapu sicilinin örneği, nasıl tutulacağı ve yardımcı sicillerin tüzükle belirleneceği, Tapu Sicili Tüzüğü'nün 2. maddesinde bu Tüzüğü'nün, mülkiyet ve mülkiyet dışındaki aynî ve şahsi hakların tapu siciline tescil edilme koşullarını, tescil, değişiklik, terkin ve düzeltme işlemlerini kapsadığı, 78. maddesinde de; tapu sicilinde terkinin, hak sahibinin veya yetkili makamın istemine ya da mahkeme kararına dayalı olarak yapılacağı, kayıtların terkininde tescil istemleriyle ilgili hükümlerin aynen uygulanacağı, Kanunda açıkça gösterilen haller ile şerh edilmiş şahsi haklarda belli bir süre söz konusu ise, bu sürenin dolması halinde taşınmaz mal malikinin istemi üzerine de terkin işleminin yapılabileceği

³⁸⁶ Y. 15. HD. 11.12.1997, 4209/5345, www.kazanci.com.tr.

³⁸⁷ Söz konusu beyan, yüklenicinin kanuni ipotek hakkının korunması bakımından öngörülmüşse de, bu beyanın üçüncü kişilerin sözleşmeden haberdar olmadıklarını ileri sürmelerini önleyeceği düşünülmektedir.

³⁸⁸ Y. 15. HD. 13.2.2004, 2003/3769, 719.

belirtilmiştir. Tüzükte resen terkin işlemi öngörülmemiştir. Bu nedenle Tüzük hükümleri dikkate alınarak, taşınmaz maliki başvurmadıkça resen terkin işleminin yapılmaması gerektiği sonucuna varılır.³⁸⁹

Taşınmaz malikinin terkin talebi, TMK m 1019³⁹⁰ gereği ilgililere ve kat karşılığı sözleşmenin diğer tarafı olan müteahhide bildirilecektir. Haklarının etkilenmesi ihtimalinin bulunduğu durumlarda, karşı tarafın şerhin terkinine karşı çıkması, buna itiraz etmesi³⁹¹ ve itirazının reddi halinde dava açması mümkün olmalıdır. Kamu, tarafların ve üçüncü kişilerin yararı bakımından böyle bir kabule zorunluluk vardır. Şerhin herhangi bir şekilde kaldırılması üzerine, taraflardan birinin tekrar şerh talebinde bulunması da mümkün olmalıdır.³⁹² Beş yıllık sürenin şerh tarihinden itibaren başlaması, bu sürenin emredici ve kısıtlayıcı nitelikte olmadığını göstermektedir. Kanun sözleşmenin yapıldığı anda verilen şerhle, 4 yıl sonra yapılan şerh bakımından bir ayırım yaratmamıştır. Bu da sürenin belli tarihlerle sınırlı ve kesin olmadığını göstermektedir. Aksi düşünce ve uygulama şerhden beklenen amaca aykırıdır.

Yargıtay, taşınmaz malikinin 5 yıl geçtikten sonra şerhin kaldırılması için yaptığı başvurunun reddine dair kararın idari bir işlem oluşu ve adli yargıda bu işleme karşı dava açılmayacağı görüşündedir.³⁹³

Yargıtay'ın görüşü eleştiriye açıktır. TMK m 1006 da tapu idarelerinin kuruluş, işleyiş ve hizmetlerinin yürütülmesinin özel kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmektedir. Bu açık Kanun hükmü karşısında, tapu idaresinin terkin ile ilgili kararının adli yargıda tartışılması gerekir. Uyuşmazlık Mahkemesi, taraflardan birinin kamu olduğu davada dahi şerhin kaldırılmasında adli yargının görevli olduğuna TMK m 1027 (EMK m 935) hükmünden hareketle karar vermiştir.³⁹⁴

TMK m 1009/1 hükmü emredici değildir. Madde metninde yer alan “şerh edilebilir” ifadesi bu görüşü teyit etmektedir. Taraflar sözleşmenin tapuya şerh verilmeyeceğini veya sadece birisine bu hakkın tanındığını sözleşme ile kararlaştırmışlarsa, tarafların bu iradesine geçerlilik tanımak gerekir.

Yukarıda anlatılanları özetlersek; kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakların şerhi, ayrıca şerh konusunda anlaşma yapılması veya sözleşmede bu konuda hüküm bulunması şartına bağlanmaksızın taraflardan birinin (arsa sahibi veya müteahhit) tek taraflı irade beyanı ve sözleşmenin tapuya sunulması ile yapılabilmektedir. Şerh işlemi aşağıdaki sonuçları doğurmaktadır.

³⁸⁹ Y. 14. HD. 9.3.2006 1476/2652.

³⁹⁰ TMK m 1019-“ Tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür.

İlgililerin bu işlemlere karşı itiraz süresi, kendilerine yapılan tebliğ tarihinden işlemeye başlar.

³⁹¹ Tapu Sicili Tüzüğü m 23.

³⁹² ÖZENLİ, s. 49 ; Sayın Yazar, Sözleşmenin ancak ve ancak bir kez tapuya şerh edilebileceği ve şerhin en fazla 5 yıl süre ile hüküm doğuracağı düşüncesindedir.

³⁹³ Y. 14. HD. 2.3.2006 E: 541, SURLU, s. 145

³⁹⁴ “Olayda, Özelleştirme İdaresinin tapu sicilindeki şerhin kaldırılması için muvafakat vermemesi üzerine, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile taşınmazı satın alan Yapı Kooperatifince sözkonusu şerhin terkinini istemiyle dava açıldığına göre, Medeni Kanun'un 935. maddesinde yer alan "Alakadarlar tahriren muvafakatlerini beyan etmedikleri halde mahkeme kararı olmadıkça tapu sicil memuru, hiçbir tashih icra edemez." hükmü karşısında, davacının mülkiyete ilişkin bir hakka dayanmak suretiyle, ileride taşınmazın kendi adına tescilini sağlamaya yönelik olarak açtığı tapudaki şerhin terkinine ilişkin bu davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.”, Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.6.2000, 1999/47, 11, www.kazanci.com.tr.

a)Arsa sahibinin müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin tapusunu üçüncü kişiye devretmesi durumunda, bu kişi TMK m 1023'ün koruyucu hükmünden yararlanamaz. Söz konusu devir şerh nedeniyle müteahhidi bağlamaz. Müteahhit sözleşmedeki şartlara bağlı olarak, bu taşınmazları üçüncü kişiden geri alabilir.

b)Arsa sahibinin üzerindeki sözleşme konusu taşınmazın tamamını üçüncü kişiye devretmesi durumunda, müteahhit, kendisine kalacak taşınmaz veya arsa payını üçüncü kişiden talep edebilmekte ve üçüncü kişi de taşınmazı sözleşmeye uygun şekilde tapuda devir borcu altına girmektedir.

c)Sözleşmenin ifası sürecinde, müteahhidin haklarını olumsuz yönde etkileyecek nitelikte taşınmaz üzerinde arsa sahibi hakkında tesis edilen, sınırlı ayni hak, haciz, rehin, tedbir gibi sınırlamalardan veya başka müteahhitlerle yapılacak sözleşmelerden etkilenilmemektedir.

d)Müteahhitten tapuda bağımsız bölüm alanların veya ayni hak kazananların ve bunların haleflerinin, TMK m 1023 hükmünün korumasından yararlanmaları engellenmekte, bunların sözleşmenin ifası veya bozulmasından sorumluluğu doğmaktadır. Örneğin, müteahhidin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönmede, bu kişilerin taşınmazdaki haklarını arsa sahibine iade etmeleri söz konusu olmaktadır. Sözleşmenin aynen ifasında da, sözleşmeye katılma iradesinin varlığı kabul edilerek, arsa sahibi üçüncü kişileri sorumlu tutabilmektedir.

e)Şerh ile kişisel hakkın, ayni hakka dönüşmesi söz konusu değildir. Sadece borç ilişkisinden doğan haklar, ayni nitelik kazanmakta ve taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olanların, sözleşmeden doğan haklarının ortadan kaldırması engellenmektedir. Daha açık bir anlatımla, şerh edilmiş şahsi hak, herkese karşı değil de, sadece sonraki malikler ve diğer hak sahiplerine karşı ileri sürülebilmektedir.³⁹⁵

Bilindiği üzere ayni hak, bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir haktır.³⁹⁶ Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakların doğrudan doğruya herkese karşı kullanılması mümkün değildir. Ancak karşı taraftan edimini yerine getirmesi talep edilebilir. Bu edimi yerine getirme yükümlülüğü ise sadece borçluya aittir. Sözleşmenin şerhi ile bu borçlu, herkes değil de, taşınmazda hak sahibi olanlardır.

Örneğin, kendisine kalan bağımsız bölümleri üzerine almadığı için henüz ayni hak kazanmamış müteahhit, tapuya şerh edilmiş kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklarını, sadece taşınmazla ilgisi olanlara karşı ileri sürebilir. Taşınmazda ayni hak (mülkiyet) sahibi durumunda olan arsa maliki ise, taşınmazı dilediğine satabilir, taşınmaz üzerinde rehin, irtifak hakları vs. kurabilir, daha doğrusu taşınmazda doğrudan tasarruf edebilirken, şahsi hak sahibi müteahhidin böyle bir imkanı yoktur. Müteahhit sadece şerh yoluyla bu hak sahiplerinin, sözleşmeden doğan kendi haklarını ortadan kaldırmayı önleme ve arsa sahibinden karşı edimini yerine getirmesini talep etme yetkisine sahiptir. Doğrudan taşınmaz üzerinde tasarruf etmesi mümkün değildir. Şerhin belli bir süre (Tapu K. m 26/6) ile hüküm ve sonuç doğuracağına öngörülmesi de, şerh ile ayni hakkın doğmadığının göstergesidir

³⁹⁵ ÜNAL, Mehmet / BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2007, s. 324.

³⁹⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s.3, 16 vd. ; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Ankara, 2002, ss. 10-11

Sözleşmeden doğan hakların tapu siciline şerhi ile taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olan herkes borç altına girmektedir. Bu nedenle doktrinde eşyaya bağlı borç kavramı gelişmiştir.³⁹⁷ Eşyaya bağlı borç, sözleşmenin sadece taraflarını borç altına sokan nispi ilkesine istisna teşkil etmektedir. Bir kişinin borç altına girmesi için, bu yönde bir irade beyanında bulunması gerekirken, sadece taşınmaza üzerinde bir aynı hakka sahip olması onu borçlu kılmaktadır. Hak sahipliği değiştiğinde, o borcun borçlusu da değişmektedir. Burada borçluyu taşınmaz belirlemektedir. Örneğin üzerinde şufa, vefa, iştirak, kira, satım vaadi gibi şahsi haklar tapuya şerh verilmekle, taşınmazda bundan sonra malik olan herkese karşı ileri sürülebilmektedirler. Eşyaya bağlı borçlar da aynı haklar gibi sınırlı sayı ilkesine tabidir (TMK m 1009)³⁹⁸. Ancak aynı haklar gibi herkese karşı değil de, sadece taşınmazın sonraki maliklerine karşı ileri sürülebilmektedirler. Eşyaya bağlı borç görüşünde; geniş anlamdaki borç ilişkisinde, her hak sahibi kendi döneminde doğan münferit borçlardan sorumlu tutulmaktadır³⁹⁹. Eşyaya bağlı borç bölünemez nitelikte ise, ifa anında müşterek maliklerden her biri borcun tamamından müteselsilen sorumlu olacaklardır (BK m 69/2)⁴⁰⁰. Eşyaya bağlı borç teorisinin içinin Kanunla doldurulması zorunluluğu vardır. O nedenle TMK m 1009 hükmünden hareketle sorunun çözülmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyim.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapuya şerh verildikten sonra, arsa sahibinin taşınmazı tapuda üçüncü kişiye devretmesi ile sözleşme gereği tapuda pay geçirim borcu, bu kişiye geçecektir. Önceki arsa sahibinin pay geçirim borcunun, taşınmaza malik olmaması nedeniyle devam etmesi hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla sonraki malik, bu sıfatı nedeniyle pay geçirim borcu altına girmektedir. Ancak konunun çözümü bu kadar basit olmayıp, aşağıdaki soruları da çözecek ilkelerin belirlenmesi gerekmektedir.

1-Tapuya şerh verilen sözleşmede, arsa sahibinin malik olma sıfatıyla ilgili olmayan bir konuda borcu bulunduğu, bu borçtan sonraki malik sorumlu tutulacak mıdır? Örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin aynı zamanda mermer işleri yapan bir kişi olması ve binanın mermerlerini de yapmayı üstlenmesi ve paylaşımında bu durumun dikkate alınması halinde, tapuda malik olan kişi mermer işini de üzerine almış olacak mıdır veya arsa sahibi arsa payı yanında bir miktar da para ya da malzeme verme borcu altına girmişse, bu borçtan sonraki malik de sorumlu tutulacak mıdır ?

2-Arsa sahibinin kat irtifakı henüz kurulmadan taşınmazdaki hissesini üçüncü bir kişiye satması durumunda, arsa payını devir borcu nasıl belirlenecektir ? Arsa sahibi ile ondan tapuda pay alan üçüncü kişilerin hukuki durumu ve sorumluluğu ne olacaktır ?

3-Arsa sahibinin kat irtifakı kurulduktan sonra kendisine kalan bazı bağımsız bölümleri tapuda üçüncü kişilere satması ile bu kişiler de arsa sahibi ile birlikte sözleşmeye taraf hale gelirler mi ? Gelirlerse, sorumluluklarının kapsamı nedir ?

4-Başlangıçta kat irtifakı kurulup, bazı bağımsız bölümlerin müteahhide tapuda devredilmesinden sonra, müteahhitten tapuda bağımsız bölüm satın alanların arsa sahibine karşı sorumluluğunun kapsamı ne olmalıdır ? Müteahhidin kendisine kalan tüm bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satması durumunda sorumluluğun dağılımı nasıldır ?

³⁹⁷ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, ss. 17-19 ; GÜRİSOY / EREN / CANSEL, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978, ss. 297-299 ; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 384 vd. ; ERTAŞ, ss. 12-13 ; ESENER / GÜVEN, ss. 8-9 ; EREL, s. 4 vd.

³⁹⁸ EREL, s. 9

³⁹⁹ GÜRİSOY / EREN / CANSEL, s.298 ; EREL, s.7, 158.

⁴⁰⁰ EREL, s. 65, 92

Yukarıdaki ve benzer tüm soruların yanıtında TMK m 1009/2 hükmü ve “sözleşmeye katılma” kurumu dikkate alınmalıdır. **Buna göre; tapuya şerh edilen kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar, sonradan taşınmaz üzerinde kazanılan haklara karşı ileri sürülebilir.** Burada en önemli husus, eşya üzerinde sonradan aynı hakka sahip olan kişinin, sözleşmeden doğan hakka yapılan tecavüz nispetinde borç altına girmesidir. Yoksa her durumda borç ilişkisinin tamamını üzerine alması söz konusu olmamalıdır. Onun sorumluluğu, taşınmaz üzerinde kazandığı aynı hakkın, borç ilişkisindeki yeri kadardır. Ancak bölünemeyen bir ifa yükü altına girmiş ise, diğer hak sahipleri ile birlikte, borcun ifasından alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Şerh verilen sözleşmenin tarafları dışındaki, önceki aynı hak sahibi veya malik, sonraki aynı hak sahibi veya malikin, taşınmazla ilgili olması kaydıyla, borç ilişkisindeki kapladığı yer kadar sorumluluktan kurtulur. Şerh konusu sözleşmenin taraflarının sorumluluğu saklıdır. Özellikle taşınmaz üzerindeki aynı hakla ilgili olmayan sözleşmeye dayalı borçlar bakımından, sözleşmeyi kuranların sorumluluğu devam eder.

Somut bir örnekle yukarıdaki soruların cevaplarını bulmaya ve olası problemleri çözmeye çalışalım. Taraflar arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre, müteahhit tarafından inşaa edilecek binada arsa payları eşit (1/10) olan 10 adet daireden 4 tanesi arsa sahibine, 6 tanesi müteahhide kalacaktır. Sözleşme tapuya şerh verilmiştir. Arsa 1000 m2 dir.

1-Sözleşmede arsa sahibinin aynı zamanda mermer işleri yapan bir kişi olması ve binanın mermerlerini de yapmayı üstlenmesi ve paylaşımında bu durumun dikkate alınması halinde, tapuda sonradan malik olan kişi de mermer işini de üzerine almış olmalıdır.⁴⁰¹ Çünkü müteahhit sözleşme ile mermer işinin arsa sahibi tarafından yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Karşılığında bu nedenle arsa sahibine daha fazla bağımsız bölüm verecektir. Dolayısıyla, sözleşme ile daha fazla bağımsız bölüm almaya hak kazanan yeni malik, bu edimi yerine getirmek zorundadır. Aynı şekilde arsa sahibi arsa payı yanında, bir miktar da para ya da malzeme verme borcu altına girmişse, bu borçtan sonraki malik de sorumlu tutulacaktır.

Arsa sahibinin tapunun bir kısmını, örneğin yarısını üçüncü kişiye tapuda devretmesi durumunda, mermer yapma işi bölünemeyen bir borç olduğundan, taraflar bundan da müteselsilen sorumlu olacaklardır (BK m 69/2). Arsa sahibi arsa payı yanında, bir miktar da para veya malzeme verme borcu altına girmişse, bu borçtan sonraki malik de onunla birlikte müteselsilen sorumlu tutulacaktır. Ancak para borcu bakımından bölünebilirlik söz konusu olduğundan arsa sahibi borcun tamamından, ondan %50 pay devralan kişi ise %50 oranında sorumlu tutulmalı, malzeme borcu bakımından ise, malzemenin bölünebilirlik niteliği dikkate alınmalıdır⁴⁰² denilebilirse de, müteahhidin kısmi ifayı kabule zorunlu bulunmadığı hususu (BK m 68) dikkate alınmalıdır.

Bir başka ve usul ekonomisine uygun çözüm yolu, arsa sahibinin tapuda pay geçirim borcu dışındaki diğer borçlarının, arsa payına karşılık gelen tutarının müteahhide ayrıca verilmesidir. Örneğin mermer işinin bedeli, 1/20 paya denk geliyorsa, müteahhide arsadan 6/10 pay yerine $6/10 + 1/20 = 13/20$ pay verilmelidir. Bu da 6 daire ve bir dairenin $1/2$

⁴⁰¹ Bu durumda, saf bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi yerine, kat karşılığı inşaat ve istisna sözleşmesi olduğu, dolayısıyla bunun şerh edilemeyeceği veya şerhin kapsamına istisna sözleşmesinin girmeyeceği ileri sürülebilir. Ancak satış vadinin esaslı unsur olarak yer aldığı her tür sözleşmenin tapuya şerh verilebileceği düşüncesinde olduğumdan, bu görüş dikkate alınmamıştır.

⁴⁰² Örneğin kalorifer kazanını sağlama borcunda müteselsil sorumluluk söz konusu iken, radyatör petekleri bakımından tapudaki sahiplik oranının dikkate alınması gibi.

hissesine tekabül eder. Böylelikle üçüncü kişinin ek borçları ifa yükümlülüğünden kurtulması söz konusu olur.

Sözleşme tapuya şerh verilmediği takdirde, iyiniyetli üçüncü kişilerin bir sorumluluğunun doğmayacağı tabiidir.

2-Arsa sahibinin kat irtifakı kurulmadığı bir dönemde taşınmazdan hissesini (bir kısım payını) üçüncü bir kişiye satması durumunda, arsa payını devir borcu nasıl belirlenecektir ?

Arsa sahibinin bakiye hissesinin müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin arsa payını karşılayıp karşılamadığına bakılmaksızın değerlendirme yapılması mümkündür. Çünkü taşınmazda hisse sahibi olan kişi, şerh nedeniyle müteahhit ile yapılan sözleşmeyi dikkate alarak hisseye sahip olmaktadır. Ancak, çekişmenin boyutunun daha da artmaması için, arsa sahibinin bakiye hissesinin, müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin arsa payını karşılaması durumunda, öncelikle arsa sahibinin hissesinden müteahhide aktarım yapılması gerekir.⁴⁰³

Örnek olayda, arsa sahibi taşınmazda 2/10 hissesini üçüncü kişiye satarsa⁴⁰⁴, müteahhit kendisine kalacak 6/10 payın; $(6/10) \times (2/10) = 3/25$ payını üçüncü kişiden, $(6/10) \times (8/10) = 12/25$ payını da arsa sahibinden alabileceği gibi, doğrudan hepsini arsa sahibinden de alabilir.

Ancak, arsa sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile yapılacak bağımsız bölümlerin paylaşımı konusunda özel anlaşmanın bulunması durumunda, bu anlaşma kat karşılığı sözleşmenin ifasında dikkate alınacaktır. Örnekte, arsa sahibinin üçüncü kişiyle yaptığı satım sözleşmesinde 2/10 hisseye karşılık, müteahhidin yapacağı dairelerden ikisini vermeyi taahhüt etmesi durumunda, bu anlaşmaya geçerlilik tanınacak ve müteahhit, 6 dairenin arsa payının tamamını arsa sahibinden alacaktır.

Arsa sahibinin taşınmazın tamamını üçüncü kişilere satması durumunda, bunlar payları oranında hak sahibi olmalı ve sorumlu tutulmalıdırlar. Arsa sahibinin borcun tamamından dolayı müteselsil sorumluluğunun olduğu unutulmamalıdır.

3-Arsa sahibinin kat irtifakı kurulduktan sonra kendisine kalan bağımsız bölümleri tapuda üçüncü kişilere satması durumunda, üçüncü kişiler, arsa payları oranında arsa sahibinin halefi olarak sözleşmeye katılmış olacaklarından, bu oranda müteahhitten sözleşmenin ifasını isteyebilirler. Müteahhit de, edimini ifa ettiğinde, arsa sahibinden kendisine kalan bağımsız bölümlerin tapularını isteyecektir.

Arsa sahibinin müteahhide kalan bağımsız bölümleri de tapuda üçüncü kişilere satması durumunda, sözleşmenin tapuya şerhi nedeniyle, müteahhidin edimlerini yerine getirmesi şartıyla bu kişiler üzerindeki kaydın iptali ile müteahhit adına tescili söz konusu olacaktır.

Yukarıdaki hallerin tümünde, sözleşmenin ileriye veya geriye etkili sona ermesi veya aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini gibi bölünemeyen taleplerin söz konusu olduğu

⁴⁰³ UYGUR, İnşaat Sözleşmeleri, s.99-100, Şöyle ki; arsa sahibinin bakiye hissesinin müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin arsa payını karşılaması durumunda, üçüncü kişinin sonradan kazandığı hakkın, şerh edilen sözleşmeden doğan hakka zarar vermesi söz konusu olmadığından, sadece arsa sahibinin payı üzerinden satım vaadi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Örnek olayda, arsa sahibi taşınmazda 2/10 hissesini (200 m2) üçüncü kişiye satarsa, müteahhit sadece arsa sahibinden kendisine kalacak 6/10 (600 m2) payı isteyebilmelidir.

⁴⁰⁴ Arsa sahibinin taşınmazının hisselerine ayrabilmesi, imar durumu bakımından mümkün olabileceği gibi, arsa sahibinin birden fazla olması veya ölümü sonucu mirasçılarının paylarının bulunması ya da imar uygulaması sonucu vs. mümkün olabilir (İmar Kanunu m 18/son).

durumlarda, tapudaki tüm malikler muhatap konumunda olacaktır. Malikler arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Maliklerin sorumluluk ve hakları ise arsa sahibi ile birlikte müteselsil, ancak hisseleri ile sınırlıdır. Örneğin, sözleşmeden dönme üzerine, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hesaplanacak ve müteahhide ödenecek yarım kalan binanın bedelinden, arsa sahibinden pay alan tapudaki malikler, hisseleri oranında, arsa sahibi ise tamamen sorumlu tutulacaktır. Bunların müteahhitten olan karşı alacakları (örneğin menfi zararları) hisseleri nispetinde olacaktır.

Burada üçüncü kişiler bizce sahip oldukları hisse oranında sözleşmeye katılmış sayılmaktadırlar. Mülkiyetin nakli ve şerhin etkisi ile eşyaya bağlı borç ilişkisine girilmiştir. Tek bir borcun nakli veya alacağın temliki söz konusu değildir. Ancak, sözleşmeye katılma konusunda Kanunda bir hüküm bulunmaması nedeniyle, tarafların hak ve borçları bu boşluğun yorum yoluyla hakkaniyete uygun olarak doldurulması (TMK m 1) ile belirlenmelidir. Aynı şekilde müteahhitten bağımsız bölüm alanların da sözleşmeye katıldığı kabul edilmelidir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şerhi, sözleşmede taraf olma durumunu değiştirmez denilebilirse de, satım sözleşmesi ile sözleşmeye taraf olma iradesi ortaya konmuş olmaktadır. Resmi şekilde yapılan satımda, tapuya şerh verilen sözleşme kapsamındaki haklar kabul edildiğinden, satımın sözleşmeye katılmayı kapsadığı dikkate alınmalıdır.

4-Başlangıçta kat irtifakı kurulup, bazı bağımsız bölümlerin müteahhide tapuda devredilmesinden sonra, müteahhitten tapuda bağımsız bölüm satın alanların arsa sahibine karşı sorumluluğunun kapsamı ne olacaktır ? Örnekte müteahhide kalan 6 bağımsız bölümün başlangıçta tapuda devredilmesinden sonra, müteahhit, bunların tamamını üçüncü kişilere satmış ve inşaat %50 seviyesindeyken ortadan kaybolmuştur.

Sözleşme tapuya şerh verilmeseydi, üçüncü kişilerin sorumluluğu da söz konusu olmayacaktı.

Sözleşmeden doğan haklardan biri de inşaatın teslimidir. Sonradan taşınmazda hak sahibi olanlardan arsa sahibinin ifayı istemesi mümkün olmalıdır (TMK m 1009/2). Çünkü bunlar da, şerh verilen sözleşmeye katılmışlardır. Ortada bölünemeyen bir borç (binanın teslimi) bulunduğundan, bunların arsa sahibine karşı sorumluluğu müteahhitte birlikte müteselsildir (BK m 69/2). İç ilişkide bunlar arsa paylarını dikkate alarak hesaplaşacaklardır.

Arsa sahibi sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda, BK m 106 daki seçimlik haklarını bu kişilere karşı kullanabilecektir. Müteahhit ise bu kişilere karşı taşınmaz satımı ile ilgili hükümlere, arsa sahibine karşı da kat karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden sorumlu olacaktır.

Müteahhidin üzerindeki bağımsız bölümlerin tamamını üçüncü kişilere satması, arsa sahibine ve bu kişilere karşı kendisini sorumluluktan kurtarmaz. Müteahhidin, hem kat karşılığı inşaat sözleşmesinden arsa sahibine ve hem de üçüncü kişilerle yapılan satım sözleşmesi gereği bu kişilere karşı inşaatı yapma borcu vardır. Bu durumda üçüncü kişilerin, müteahhide karşı inşaat yapım alacaklısı, arsa sahibine karşı da inşaat yapım borçlusu olmasının çelişki yarattığı ileri sürülebilir. Ancak inşaat yapım borcunun ifası müteahhidin işi yapmaması ve işten elçekmesi ile üçüncü kişiler bakımından doğacaktır. Yoksa müteahhit işe devam ederken, üçüncü kişilerin de inşaat faaliyetine katılması söz konusu değildir.

Arsa sahibi, sözleşme nedeniyle müteahhidi ve sözleşmenin tapuya şerh verilmesi nedeniyle de işten el çekmiş müteahhitten bağımsız bölüm satın alanları müteselsilen sorumlu tutabilir. Çünkü müteahhitten bağımsız bölüm satın alan kişi, bu bağımsız bölümün, kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılacak ifa karşılığında müteahhide kaldığını bilmektedir.

Birlikte ifade eksik arsa payı verilmesi ya da fesih durumunda öncelikle müteahhidin üzerinde kalan bağımsız bölümlerden bu arsa payı kesilecektir. Müteahhit üzerinde bağımsız bölüm bulunmaması halinde, üçüncü kişilerin her birinden sahip oldukları bağımsız bölümlerin arsa payı oranında eksik hisse verilmesi, uyuşmazlığın boyutunu ve karmaşıklığını arttıracığından, müteahhitten en son bağımsız bölüm satın alandan başlamak üzere geriye doğru eksik arsa payının karşılanması gerekir. Bu kişiler iktisap tarihleri dikkate alınarak hak sahibi olmalı ve sorumlu tutulmalıdırlar. Kıyas yolu ile aynı hakların sıralarını tescile göre alacaklarına dair TMK m 1022 hükmü ve TMK m 1009/2 hükmü birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca varılmaktadır. Şöyle ki; müteahhitten tapuda pay devralan kişi, kat karşılığı sözleşme gereği müteahhidin hak ve borçlarına arsa payı oranında halef olmaktadır. Şerh verilen sözleşmeye dayanarak, müteahhitten pay alan kişinin sözleşmeden doğan hakları, sonradan kazanılan başka haklara karşı ileri sürülebilir. O nedenle önceki pay devirleri, sonrakilere üstün tutulmalıdır.

Yukarıdaki örneğe göre; müteahhit, birer ay ara ile kendisine kalan 6 bağımsız bölümü tapuda devretmiştir. Fesihte bir dairenin müteahhide eksik verilmesi söz konusu ise, bu daire, en son satın alan kişinin ki olacaktır. Bu kişi de, uğradığı zararın tamamını müteahhitten, arsa payları oranında da diğer beş kişiden iç ilişkide talep edebilecektir.

492 sayılı Harçlar Kanunu'na bağlı (4) sayılı tarifenin I/12. maddesine göre; satış vaadi sözleşmeleriyle, irtifak hakkı tesisi vaadi sözleşmelerinin tapu siciline şerhinde, sözleşmede yazılı bedel ile kayıtlı değer (emlak vergisi değerinin)⁴⁰⁵ yüksek olanından, bedelsiz olanlarından kayıtlı değerden, binde 5,4 oranında harç alınmaktadır.

⁴⁰⁵ 492 sayılı Harçlar Kanunu m 63/1-“ Bu Kanunda sözü edilen "kayıtlı değer" veya "emlak vergisi değeri" deyimi; 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 29 uncu maddesine göre belirlenen vergi değerini ifade eder.”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1.TARAFLARIN TEMERRÜDÜ VE KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ VE SONUÇLARI

1.1 MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ VE BUNUN SONUÇLARI

Yukarıdaki bölümlerde, arsa sahibi ve müteahhidin borçları ve bu borçlarını ifa etmemeleri nedeniyle temerrüde düşmeleri konusu incelenmiştir. Bu bölümde ise; müteahhidin temerrüdü üzerine seçimlik hakların kullanılmasının sonuçları üzerinde ağırlıklı olarak durulacaktır.

Uygulamada; sözleşmelerde inşaatın bitim tarihi genelde kesin vade niteliğinde kararlaştırıldığından, bu tarihin gelmesiyle, arsa sahibi seçimlik hakkını bildiren (Örneğin; sözleşmeden dönme ve cezai şart talebi veya aynen ifa ve kira mahrumiyeti talebi gibi) bir ihtarla veya dava ile müteahhitten talepte bulunmakta, müteahhit de, arsa sahibi, belediye veya idari makamlardan kaynaklanan bir takım engelleyici nedenler, mucbir sebepler (deprem, savaş gibi) veya arsa sahibinin talepleri nedeniyle fazladan yapılan imalatlar⁴⁰⁶ vs. gerekçelerle kesin vadenin uzadığını belirtmektedir. Müteahhidin kusurundan kaynaklanmayan inşaatın uzama süresinin de dikkate alınması gerekir. Uygulamada bu uzama süresi “Ek süre” olarak adlandırılmaktadır⁴⁰⁷. Bu durumda, temerrüt tarihinin ne olduğu açılan dava ya da karşı davalar içinde tarafların iddialarına göre belirlenmektedir.

Borçlar Kanununun 101. maddesinde, muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtar ile temerrüde düşeceği belirtilmektedir. Buna göre, temerrüt için “borcun muaccel olması” ve “ihtar” şartı yanında, borcun ifasının mümkün olması ve alacaklının ifayı kabule hazır olması gerekmektedir.⁴⁰⁸

Borçlu bir vadeden istifade ediyorsa veya borcun gerçekleşmesi bir erteleyici şarta bağlı ve bu şart gerçekleşmemişse yada borç eksik borçsa, borcun muaccel olma durumu yoktur.⁴⁰⁹

Ya da, borç muaccel olmasına rağmen, borçlu alacaklıya karşı bir defi imkanına sahip ve bu hakkını usul hukukunun tanıdığı imkanlar dahilinde kullanmış olmak şartıyla, temerrüdün oluşmasına engel olur.⁴¹⁰ Zamanaşımı (BK m 60) veya ödemelik defi (BK m 81) gibi. Ancak defi hakkına sahip olmak temerrüdü engellemez. Bu hakkın kullanılması da gerekir. Kullanıldığında ise, hükümlerini, kullanıldığı tarihte değil de, defi hakkının doğduğu andan itibaren doğururlar. Bir başka anlatımla temerrüdün oluştuğu tarihte, defi hakkına

⁴⁰⁶ ERMAN, s. 186 ; Aksi görüşte AYAN, s. 124, Sayın Yazar, bu durumda arsa sahibinin onamı olmaksızın yapılan işler bakımından yüklenicinin tek taraflı iradesiyle inşaat süresini uzatmasının mümkün olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Kanımca, arsa sahibinin mufavakatı olmasa dahi, yapılan işten fayda sağlaması durumunda, bu işin inşaat süresine etkisinin dikkate alınması gerekir.

⁴⁰⁷ KOSTAKOĞLU, s.370.

⁴⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 296.

⁴⁰⁹ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 470

⁴¹⁰ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 471

sahip olunması durumunda, defî daha sonra ileri sürülse bile, temerrüt başlangıçtan itibaren ortadan kalkar.⁴¹¹

İhtarın tanımı kanunda yoktur. İfanın gerçekleştirilmesi için, alacaklı tarafından borçluya yöneltilen irade beyanına ihtar denir.⁴¹²

Alacaklının borçla ilgili herhangi bir beyanı ihtar niteliği taşımaz. Alacaklının ancak borcun ifasını isteyen beyanı ihtar niteliğini taşır.⁴¹³ Bu nedenle, borcun ifası için dava açmak veya borcun ifası için icra takibi yapmak ihtar niteliği taşır.

Sözleşmede vadenin belirli bir gün olarak kararlaştırılmış olması (BK m 101/2); taraflardan birine ifa gününü bir ihbarla tayin hakkı tanınmışsa, ihbarın usulüne uygun yapılması (BK m 101/2); dürüstlük kuralına göre ihtar yapılmasına gerek bulunmaması; kanunda ihtar şartı aranmadan temerrüdün gerçekleşeceği belirtilmesi (Ör.TTK m 407/1, m 141, BK m 392/2) durumlarında ihtarla ihtar arasında fark yoktur.⁴¹⁴

Yukarıda belirtilen haller dışında, sözleşme kaynaklı alacaklarda borçlunun temerrüdü için ihtar şartı vardır.

Temerrüde düşmede kusur aranmaz. Ancak bu bölümdeki inceleme konumuz ağırlıklı olarak kusuru ile zamanında inşaatı bitiremeyen müteahhit hakkındaki arsa sahibinin seçimlik haklarıdır. Bu seçimlik haklar; aynen ifa, aynen ifadan vazgeçerek müspet zarar ve sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi istemidir.

Sözleşmeden dönme ile birlikte menfi zarar ve eğer sözleşmede, dönme halinde ödeneceği kararlaştırılmak şartıyla cezai şart istenebilir.⁴¹⁵

Sözleşmenin feshi ile birlikte her türlü zarar ve ziyan talep edilebilir. Bu durumda borç ilişkisi ileriye etkili olarak ortadan kaldırıldığından, fesih beyanından önceki bir tarihteki borç ihlali nedeniyle kararlaştırılancezai şart talep edilebilir. Bir başka anlatımla, fesih beyanından evvel doğmuş borca aykırılık durumu için kararlaştırılan cezai şart istenebilecektir.⁴¹⁶

Temerrüt tarihinin saptanması müspet zararın tazmini ve sözleşmeden dönülmesine yönelik hakların kullanılması bakımından önemlidir. Çünkü bu haklar, temerrüt tarihinden sonra derhal kullanılmalıdır (BK m 106/2).

Bu hakların temerrüt tarihinden sonra derhal kullanılmaması arsa sahibinin aynen ifaya dair hukuki sonuçları talep ettiği anlamına gelir.⁴¹⁷

⁴¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 297

⁴¹² TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, s. 913

⁴¹³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 298

⁴¹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 918 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 300 vd. ; EREN, C III, s. 272

⁴¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 903; ÖZ, Dönme, s. 296.

⁴¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 903

⁴¹⁷ “Taraflar arasındaki sözleşmede teslim tarihi olarak 1992 yılı Haziran ayı sonu kararlaştırılmıştır. Bu tarihte teslim olmayınca, 23.11.1992 tarihinde davacılar, davalı yükleniciye çektikleri ihtarname ile 30 günlük süre vererek sözleşmenin yerine getirilmesini istemişlerdir. Davalı 23.11.1992 tarihli ihtarnamenin tebliği ve 30 günlük sürenin dolmasıyla temerrüde düşmüştür. BK m 106/2 gereğince aktin feshinin derhal bildirilmesi gerekir. Dava ise 10.03.1994 tarihinde açılmıştır. Dava tarihine kadar uzun süre bekledikten ve yeniden süre verilmeden aktin feshini istemek yasaya aykırıdır ve hukuki sonuç doğurmaz.”, Y. 15. HD. 14.11.1995, 4919/6486, UYGUR, C II, s. 303.

Temerrüt tarihinin, istenecek gecikme tazminatı, cezai şart, ayıplı ve noksan işler, zarar ziyan ve sair talepler için işleyecek faizin başlangıcının belirlenmesi açısından da önemi vardır.

İki tarafa borç yükleyen kat karşılığı inşaat yapımı sözleşmesinde müteahhit temerrüde düştükten veya düşürüldükten sonra kullanılabilir seçimler sırasıyla inceleyelim.

1.1.1 Aynen İfa Talebi

Aynen ifa, nama ifa ve eksik işler bedelinin tahsili veya nama ifa yapmadan sadece eksik işler bedelinin tahsili talebi ya da aynen ifanın beklenmesi (pasif aynen ifa talebi) şeklinde sağlanmaktadır.

Yukarıdaki üç seçenektен biri ile beraber aşağıdaki haklar da şartları varsa talep edilebilir. Bunlar; “Gecikme Tazminatının (Özellikle Kira Kaybı)” + “İfaya Ekli Cezai Şartın” tahsili talebidir.

Bu arada ilk iki durumda daha önce yapılan ayıplı işler nedeniyle doğan zararın, pasif aynen ifada da **teslimden sonra**, şartları varsa hem ayıplı hem de eksik işler bedelinin talep edilebileceği unutulmamalıdır. Aynen ifada eksikliklerin giderilmesi kapsamında, daha önce müteahhit tarafından yapılan ayıplı işlerin düzeltilmesi giderleri de vardır. Müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu, inşaatın teslimi ile doğduğundan, kavram karışıklığına neden olmamak için, ayıplı iş bedeli, aşağıda, ayrı bir kalem olarak belirtilmeyecektir.

Daha önce değinilen “birlikte ifa kuralı”nın nama ifa yapmadan, eksik işler bedelinin tahsilinin özel bir görünümü olduğuna dikkat edilmelidir.

Arsa sahibi, bu aynen ifa şekillerinden birini seçtikten sonra, seçiminin menfaatine uygun olmadığını düşünürse, seçim şeklini değiştirebilir. Örneğin nama ifaya karar veren arsa sahibi, bundan vazgeçerek, eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsilini isteyebilir.⁴¹⁸

Borçlar kanununda aynen ifa ile ilgili düzenlemeler şöyledir;

a-BK m 106/2'de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde VERME borcu bakımından,

b-BK m 97/1 de YAPMA borçları bakımından aynen ifa,

c-BK m 97/2 ve 97/son da YAPMAMA borçları bakımından,

d-BK m 358/son da AYIP ve sözleşmeye diğer aykırılıkların teslim gününden önce çıkması bakımından aynen ifa düzenlenmiştir,

Aynen ifada sözleşme sonlandırılmamakta, ayakta tutulmaktadır. Aynen ifada borcun ifası emredici yasal düzenlemelere aykırı ve imkansız olmamalıdır (BK m 19 – 20).⁴¹⁹

⁴¹⁸ Y. 15. HD. 11.2.2008, 2006/5891, 755, www.kazanci.com.tr.

⁴¹⁹ “3194 sayılı İmar Yasası Hükümleri emredici niteliktedir, herkesi bağlar ve mahkemelerce de kendiliğinden göz önünde tutulur. Taraflar başlangıçtaki sözleşme ile binanın Kamu düzenine ilişkin hükümlere aykırı olarak kaçak yapılacağını kabul ettiklerinden, yapımı imar suçu teşkil eden bu yerde kal dışında, gecikme tazminatı

Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde aynen ifa şu şekillerde olmaktadır;

1.1.1.1 Nama İfa Ve Eksik İşler Bedelinin Tahsili Talebi İle Aynen İfa

Nama ifanın hukuki niteliği konusunda üç görüş vardır. Bunlar; 1-Cebri İcra, 2-Aynen İfa ve 3-Tazminat görüşüdür.⁴²⁰ Kanımca, nama ifa, müteahhit açısından tazminat niteliğinde olmasına rağmen, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından, aynen ifa niteliğindedir⁴²¹. Kaldı ki, edimini ifa etmemiş arsa sahibi, müteahhit namına inşaatı tamamladıktan ve masrafını nakit veya arsa payı olarak aldıktan sonra, kalan arsa payını müteahhide devretmek zorunda olduğundan⁴²², müteahhit bakımından da aynen ifanın sağlanması söz konusu olmaktadır. Müteahhit zarardan değil masraftan sorumlu olduğundan da, hükmün tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmemelidir⁴²³.

Bu durumda arsa sahibi sadece kendisine kalacak bağımsız bölümler ile ortak kullanım alanlarının (Örneğin; bahçe + oto park + asansör + merdiven boşluğu + kalorifer kazanı vs.) tamamını müteahhit namına tamamlamak üzere BK m 97/1'e dayanarak mahkemeden izin isteyecektir. Arsa sahibi, müteahhide kalan bağımsız bölümlerdeki eksiklikleri de gidermek zorunda değildir.⁴²⁴

Nama ifa yapmak isteyen arsa sahibinin bizzat veya 3. kişi eliyle⁴²⁵ inşaatı yapabilmesi için, şayet müteahhit işten el çekmemişse, müteahhidin işten el çekmesini de talep etmesi gerekir.

Mahkemeden duruşma yapılarak alınan izin ve müteahhidin işten el çekmesine dair kararın kesinleşmesinden sonra;

-Müteahhit arsa sahibine ait bağımsız bölümler ile ortak yerlerden elini çekmelidir,

-Arsa sahibi de muhik bir süre içinde işe başlayıp, eksik işleri bitirmelidir. İşe başlama ve işin ikmalinde gecikmede bulunan arsa sahibi yükselen fiyatlar nedeniyle artacak zarardan BK m 98, m 44 uyarınca sorumlu olur.⁴²⁶

dahil herhangi bir talepte bulunamazlar.”, Y. 15. HD.11.04.2001, 2000/5678, 1780, YKD, 2002/1, s. 80 ; “Ruhsatsız veya ruhsata aykırı binalar tadilat projeleri ile yasal hale getirilmedikçe bu yerlerle ilgili teslim, tescil nefaset farkı ve zararların tazmini gibi talepler dilenmez. Sadece taahhüt edilen ruhsata uygun bina tesliminin gecikmesi nedeniyle gecikilen aylar için kira kaybı istenir.”, Y. 15. HD. 02.07.2001, 1601/3598, YKD, 2002/3, s. 416 ; “Kamu düzenine aykırılığı Mahkeme kararıyla saptanmış inşaatı devam edilmesi yükleniciden beklenemez. Sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu objektif imkansızlık nedeniyle davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemez.”, Y. 15. HD. 31.01.2002, 4351/454, YKD, 2002/10, s.1534 ; “Aynen ifanın imkansızlığının anlaşılması halinde, davalıya davasını tazminata dönüştürme hakkı hatırlatılmalıdır.”, Y. 15. HD. 18.05.1990, 1642/2254, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda Y.15. HD. 06.02.1996 T., 304/623, UYGUR, C II, ss. 518-519.

⁴²⁰ AYAN, s. 175-176.

⁴²¹ ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 135, Yazar, tazminat niteliğinde olduğu görüşündedir.

⁴²² ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 136 ; ERMAN, ss. 89-90 ; AYAN, s. 179.

⁴²³ AYAN, s. 178.

⁴²⁴ “Davacılar, davalının ortaya çıkan temerrüdü nedeniyle BK m 97 gereğince inşaatın tamamlanmasına izin verilmesiyle birlikte eksik kalan işler bedelinin de tahsilini dava edebilirler.”, Y. 15. HD. 22.04.1985, 4373/1354, UYGUR, C II, s. 509.

⁴²⁵ Y. 15. HD. 9.5.1980, 1204/1218, KARATAŞ, s. 423.

⁴²⁶ “İş sahibi, makul bir süre içinde işin ikmali için 3. şahıslarla sözleşme yapmayarak daha yüksek fiyatla iş yapılmasına sebebiyet vermişse BK m 98,44 nazara alınmalı, davalının, kusur ile artan fiyatla davacının sorumlu

Bu masraflar talep edilirken yapılacak işlerin giderlerini karşılayabilmek için, inşaatın gerçek giderleri yönünden fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak dava tarihindeki ya da müteahhit işten el çekmişse bu tarihteki rayiç fiatlara göre inşaat masrafı talep edilmelidir.⁴²⁷

Buna göre yapılan masrafları arsa sahibi, müteahhitten avans olarak aynen talep eder⁴²⁸. Eğer masraflar hüküm altına alınandan fazla olursa, bunların da müteahhitten talep edilmesi mümkündür.⁴²⁹

Örneğin; 10 dairesi bir inşaatın 4 dairesi arsa sahibine, 6 dairesi de müteahhide kalmış ve inşaat %80 seviyesinde ve bahçe tanzimi, merdiven kaplamaları, daire kapıları ve daire içi yer döşemeleri, asansör ve kalorifer kazanı yapılmamış olsun. Bu durumda arsa sahibi;

a-Kendine kalan 4 adet dairenin kapıları ve yer döşemelerinin ve

b-Ortak yerlerdeki giderlerden bahçe tanzimi, merdiven kaplamaları, asansör ve müşterek kalorifer kazanının yapılması için nama ifa davası açacaktır.

Arsa sahibi, noksan işler bedelinin teminatı olarak, bunların bedeline karşı gelen bağımsız bölümleri, müteahhit adına tescilden kaçınabilmelidir.⁴³⁰

Nama ifa yoluyla aynen ifa hangi hallerde tercih edilmelidir ?

Bu seçenek olayın gerektirdiği özel durumlarda tercih edilmelidir. Örneğin; müteahhidin işi bırakıp kaçmış olması, arsa sahibinin inşaat işlerinden anlayın ve nama ifa yapabilecek teknik ve iktisadi kapasitede olması, müteahhide bırakılacak bağımsız bölümleri tapuda müteahhide devretmemiş olması, müteahhidin yaptığı işin ayıp ve eksikliklerinin esaslı olmaması gibi durumlarda tercih edilebilir.

Müteahhide kalacak dairenin, arsa sahibi tarafından noksan işler bedelinin tahsili için satılacağına dair sözleşmede bir hüküm varsa bunun geçerli olacağı kabul edilmelidir.⁴³¹

olmayacağı ve cezai şarta esas olan sürenin saptanması suretiyle sonuca gidilmelidir.”, Y. 15. HD. 05.06.1996, 2707/3153, UYGUR, C II, s. 517.

⁴²⁷ KARATAŞ, s. 424.

⁴²⁸ YHGK 6.2.2002, 15-65/50, İKD, 204/6, ss. 2654-2655

⁴²⁹ AYAN, s. 182.

⁴³⁰ “Davacılar pay karşılığı davalıya ait arsada inşaat yapımını üstlenmişlerdir. İşin bitim tarihi 23.04.1991 olduğu halde inşaat %75 oranında bitirilmiştir. Davacıların hak kazanacakları 18 bağımsız bölümden 11’inin ferağı aşamalı olarak verilmiştir. Geçen uzun yılların yapılan işte olumsuz etkisi ve eksik kısmın oranı düşünüldüğünde yükleniciye olan güveninde sarsıldığı dikkate alınarak müteahhidin tescil talebinin bağımsız bölümler üzerinde davalı arsa sahibi yararına taktir edilecek değerle ipotek tesisi koşuluna bağlanmasının hakkaniyet yönünden isabetli olacağı düşünülmesi gerekir.”, Y. 15. HD. 21.03.2002, 2001/5314, 1281, Yasa Hukuk Dergisi, 2002/3, s. 386 ; “Yapımın telimi iskan koşuluna bağlanmış olup arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin iskanının alınmadığı dosyadaki Belediye yazısından anlaşılmaktadır. Kendi edimini yerine getirmeyen müteahhidin bağımsız bölümlerin kendi adına tescilini talep etmeye hakkı yoktur.”, Y. 15. HD. 10.12.2001, 4000/5695, YKD, 2002/6, s. 895.

⁴³¹ “Yanlar arasındaki 12.02.1999 günlü düzenleme şeklindeki ek sözleşmenin 4. maddesinde yer alan (yine inşaatın bu ek sözleşme ile verilen 10 aylık ek süre içinde bitirilmemesi halinde... müteahhide bırakılan dairelerden bir tanesi uğranılan zarar ve ziyarı karşılığı olmak üzere mülk sahibine bırakılacaktır) şeklinde hükümler tarafların inşaatla eksiklikler bulunması halinde bu eksikliklerin giderilmesi için yükleniciye ait bir bağımsız bölümün arsa sahibince satılacağı kararlaştırıldıkları görülmektedir. Başka bir deyişle, sözleşenin bu hükmü ile taraflar, nama ifaya izin halinde daire satışından elde edilecek bedeli eksik işlerin giderilmesinde sarf etmeyi amaçlamışlardır. Hal böyle olunca mahkemece, yükleniciye ait bir daire tapusunun davacı üzerinde bırakılması doğru olmamıştır. Bu durumda yerinde keşif yapılarak yükleniciye ait bağımsız bölüm değerinin ne olduğu hesaplatılmalı, davacı arsa sahibine bu bağımsız bölümün satış yetkisi tanınarak bedeli eksik işlerin

Müteahhit işten el çekmiş ve tapularda halen arsa sahibi üzerine ise, arsa sahibi nama ifa izni almadan, müteahhit namına onun payına düşen bağımsız bölümleri veya bölümü satarak inşaatı tamamlayabilir mi ?

Bu mümkün olmalıdır. Çünkü; BK m 97/1 emredici bir hüküm değildir. Nama ifa için izin alınmasının mantığı, yapılacak işlerin niteliğinin ve bu işlerin bitim süresinin açıklığa kavuşturulmasına dayanmaktadır. Arsa sahibi delil tespiti yoluyla bilirkişi incelemesi yaptırıp eksik ve ayıplı işleri belirleyerek bunları mahkemeden nama ifa izni almadan müteahhide kalacak daireleri satarak tamamlayabilmelidir. Bu durumda arsa sahibinin tazminat talebinin dayanağının genel hükümler (BK m 96 veya m 106)⁴³² veya BK m 97 olmasının sonuca bir etkisi yoktur.⁴³³

Ülkemizdeki yargılama süresinin uzunluğu nedeniyle nama ifanın mahkeme yoluyla gerçekleştirilmesinde büyük zorluklar vardır. Bu nedenle, dava açmaksızın, müteahhide kalan bağımsız bölümün satışı ile inşaatın tamamlanması suretiyle yaratılan eylemli durumun dikkate alınması zorunluluğu vardır.⁴³⁴

Müteahhit işten el çekmedikçe veya inşaatı terk etmedikçe, mahkemeden izin almaksızın inşaatın arsa sahibince tamamlanması mümkün değildir. Bu nedenle, müteahhit işten kendiliğinden el çektikten sonra, arsa sahibinin mahkemeye başvurmadan doğrudan, müteahhide kalan bağımsız bölümleri satarak inşaatı tamamlaması, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini olarak değerlendirilmemelidir.⁴³⁵ Sözleşmenin ifasına yönelik yorum yapılmalıdır.

Yargıtay, bir Kararında⁴³⁶, sözleşmede müteahhide kalacak bağımsız bölümün arsa sahibince noksan işlerin tamamlanması için satılabileceğine dair hüküm bulunmaması halinde, böyle bir talebin mahkeme tarafından kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu kararda arsa sahibinin kendi adına kayıtlı bağımsız bölümün üzerine müteahhidin borcundan dolayı nasıl haciz koyduracağı ve bu bağımsız bölümün satışını nasıl isteyeceği hususu açıklanmış değildir. Ancak bunun mahkemenin nama ifaya izin ile birlikte, arsa sahibi adına kayıtlı bağımsız bölümün müteahhit adına tesciline karar verip, sonrada arsa sahibinin bu daire üzerine haciz koydurup dairenin satışını talep etmesi suretiyle gerçekleşmesi

giderilmesinde kullanılmak üzere avans niteliğinde davacıya bırakılmalıdır.”, Y. 15. HD. 11.04.2002, 38/1749, Yargı Dünyası, 2002/8, s. 125 ; Aynı doğrultuda; Y. 15. HD. 9.4.2003, 5066/1810, KARATAŞ, s. 425.

⁴³² OĞUZMAN/ÖZ, s. 376.

⁴³³ “Yüklenici tarafından, binaya iskan ruhsatının alınmadığı sabit olup, eksik işlerin varlığı ve teslimde gecikme de ihtilafsız olduğundan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle davalı arsa sahibi teminat olarak tutulan 15 nolu bağımsız bölümü 3.kişiye devrederek, eksik işler bedeli iskan alım masrafları ve zararlarını karşılamakta, diğer bir deyişle nama ifa yoluna başvurmakta haklıdır. ”, Y. 15. HD. 24.1.2005, 2004/2905, 172, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 18.06.2001, 988/3298, YKD, 2002/5, s. 748.

⁴³⁴ AYDEMİR, s. 296.

⁴³⁵ Karşı görüşte, AYAN, s. 182.

⁴³⁶ “Davacının istemi noksan işlerin giderilmesi için ifaya izin ve bu iş için tahsili istemidir. Davacı taraf hükmedilecek miktarın tahsilini temin için uhdesinde teminat olarak tutulan davalı yükleniciye ait bağımsız bölümün satılmasını istemiş, mahkemece de buna hükmedilmiştir. Davalıya ait bağımsız bölüm satışının davacı ihtiyarına bırakılmasını öngören bir hüküm hukuk düzenimizde yer almış değildir. Mahkemece yapılacak iş 63.693.459-TL. nin davalıdan tahsili ile davacılarca verilmesine ve bu bedel karşılığı inşaatın davacı tarafından tamamlanmasına izin vermeden ibarettir. Hükmedilen, icra takibine rağmen davalı tarafından ödenmediğine davacı uhdesinde kayıtlı olup yükleniciye ait olduğu kabul edilen bağımsız bölümün hacziyle satışı ve hüküm altına alınan alacağın bu yoldan tahsili İİK 'da gösterilen prosedürle mümkün olduğundan bu hususta ayrıca hükme gerek olmayacağı düşünülmeyen alacağın tahsilini temin eder biçimde ve borçlunun nakten ödeme seçeneğini engeller şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olmuştur.”, Y. 15. HD. 16.10.1995, 2891/5571, UYGUR, C II, s. 510.

mümkündür. Böyle bir uygulama, usul ekonomisi bakımından uygun olmadığı gibi, müteahhidin sair borçları olması ihtimali nedeni ile alacağın karşılanmaması riskini de taşımaktadır.

Bu nedenle, inşaatın bitirilmesi için gerekli masrafların tespiti ile, bunu karşılayacak değerdeki müteahhide kalan bağımsız bölümün, yapılacak masraflara avans teşkil etmek üzere satımına mahkemece izin verilmesi daha uygun olacaktır.⁴³⁷

Acaba nama ifayı talep etmede inşaatın geldiği seviyenin veya teslimin bir önemi varmıdır?

Noksanı ile teslim alınmış veya teslim alınabilecek seviyedeki inşaatın nama ifa yolu ile tamamlanması talep edilemez. Çünkü, tamamlanmış ve kullanılabilir bir inşaatteki noksanıkların nama ifayı gerektirecek nitelikte olmadığı varsayılır. Nama ifa ancak tamamlanmamış inşaatlar için istenir.⁴³⁸

İnşaatın seviyesinin düşüklüğü ise nama ifa talebine engel olmamalıdır.⁴³⁹

Yukarıdaki Karara konu olayda, arsa sahibi, inşaatın tamamının yapımı için nama ifa talebinde bulunsaydı, bu talebinin kabulü gerekirdi. Kararda, dürüstlük kuralı gereği, arsa sahibinin sözleşmeyi sonlandırmak zorunda olduğunun belirtilmesi eleştiriye açıktır. Böyle bir yorum, arsa sahibinin inşaatın tamamının yapımı konusunda nama ifa veya aynen ifadan vazgeçerek tazminat isteme haklarının elinden alınması sonucunu doğurmaktadır.

⁴³⁷ “Bilirkişi raporunda saptanan noksan ve kusurların, bir başka anlatımla, davalı nam ve hesabına ifa edilecek işlerin miktarı ve parasal tutarı ile bunu karşılayacak oranda yükleniciye ait bağımsız bölüm değeri bilirkişiye hesaplatılmalı, saptanan bağımsız bölümlerin satışıyla elde edilenin inşaatın tamamlanmasında kullanılmasına, artan olduğu takdirde yükleniciye iadesine, böylece yüklenici nam ve hesabına inşaatın tamamlanması hususunda davacılara yetki ve izin verilmesine karar vermekten ibarettir. İnfaz niteliği bulunmayan (HUMK.388 ve 389. md.) ifa izni verildiği halde satış yetkisi isteminin reddi usul ve yasaya aykırıdır. Kararın bozulması gerekir.”, Y. 15. HD. 9.12.2004, 922/6861, ABD, 2005/1, s.185-186 ; Aynı doğrultuda, Y.15. HD. 19.03.2002, 623/1220, YKD, 2002/10, s. 1539.

⁴³⁸ Benzer görüşte, AYAN, s. 76, 176 ; “Davacıya ait arsaya yapılan binaya 25.11.1992 tarihinde iskan raporunun verildiği ve Aralık 1992’ de de eksik hali ile davacı tarafından teslim alındığı anlaşılmaktadır. Noksan işlerin inşaatın teslimine engel nitelikte bulunmadığı ortadadır. Bu durumda eksikliklerin nama ifasından söz edilemez. Eksik ve kusurlu işlerin bedellerinin Aralık 1992 rayiçlerinin saptanarak tahsiline, kira kaybı açısından, davalıların sözleşmedeki vade nazara alındığında, 07.06.1992 tarihinde temerrüde düşüklerinin kabulü ile bu tarihten başlamak ve inşaatın teslim alındığı Aralık 1992 tarihine eksik ve kusurlu işlerin tamamlanması için gerekli makul sürenin eklenerek bulunacak tarihe kadar kira kaybına hükmedilmelidir.”, Y. 15. HD. 10.06.1996, 1489/3246, UYGUR, C II, s. 515 ; Aynı doğrultuda, Y.15. HD. 03.04.1996, 171/1878, UYGUR, C II, s. 514.

⁴³⁹ AYAN, s. 177 ; “%10.28 seviyesindeki bir inşaatla ne eksik ve ayıplı işlerin tamamlanmasından ve ne de eserin bir bütün olarak yapılacağı ileri sürülmediğinden, nama ifa bedelinden bahs olunma olanağı yoktur. Somut olaya özgü olmak üzere davacı arsa sahibi dürüstlük kurallarının gereği mevcut ilişkinin sona erdirilmesini (eser sözleşmesinin feshini) talep edebilir. Davacının eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsiline yönelik davası (bu dava nama ifa bedelinin tahsili olarak değerlendirilse bile) reddolunmak üzere karar davalı yararına bozulmalıdır.”, Y. 15. HD. 16.10.2003, 1771/4842, www.kazanci.com.tr.

1.1.1.2 Nama İfa Yapmadan Sadece Eksik İşler Bedelinin Tahsili Talebi İle Aynen İfa

İnşaatın noksanı ile teslim alınmış veya teslim alınabilecek seviyede olması şartıyla arsa sahibi müteahhit namına inşaatı tamamlamadan (nama ifa yapmadan) inşaatı teslim aldığı ya da en geç teslim tarihine eklenecek ifanın istenmesi için geçecek makul süre + eksik işlerin yapılması için geçecek süre toplamı sonunda belirecek tarihteki rayiçlere göre noksan iş bedelinin tahsilini isteyebilir.

Bu durumda inşaatın tamamındaki noksanlığın değil, yalnızca arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin noksanlığı ile E 2-3-1-1 den farklı olarak ortak yerlerdeki noksanlığın da kendisine düşen payı oranındaki (tamamını değil) nama ifa iznini almadan para olarak müteahhitten isteyebilir. Ortak yerlerdeki eksiklikleri giderme yükümlülüğü altına girmeyen, bir başka anlatımla nama ifa talep etmeyen arsa sahibinin, ortak yerlerden sadece kendi payına düşen bedeli istemesi mümkündür.⁴⁴⁰

Örneğin; 10 daireli, ve tüm dairelerin arsa payı oranları eşit bir inşaatın 4 dairesi arsa sahibine, 6 dairesi de müteahhide kalmış ve inşaatın teslim edildiği ancak, bahçe tanzimi, çatı yalıtımı ve dairelerin aspiratörleri ile kartonpiyerlerinin eksik olduğunu farz edelim. Bu durumda aynen ifa ve noksan iş bedelini talep eden arsa sahibi;

a-Kendisine kalan 4 adet dairenin aspiratör ve kartonpiyer bedelini ve

b-Ortak yerlerdeki giderlerden bahçe tanzimi ve çatı yalıtımı giderlerinin 4/10 oranındaki bedelinin toplamını noksan iş bedeli olarak isteyebilir.

Görüldüğü gibi nama ifa yapmadan eksik işler bedelini isteyerek yapılan aynen ifa, ancak inşaat teslim alındıktan veya noksanı ile teslim alınabilecek seviyeye geldikten sonra talep edilebilmektedir. Bu durumda arsa sahibinin ortak yerlerdeki eksiklerin tamamını değil de, kendi hissesine isabet eden orandaki tutarını isteyebilmesi akla ve hukuka uygundur. Çünkü arsa sahibi nama ifa için izin almadığından ortak yerlerdeki tüm eksikleri tamamlamak yetkisine sahip değildir.

Eksik işler bedeli, inşaatın noksanı ile teslim alındığı ya da eksikliklerin giderilmesi için geçecek makul süre sonundaki rayiçlere göre belirlenmelidir. Uzun bir zaman sonra açılan dava tarihine göre eksik iş bedeli belirlenemez. Burada kıstas şu olmalıdır; eğer inşaatındaki eksiklik, bağımsız bölümlerin kullanılmasına engel teşkil etmiyorsa, (örneğin otopark zemininin tamamlanmamış olması gibi) eksik işler bedeli teslim tarihine göre belirlenmelidir. Ters durumda, yani noksanlıklar bağımsız bölümlerin kullanılmasına engel teşkil ediyorsa, (örneğin dairelerin parkeleri tamamlanmamışsa) eksik iş bedeli, bu eksikliğin giderilebileceği süre sonu itibarıyla saptanmalıdır.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ “Mahkemece ortak yerlerdeki eksiklikler ayırt edilip, davacıların hissesine düşen miktar bulunmalı ve davacıların bağımsız bölümlerindeki eksik işin bedeline eklenerek, istem aşılmadan bulunacak miktara hükmolunmalıdır. Davacılar bu haklarını gecikerek kullanmak suretiyle zararın çoğalmasına kusurları ile neden olduklarından zararın tamamını isteyemezler. Ek rapor alınarak, işin teslim tarihine, arsa sahiplerinin ifa istemek için beklmeleri gereken makul bir sürenin ve ayrıca noksan işlerin bitirilebileceği sürenin eklenerek gecikmiş ifa istem tarihinin belirlenmesi, bu tarihteki serbest piyasa rayiçleri esas alınarak noksan iş bedellerinin hesaplanması gerekir.”, Y. 15. HD. 16.11.1999, 2640/4073, YKD, 2000/4, s. 572.

⁴⁴¹ “Eksik işler bedelinin de aynı şekilde, bağımsız bölümlerin teslim alındığı 25.12.1996 tarihini takip eden makul süre itibarıyla hesaplanması gerekirken, gecikmeli olarak dava tarihi itibarıyla hesaplanması ve

Uygulamada aynen ifa ve noksan işler bedeli talebi, yapılan inşaatın arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerini teslim hazır hale getirildiği iddiası ile müteahhidin açtığı cebri tescil davasında, arsa sahibi tarafından karşılık dava veya defi olarak ileri sürülmektedir. Arsa sahibi, gerek ortak yerler, gerekse kendisine isabet eden bağımsız bölümler yönünden noksan ve ayıplar bulunduğunu ve müteahhidin tescil hakkı doğmadığını iddia etmektedir.

Bu durumda ortak yerlerdeki noksan ve ayıplı işlerin yukarıda belirtilen tarihlerdeki rayiç bedelleri itibarıyla, kat irtifakı kurulmamış ise, sözleşmedeki paylaşım oranı, kat irtifakı kurulmuş ise, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin arsa payı oranı gözetilerek arsa sahibinin payına isabet eden miktar ile kendisine kalacak bağımsız bölümlerdeki noksan ve ayıplı işlerin saptanacak bedeli toplamının müteahhit tarafından arsa sahibine ödenmesi suretiyle tapu kaydı müteahhit adına tescil edilmektedir. Böylece müteahhit noksan ve ayıplı işlerin bedelini ödeyerek sözleşme yükümlülüğünü tamamlarken arsa sahibinin de tapuda pay geçirim yükümlülüğü hükmen yerine getirilerek birlikte ifa sağlanmış olmaktadır.⁴⁴²

Birlikte ifa uygulaması, nama ifa yapılmaksızın aynen ifanın sağlanmasının özel bir şeklidir. Bu husus, E 1-3-1 bölümünde ayrıntılı olarak anlatıldığından oraya atıf yapmakla yetiniyorum.

1.1.1.3 Pasif Aynen İfa Talebi

Uygulamada en çok bu durumla karşılaşmaktayız. Arsa sahiplerinin nama ifayı sağlamalarında bir çok sakınca ve güçlük vardır. Şöyle ki;

1-Öncelikle mahkemeye başvurulup nama ifa için mahkemeden karar alınması ve bu kararın kesinleştirilmesi,

2-Müteahhidin işten el çektirilmesi,

3-Arsa sahibinin inşaat işlerinden anlayan biri olmaması sonucu noksan işleri üçüncü kişiye tamamlaması nedeniyle bir de bu kişiyle doğacak hukuki ihtilafların arsa sahibine getirdiği ek külfet,

4-Ayrıca arsa sahibinin inşaata makul bir sürede başlamak ve inşaatı bitirmek sorumluluğu altına girmesi,

hesaplanan bu miktara hükmedilmesi doğru bulunmamıştır.”, Y. 15. HD. 18.09.2000, 2579/3856, Yasa Hukuk Dergisi, 2001/2, s. 255.

⁴⁴² “Bitirildiği iddia olunan inşaat hakkında ortak yerler ile davalıya isabet eden bağımsız bölümlerde noksan ve nefaset farkı işler bulunduğu savunulmuş olduğuna göre davacının sözleşmeden doğan tapu tescil hakkına karar verilirken noksan ve ayıplı işlerden doğan borcuna da hükmedilerek birlikte ifanın sağlanması gerekmektedir.”, Y. 15. HD. 08.06.1990, 2294/2730, KOSTAKOĞLU, ss. 520-521 ; “Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş yapının proje ve ruhsatına uygun olup olmadığı bu haliyle iskan ruhsatı alabilecek duruma gelip gelmediği, fazladan yapılması istenen ve yapılan işlerin süresinin uzatılmasına ihtiyaç gösterip göstermediği, süreye ihtiyaç varsa ne miktar olduğu, alınacak ek raporla saptanıp, arsa sahibinin kabul ettiği teslim süresi içinde teslim gerçekleşmediğinden bu süreden indirilip sözleşme hükümlerine göre saptanacak gecikme tazminatı hükmedilmesi yine inşaatta eksikler varsa bedelinin arsa sahibine ödenmesi şartıyla (iskan ruhsatı alınmasına mali halin olmadığına anlaşılması halinde) yüklenicinin açtığı davanın kabulü ile tapunun iptal ve tesciline karar verilmesinden ibarettir.”, Y. 15. HD. 26.11.2001, 3241/5437, İKD, 2002/7, s. 1186.

ve daha bir çok nedenden ötürü arsa sahibinin adeta müteahhidin eksik ve ayıplı işlerini tamamlamaya ve düzeltmeye mecbur bırakılmasının ülkemizdeki mevcut hukuki alt yapı ve yargı süreci dikkate alındığında hakkaniyetli olmayacağı açıktır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ilk önceleri aynen ifa ve gecikme tazminatının istenebileceği süreyi;

1-Arsa sahibinin BK m 106. maddesi gereğince seçimlik hakkını kullanabilmesi için gereken makul süreye (Örneğin 4 ay),

2-Somut olayda eksik işlerin bitirilmesi için bilirkişi marifetiyle tespit edilen sürenin toplamı kadar süreyle sınırlı olarak belirlemektedir.

Yani sözleşme fiili olarak daha uzun sürede yerine getirilmiş olsa bile, yukarıda belirtilen şekilde tespit edilen süreyi aşan günler için gecikme tazminatı (kira kaybı) ve ifaya ekli cezai şarta hükmedilemeyeceğini, bu kabulün Medeni Kanun m 2 ve BK m 98 ve m 44'e aykırı olacağını belirtmekte idi.⁴⁴³

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.10.1991 tarih, 15-340 Esas ve 467 Karar sayılı ilamı ile 15. Hukuk Dairesinin kararına katılmamış ve aşağıdaki görüşü uygulamaya sokmuştur. YHGK kararına göre;

1-Arsa sahibi BK m 106/2 fıkrasında öngörülen borcun yerine getirilmesini (aynen ifayı) ve gecikme tazminatını isteme hususundaki seçimlik hakkını zamanaşımı süresi (kural olarak 10 yıl) içinde her zaman kullanabilir.

2-Ancak bu hakkı kullanılması arsa sahibinin başka türlü davranma olanağı ve zorunluluğu bulunması gibi özel nedenlerin bulunması halinde mütefarık kusur oluşturur. Örneğin mali güçsüzlük içinde tamamlayamadığı inşaatı terk eden müteahhidin bilinen bu durumu karşısında iş sahibinin artık uzun süre beklemesi kendisinin mütefarık kusurunu oluşturur.

3-Arsa sahibinin zarara razı olması yada eyleminin zararın oluşmasına veya artmasına yardım etmesi hali söz konusu değilse, zararın sonuçlarının bir kısmının davacı arsa sahibine yükletilmesi mümkün değildir.

4-Sonuç olarak davacı arsa sahibinin gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenemez. Bu durumda müteahhit olan davacının işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiç bir indirim yapılmaksızın ödemesi, sözleşmeye, BK'nun 356/1. maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer.

Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararının⁴⁴⁴ hukuk ve hakkaniyete daha uygun olduğu şüphesizdir. Somut ve bariz bir örnek vermek gerekirse; eşinden miras yolu ile intikal etmiş, bir arsasını müteahhide örneğin bir kooperatife kat karşılığı veren yaşlı dul bir bayandan ağır aksak üye aidatlarıyla devam eden kooperatif inşaatını durdurtup, kooperatifin işten el çekmesini sağlayıp, nama ifa yoluyla inşaatın tamamlanmasını sağlamasını beklemek

⁴⁴³ KOSTAKOĞLU, s. 622 ; ERMAN, ss. 81-85.

⁴⁴⁴ YHGK 9.10.1991, 15-340/467.

mantıksızlıktır. Bu bayan, inşaat ne kadar geç teslim edilirse edilsin, teslim tarihine kadarki gecikme tazminatını bir süreyle sınırlandırılmaksızın talep edebilmelidir.⁴⁴⁵

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin eski görüşü, inşaatın teslim alınmış veya teslim alınabilecek seviyeye gelmiş olması durumunda talep edilen eksik işler bedelinin tahsili davasında hakkaniyete uygun sonuçlar doğurur. Çünkü inşaat eksiklikleriyle teslim alınmış veya tamamına yakını bitmiş durumdaysa arsa sahibinin gecikme tazminatı talebi eksikliklerin giderilmesi için işe başlama ve eksiklikleri giderme süresi ile sınırlı olarak kabul edilebilir. Eksikliklerin giderilmesi için uzun süre bekleyen arsa sahibi artan zarardan sorumlu olmalıdır. Nitekim, Yargıtay, teslim tarihi Temmuz 1992 olan bir işte eksik işler için 17.01.1994 tarihinde gönderilen ihbarnameyi, fiatların artmasına sebebiyet veren bir davranış kabul ederek, eksik işler bedelinin, teslim tarihine halen işlerin yapılması gereken makul sürenin eklenmesi suretiyle bulunacak tarihteki mahalli piyasa rayicine göre istenebileceğini hükme bağlamıştır.⁴⁴⁶

Yargıtay'ın eski görüşü⁴⁴⁷, müteahhidin işi yapmayacağını açıklaması veya işi terk etmesi durumunda da geçerli olacaktır. İş bırakılan müteahhit hakkında arsa sahibinin uzun süre suskun kalarak gecikme tazminatı veya cezai şart talep etmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olacaktır. Bu nedenle, arsa sahibi, müteahhidin işi terk ettiği tarihten itibaren, nama ifa ile işin tamamlanabileceği süre ile sınırlı olarak cezai şart veya gecikme tazminatını talep edebilmelidir.⁴⁴⁸

Pasif aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi hangi hallerde tecih edilmelidir?

Yukarıdaki açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde pasif aynen ifa ve gecikme tazminatı; müteahhidin işten el çekmeyip, iş ağır aksakta olsa devam ettirdiği ve müteahhidin işi uzun bir sürede de olsa bitirebilecek iktisadi kapasiteye sahip olduğu hallerde, (örneğin bir yapı kooperatifinin kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre müteahhit sıfatıyla yaptığı inşaatları geç tesliminde olduğu gibi) tercih edilmelidir. Müteahhit temerrüde düşürüldükten sonra işin teslimine kadarki süreye ait gecikme tazminatı talep edilebilir. Örneğimizde bir kooperatifin müteahhit sıfatıyla üyelerinden topladığı aidatlarla ağır aksakta olsa işi devam ettirmesi durumunda işin ayıpsız ve noksatsız teslimine kadarki gecikme tazminatı; nama ifa ve eksik işler bedeli talep edilmeden inşaatın teslimi beklenilmek suretiyle aynen ifa yoluyla istenebilir.

⁴⁴⁵ ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 139 ; “Tüm dosya içeriğine göre, akit süresinde ifa edilmemiş olup, davalı yüklenicinin temerrüde düştüğü sabittir. Davacı arsa sahibi akti feshetmemiş, davalı taraf ihtara rağmen eseri tamamlayıp süresinde teslim etmemiştir. BK 106/III. madde gereğince davacı taraf akti feshetmeye zorlanamayacağından ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.10.1991 gün ve E.91/15-340, K. 91/467 sayılı kararı uyarınca yüklenicinin işi zamanında teslim etmemesinden doğan tazminatı davacıya hiçbir indirim yapmadan ödemesi gerektiğinden gecikilen sürenin tamamı için tazminata karar verilmesi yerine yazılı gerekçe ile 1 yıllık süreye ilişkin kira kaybına hükmedilmesi doğru olmamış kararın bu sebeple bozulması uygun bulunmuştur.”, Y. 15. HD. 30.04.2001, 338/2251, YKD, 2002/3, s. 415 ; Aynı doğrultuda, “Mahkemenin uzun süre sonra cezai şart istenemeyeceğine ilişkin gerekçesine gelince; HGK'nun 09.10.1991 gün ve E. 1991/15-340, K. 1991/467 sayılı kararı ve dairemizin buna uygun istikrarlı uygulaması ile “İşin zamanında teslim edilmemesinden doğan cezai şartın teslimine kadar ödenmesi gerektiği” kabul edilmektedir. Bu nedenle mahkemece 10.04.1991 günlü taahhütnameden sonra davalı işin teslim edildiğini yazılı bir belge ile ispatlayamadığından, davanın kabulüne karar verilmesi yerine, yazılı şekilde reddedilmesi doğru görülmüştür.”, Y. 15. HD. 14.11.2000, 3635/4984, YKD, 2001/2, s. 233.

⁴⁴⁶ Y. 15. HD. 16.11.1995, 5514/6611, UYGUR, C II, s. 475.

⁴⁴⁷ Y. 15. HD. 14.10.1991, 4043/4748 ; Y.15. HD. 19.10.1989, 1478/4341, KOSTAKOĞLU, s. 649-650

⁴⁴⁸ ERMAN, ss. 85-86 ; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, ss. 74-75.

Arsa sahibi aynen ifa talebi ile birlikte işin gecikmeli ifası nedeniyle kusurlu olan müteahhitten ayrıca;

1-İşin teslimindeki gecikme nedeniyle gecikme tazminatı (özellikle kira kaybını BK m 102/1, m 106/2),

2-Sözleşmede ifaya ekli ceza (BK m158/2) mevcutsa bu cezayı,

3-Ayıplı işler varsa bunların düzeltilmesi giderlerini,

İSTEYEBİLİR.

Ancak ifaya ekli ceza ile gecikme tazminatının birlikte istenebileceğine dair sözleşmede bir hüküm yoksa BK m 159'a göre gecikme tazminatı tutarından ancak ifaya ekli cezayı aşan miktar talep edilebilir. Diğer bir deyişle, zararın cezadan az olması halinde, ceza ile birlikte zararını isteyemez. Ceza miktarından fazla olan zararında cezayı aşan miktarını isteyebilir. Ancak taraflar, bunların ayrı ayrı talep edilebileceğini sözleşmede kararlaştırabilirler.

Örneğin, inşaatın 2 yıl geç teslimi sonucu oluşan kira kaybı (gecikme tazminatı) toplamı 10.000-TL., ifaya ekli cezai şart da 7.000-TL. ise sözleşmede bunların ayrı ayrı ödeneceğine dair bir hükümde yoksa, arsa sahibi 7.000-TL. cezai şart için, 3.000-TL.' de cezai şartı aşan gecikme tazminatı olmak üzere 10.000-TL.'lik bir talepte bulunabilir.

Aynı olayda gecikme tazminatı bedeli 7.000-TL., cezai şart da 10.000-TL. olsaydı, bu durumda arsa sahibi sadece 10.000-TL.'lik cezai şartı talep edebilecektir.

1.1.1.4 Aynen İfa Hallerinde Gecikme Tazminatı Kavramı Ve Gecikme Tazminatının Belirlenmesi⁴⁴⁹

Sözleşmenin zamanında ifa edilmemesi halinde arsa sahibinin uğrayacağı zararlar gecikme tazminatı kavramı ile ifade edilmektedir. Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin geç ifasında, gecikme tazminatının en önemli konusunu arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin teslim veya teslim edilmesi gereken tarihe kadar geçecek süredeki arsa sahibinin mahrum kaldığı kira bedelleri oluşturmaktadır.

Kira kaybı, bağımsız bölümün tamamlanmış hali dikkate alınarak belirlenmelidir.⁴⁵⁰

Ayrıca kira kaybının ruhsat ve projeye uygun yapılacak bağımsız bölümler dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ UYGUR, C II, s. 337 vd.

⁴⁵⁰ Y. 15. HD. 27.2.2006, 2005/116, 1032, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı: 129, s. 71

⁴⁵¹ "Yapımın ""kaçak"" yapıldığından kal'ine karar verilen bağımsız bölümleri için arsa sahibi, inşaatın yasal hale ve yanlar arasındaki sözleşme hükümlerine uygun duruma getirilmesini isteme hakkının dışında başkaca bir hak ileri süremez ise de; "kaçak" olmayan inşaat kısımları yönünden Borçlar Yasasının 106. maddesinde kendisine tanınan seçimlik haklardan olan ""geçmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteme"" hakkını kullanabilir ve bu kapsamda yükleniciden gerçekleşmiş ise gecikme-kira tazminatı, eksik ve ayıplı işler bedeli isteyebilir.", Y. 15. HD. 7.11.2003, 2273/5317, YKD, 2004/6, s. 902 vd.

Müteahhitten kaynaklanmayan nedenlerle, inşaatın tesliminde oluşan gecikmeler dikkate alınarak gecikme tazminatı belirlenmelidir.

Yargıtay uygulamasına göre, her davanın açıldığı tarihteki şartlara göre karara bağlanacağı gerekçesinden hareketle, dava tarihinden itibaren işleyecek kira bedellerinin hüküm altına alınması mümkün değildir.⁴⁵²

Arsa sahibi kendisine kalan bağımsız bölümlerde tasarruf etmek suretiyle, bağımsız bölümleri fiilen teslim almışsa, kira kaybını isteyemez. Örneğin arsa sahibi kendisine kalan bağımsız bölüme taşınmış ve burada oturmakta veya bağımsız bölümlerini üçüncü kişilere kiraya vermiş ve kira almakta ise, müteahhitten de kira kaybı altında talepte bulunamaz.⁴⁵³

Ancak, fiili olarak teslim söz konusu olsa bile, ayıp ve eksiklikler nedeniyle kira bedelinin düşük kaldığı ileri sürülerek, aradaki fark talep edilebilir. Örneğin, binanın yapı kullanma iznin olmaması nedeniyle şantiye suyu ve elektriği kullanımının söz konusu olduğu, bunun da kiranın düşük belirlenmesine sebebiyet verdiği ileri sürülerek, aradaki fark talep edilebilir. Ya da, bağımsız bölümlerin sözleşmede kombili yapılması öngörülmüşken, merkezi sistem yapılması nedeniyle oluşan kira farkı ayrıca talep edilebilir.

Gecikme tazminatını talep için teslimde ihtirazi kayıta bulunmaya gerek yoktur.⁴⁵⁴ Çünkü, Kanunda böyle bir şart öngörülmemiştir. Sözleşmede gecikme nedeniyle zarar talep edileceğinin kararlaştırılmış olup olmamasının da bir önemi yoktur.⁴⁵⁵

Arsa sahibi, inşaatın teslim edilmesi gerektiği tarihten sonra, bağımsız bölümünü satmış ise, ancak satım tarihine kadarki dönem için gecikme tazminatı isteyebilir.⁴⁵⁶

⁴⁵² “ Davacı arsa sahipleri, 12.4.1996 tarihinde açtıkları işbu davada; gecikme nedeniyle 7 aylık kira kaybı alacağı ile cezai şartın tahsilini talep etmişlerdir. Mahkemece yapılan inceleme sonucu, davacı arsa sahiplerinin 1.7.1997 tarihinden itibaren kira alacağına hak kazandıkları kabul edilerek, bu tarihten itibaren 7 aylık kira alacağına hükmedilmiştir. Başka bir anlatımla, dava tarihinden sonraki dönem için kira alacağına hükmedilmiştir. Bu durumda, dava tarihi itibarıyla henüz muaccel olmamış kira alacağının reddi yerine, tahsiline karar verilmesi doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 15.12.1997, 4630/5375, www.kazanci.com.tr.

⁴⁵³ “Kural olarak gecikme tazminatına, başka bir anlatımla gecikmeden doğan kira kaybına, işin sözleşme uyarınca teslimi gereken tarihten bağımsız bölümlerin fiilen teslim edildiği tarihe kadar olan süre için hükümlenir.”, Y. 15. HD. 15.5.2007, 2006/2917, 3264, YKD, 2008/3, s. 480 ; Aynı doğrultuda, Y. 13. HD. 3.2.2005, 2004/13621, 1307, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 16.3.1989, 2711/1293, UYGUR, C II, s. 343 ; YHGK 14.2.1986, 1984/15-630, 143, www.kazanci.com.tr.

⁴⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 386.

⁴⁵⁵ “Sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinin geçmesine rağmen, yüklenici eseri henüz teslim etmemiş ise, başka bir anlatımla yüklenici temerrüde düşmüş (BK mad.101/II) ise, arsa sahibi eser kendisine teslim edilinceye kadar olan süre için sözleşmede kararlaştırılan ifaya ekli ceza (BK mad. 158/II) ile sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile, cezayı aşan zararının (BK mad.159), yani kira geliri kaybını (emsale göre) isteyebilir. Sözleşmede kira tazminatı (gecikme tazminatı) maktu tayin edilmişse, kira kaybına bu maktu miktara göre o da cezai şartı aşan kısmına hükümlenir. Somut olayda, gecikme cezası (cezai şart) ve gecikme tazminatı (kira tazminatı) kararlaştırılmadığına göre, temerrüt tarihinden teslim tarihine (olayda taleple bağlı kalınarak 18.4.1994 tarihine) kadar olan süre için serbest rayice göre takdir edilecek gecikme tazminatına, ihtirazi kayıt aranmaksızın, hükümlenmek gerekirken, yazılı gerekçe ile bu kalem isteğinin reddi doğru olmamış ve hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 29.4.1998, 1245/1720, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 27.4.1992, 2129/2221, UYGUR, C II, s. 364 ; Y. 15. HD. 2.5.1989, 4095/2245, UYGUR, C II, s. 363.

⁴⁵⁶ “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 davacılar tarafından fiilen teslim edildiğinin tespitinden ve ayrıca davacılar tarafından Fisun’un kendisine düşen bağımsız bölümlerden birini 31.8.2004 tarihinde sattığıda göz önünde bulundurularak bu bağımsız bölüm yönünden satış tarihine kadar olan süre için davanın kabulüne karar

Eğer satım işlemi inşaatın teslim edilmesi gereken tarihten önce yapılmışsa, arsa sahibi, satımını yaptığı bu bağımsız bölümler için gecikme tazminatı isteyemez.⁴⁵⁷

Gecikme tazminatı şöyle belirlenmelidir. Önce inşaatın teslim edilmesi gerektiği tarih bulunur. Bu tarih itibarıyla bağımsız bölümün aylık kirası belirlenir. Bu kira tutarına her yıl Yargıtay'ın kira tespit davalarında öngördüğü oranda artırım uygulanarak dava tarihine kadarki kira kaybı hesaplanır. Çünkü, arsa sahibi inşaatın teslim edileceği tarihi öngörerek kiracı bulacak ve bu teslim tarihi itibarıyla da bağımsız bölümlerini kiraya verebilecekti. Ayrıca kiracıdan her yıl kirayı arttırmasını isteyebilecek ve kiracının buna yanaşmaması halinde de, kira tespiti davası açarak kiranın belirlenmesini sağlayabilecekti. Uygulamada aradan uzun bir süre (örneğin 4-5 yıl) geçmesi nedeniyle, kira bedelinin tespitinde zorluk yaşanabilmektedir. Bu durumda, son kira bedeli, endeksler (ÜFE endeksleri) vasıtasıyla kademeli olarak düşürülerek, ilk dönem kira bedeli belirlenmektedir. Ancak kira hesabında dava tarihinden geriye doğru gidilerek değil de, teslimin gerçekleşmesi gerektiği tarihten ileri gidilerek kira hesabı yapılmalıdır. Çünkü, teslimin yapılması gerektiği tarih itibarıyla kiranın işlemeye başladığı kabul edilmektedir. Örneğin 7.10.2007 tarihinde teslim edilmesi gereken dairenin 20.12.2009 tarihinde teslimi halinde; 7.10.2007 tarihindeki kira bedeli belirlenip, bu kira bedeli Ekim ayı ÜFE Endeksi oranında kademeli arttırılmalı ve 7.10.2008 ile 7.10.2009 tarihlerindeki kiralar belirlenmelidir. Daha sonra, 7.10.2009 ile 20.12.2009 arasındaki 2 ay 13 günlük kira hesaplanmalıdır. Yoksa, 20.12.2009 dan geriye doğru gidilerek, 20.12.2008 ve 20.12.2007 tarihlerindeki endeksler dikkate alınarak kira hesabı yapılmamalıdır.

Müteahhidin kira kaybı rayiç kiralar üzerinden yapılmaktadır. Kira süresi boyunca bağımsız bölümde yıpranma oluşmaktadır. Oysa, arsa sahibinin, müteahhitten bağımsız bölümü yeni (kullanılmamış) bir şekilde aldığı veya almış olacağı varsayılmaktadır. Bu nedenle kira kaybı talep edilen süre ile sınırlı olarak bağımsız bölümün, kullanımdan doğan yıpranma payının, tazminattan mahsubu gerekir.

Sözleşmede yapı kullanma izni alınması şartı varsa, bu izin alınmaksızın arsa sahibinin bağımsız bölümleri teslim almaya zorlanması mümkün değildir. Ancak, inşaatın bitirilip, kullanıma hazır hale getirildiği ve içinde oturulmaya başlandığı durumlarda, arsa sahibi bağımsız bölümleri teslim almıyorsa, müteahhidin, yapı kullanma izni alınana kadar bunları kiraya vererek ve kira bedelini de arsa sahibine göndererek, sorumluluğunu azaltabilmesi mümkün olabilir.

1.1.1.4.1 Gecikme Tazminatına Faiz İstenmesi

YARGITAY UYGULAMASI : Yargıtay uygulamasına göre; arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin geç teslim nedeniyle kira kaybı bedellerine, bu konuda müteahhit ayrıca temerrüde düşürülmek kaydıyla temerrüt (muacceliyet değil !) tarihinden itibaren faiz istenebilir.

verilmelidir.”, Y. 15. HD. 15.5.2007, 2006/2917, 3264, YKD, 2008/3, s. 480-481 ; Aynı doğrultuda; Y .15. HD. 22.2.2007, 2006/7132, 1114, www.kazanci.com.tr.

⁴⁵⁷ “Davacı arsa sahipleri teslim edilmesi gereken tarihten önce satışını yaptıkları daireler için gecikme tazminatı isteyemezler. Teslim edilmesi gereken tarih ile 30.01.2002 teslim tarihi arasında satılan daireler için ise ancak teslim edilmesi gereken tarihten satış tarihine kadarki dönem için gecikme tazminatı isteyebilirler.”, Y. 15. HD. 26.11.2007, 5385/7545, Yargı Dünyası, 2008/1, s. 117 vd. ; Aynı doğrultuda; YHGK, 28.12.2005, 15-725/768, LHD, 2006/9, s. 2755 vd. www.kazanci.com.tr.

Örneğin; inşaatın teslim tarihi 01.04.2003 ise, 01.09.2003 de açılan ve aylık 1000 liradan 5000 liralık kira kaybı alacağına dair davada, faiz, temerrüt tarihi olan 01.04.2003 den değil, dava tarihi 01.09.2003 ten itibaren işlemeye başlar. İnşaat 01.11.2003 de teslim edilmiş ise, daha sonradan 2 aylık gecikme tazminatı için, 15.12.2003 de açılan davada faiz yine 2. dava tarihi 15.12.2003 den itibaren işleyecektir.⁴⁵⁸

Eğer ilk dava dilekçesinde, bu davanın yarattığı temerrüt halinden işleyecek dönemlere ait gecikme tazminatlarının da etkileneceği konusunda talep varsa, ikinci davadaki 2 aylık faiz, kademeli olarak 01.10.2003 ve 01.11.2003'den itibaren istenebilmelidir.

Aynı şekilde, gecikme nedeniyle oluşacak kira kaybı bedelinin dönemi ve tutarı sözleşmede açıkça belirtilmiş ve gecikme tazminatına faiz isteyebilmek için bu konuda ayrıca ihtara gerek olmadığı kararlaştırılmışsa, bu durumda her dönem (örneğin her ay) sonu itibarıyla dönemsel olarak gecikme tazminatına (kira bedeline) kademeli olarak faiz uygulanabilmelidir.⁴⁵⁹

Önemle belirtmek gerekir ki kanunda özel olarak öngörülmedikçe (Ör. BK m 358), borç muaccel olmadan gönderilen ihtar, hukuki sonuç doğurmaz.⁴⁶⁰ Çünkü bu husus BK m 101/1 de açıkça belirtilmiştir. Borç muaccel olmadan gönderilen ihtar muacceliyete kadar hukuki sonuç doğurmasa da, borç muaccel olduktan sonra hüküm ve sonuçlarını doğurabilmelidir.⁴⁶¹ Bu şekilde muacceliyet ile temerrüt oluşmuş olur. Buna göre, inşaatın teslim edilmesi gerektiği tarihten önce gönderilen ihtar, borç muaccel olmadan, dolayısıyla temerrüt oluşmadan gönderilmiş olacağı için hüküm ve sonuçlarını, borcun muaccel olmasından itibaren doğuracaktır.

Örneğin; kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldıktan sonra, Belediye tarafından geçici bir süre (Örneğin 6 ay) ruhsat verme işlemi durdurulduğunda, müteahhidin bununla ilgili ek süre talebi nedeniyle temerrüdün oluşmadığına dair itirazı karşısında, bu süre sözleşmedeki bitim tarihine eklenmelidir.

Sözleşmeye göre inşaatın bitim tarihi 01.01.2000, ancak inşaatın fiili teslim tarihi de 01.09.2000 ise, arsa sahibinin 01.11.2000 de açtığı ve 01.01.2000 den itibaren istediği 8 aylık

⁴⁵⁸ “Davalı-k.davacı arsa sahibi, 08.07.2002 tarihli ihtarında o ana kadar hak kazandığı gecikme tazminatı olan 8.000 doların 30 gün içinde ödenmesini istemiş ve yüklenici de 15.07.2002 tarihli cevabi ihtarında bu bedeli ödemeyeceğini belirtmek suretiyle bu miktar yönünden 15.07.2002 tarihinde ve aşan miktar yönünden de, temerrüde düşürücü başka bir ihtar olmadığından, karşı davanın açıldığı 22.07.2003 tarihinde temerrüde düşmüş sayılır. Dolayısıyla gecikme tazminatının bu tarihler gözönünde bulundurulması hükmedilmesi gerekirken, her ayın bitimini takip eden muacceliyet tarihlerinin temerrüt tarihi olarak kabulü isabetli görülmediği gibi, yabancı para alacağına Türk Lirası karşılığı yasal faiz uygulanması da doğru olmamıştır.”, Y. 15. HD. 29.3.2007, 2005/7569, 2003 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 16.3.1989, 2711/1293, UYGUR, C II, ss. 343-344.

⁴⁵⁹ “Sözleşmede işin tesliminin gecikmesi halinde her ayın sonundan itibaren faiz uygulanacağına dair bir hükme yer verilmediğinden davalıya gönderilen 21.11.2001 tarihli ihtar kadar oluşan kira alacağı varsa bu miktar için ihtarın verilen süreye göre bulunacak tarihten, ihtar tarihinden icra takip tarihine kadar oluşan alacak bakımından ise takip tarihinden itibaren işlemiş faiz oluşacağı gözetilip ve "mahkemenin dava tarihinden itibaren faiz yürütüp bu hükme karşı davacının temyiz talebinde bulunmamış olduğu gözetilerek" faizle ilgili hüküm kurulmalıdır. Bu hususlar üzerinde durulmadan işlemiş faiz hesaplanması doğru bulunmamaktadır.”, Y. 15. HD. 13.11.2003, 2496/5465, www.kazanci.com.tr.

⁴⁶⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 912.

⁴⁶¹ Aynı görüşte ; TUNÇOMAĞ, C I, s. 907 ; ÖNEN, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara, (Temerrüt), s. 43 ; Benzer görüşte: FEYZİOĞLU, C II, s. 234, “İşin ve halin icabı, borçlunun ifayı zamanında yapabilmesi için bir takım ön hazırlıklarda bulunmasını zorunlu kılıyorsa, iyi niyet kuralları gereğince alacaklının ihtarını muacceliyetten önce dahi yapabilmesi mümkün olmalıdır.” ; Aksi görüşte, OĞUZMAN/ÖZ, s. 297.

gecikmeden doğan kira kaybına dair davada, temerrüt tarihi; inşaatın bitmesi gereken (yani müteahhidin teslim borcunun muaccel olduğu) 01.07.2000 tarihi olacaktır. Çünkü sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinin uzamasına neden olan olaylar sonucunda vade uzar.

Olayımızda dava 01.03.2000' de açılmış olsaydı temerrüt 01.07.2000' de oluşacağından, dava tarihi itibarıyla muaccel olmayan alacak için açılan davanın da reddi gerekirdi.⁴⁶²

Her durumda müteahhit, inşaatı teslim borcunun muaccel olduğu 01.07.2000' den sonra, inşaatı teslim ettiği 01.09.2000 tarihine kadar ki muaccel olan 2 aylık gecikme tazminatından (kira kaybından) sorumludur.⁴⁶³

YARGITAY UYGULAMASININ ELEŞTİRİSİ : BK m 103/1 ve m 106/2 gereği gecikme tazminatı isteyebilmek için temerrüt oluşmalıdır. İnşaat süresinde bitirilmediği takdirde, müteahhit temerrüde düşmüş ve arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin kira kaybını ifade eden gecikme tazminatı da muaccel hale gelmeye başlamıştır. Muaccel hale gelen bu gecikme tazminatının süresinde ödenmemesi ile temerrüt de kendiliğinden oluşur. Kira kaybı niteliğindeki gecikme tazminatına faiz isteyebilmek için müteahhidin ayrıca ihtar veya dava yoluyla temerrüde düşürülmesi gerekmez. Çünkü müteahhidin kusuru ile temerrüde düşmesi söz konusudur. Haksız fiilde dahi sadece kusuru ile zarara neden olmak, zararın doğumundan itibaren faiz istemeye yeterli olabiliyorken, kusuru ile sözleşmeye aykırı davranışın evveliyetle zararın doğum anında temerrüde düşmüş olduğu kabul edilmelidir.

Arsa sahibinin gecikmeden dolayı gerçek zararının karşılanması gerekir. Gecikme tazminatı, arsa sahibinin gecikme nedeniyle uğradığı zararı karşılama amacını taşımaktadır. Arsa sahibi, süresinde teslim yapılsaydı, kendisine kalan bağımsız bölümleri kiraya verecek ve kira paralarını da mutad olarak ay ay alacaktı. Kiracının bu kira paralarını ödememesi durumunda da, her ay itibarıyla bunların faizi ile birlikte tahsili için takip yapabilecek veya dava açabilecekti. Rayiç kira bedeli bilinebilir ve belirlenebilir olduğundan da, ayrıca ihtar gerek olmadığını kabul etmek gerekir.

Burada, mütedahil (işlemiş) iratların tediyesinden temerrüt eden borçlunun bunun için geçmiş günler faizini ancak icraya veya mahkemeye müracaat gününden itibaren tediye mecbur olduğuna dair BK m 104/1 hükmünün de uygulanması mümkün değildir. Bu hüküm kiraları kapsamaz.⁴⁶⁴ Çünkü, kira, taşınmazın kullanılmasının karşılığını oluşturan bir ivazdır. BK m 257 uyarınca da kira bedeli, sözleşme veya mahalli bir âdet ile belirli olan zamanda ödenmelidir. Bu zamanda ödenmediği takdirde temerrüt oluşur. Kira sözleşmesi ile ilgili özel hükümün varlığı nedeniyle genel hüküm olan BK m 104/1 uygulanmaz.

⁴⁶² “Davacı arsa sahipleri 12.04.1996 tarihinde açtıkları iş bu davada; gecikme nedeniyle 7 aylık kira kaybı alacağı ile cezai şartın tahsilini talep etmişlerdir. Mahkemece yapılan inceleme sonucu, davacı arsa sahiplerinin 01.07.1997 tarihinden itibaren kira alacağına hak kazandıkları kabul edilerek, bu tarihten itibaren 7 aylık kira alacağına hükmedilmiştir. Başka bir anlatımla, dava tarihinden sonraki dönem için kira alacağına hükmedilmiştir. Bu durumda dava tarihi itibarıyla henüz muaccel olmamış kira alacağının reddi yerine tahsiline karar verilmesi doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 15.12.1997, 4639/5375, YKD, 1998/5, s. 710, www.kazanci.com.tr.

⁴⁶³ “İnşaat ruhsatının alınmasında idari formaliteler ve imar mevzuatından kaynaklanan gecikmelere uğranması mümkündür. Bundan da müteahhidin sorumlu tutulması düşünülemez. O halde, mahkemece yapılacak iş; temel üstü ruhsatının alındığı tarihi Belediyeden sormak suretiyle saptamak, bu tarihe sözleşmede tanınan 36 aylık inşaat süresini eklemek ve varsa davacının kusuruna bağlı gecikmeler ilave edilmek, böylece inşaatın ikmal ve teslim tarihi saptandıktan sonra, dava tarihlerine göre bir gecikme varsa, sözleşmede öngörülen ifaya eklenen cezadan davacılara isabet eden miktara karar vermek olmalıdır.”, Y. 15. HD. 7.3.1989, 1988/2231, 1061, KOSTAKOĞLU, ss. 383-384.

⁴⁶⁴ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 487.

BK m106/2 de; "...Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve tevhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir" denilmek suretiyle, aynen ifa ve gecikme tazminatının birlikte talep edildiği yolunda karine oluşturulmuştur.⁴⁶⁵ Bir başka anlatımla, aynen ifayı talep eden alacaklı, gecikme tazminatını da talep etmiş sayılmalıdır. Bu nedenle , asıl edim borcunda temerrüt durumunda olan müteahhit, kira kaybı bakımından da temerrüt halinde kabul edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmemesine dayanan temerrüt, bu bağımsız bölümlerin getirileri olan kiralara da sirayet eder.

1.1.1.4.2 Kira Kaybının İstenebileceği Sürenin Belirlenmesi

A- Nama İfada Gecikme Tazminatı (Kira Kaybı) (BK m 102/1, m 106/2);

İnşaatın teslim edilmesi gerektiği süreye seçimlik hakkın kullanılması için eklenecek makul süre + mahkemeden nama ifa izni alınması için geçecek süre + müteahhidin işten el çektilmesi için geçecek süre + eksik ve ayıplı işlerin yapılması için gereken süre toplamı kadarki zaman için istenebilir.⁴⁶⁶ Bir başka anlatımla, kira kaybı, yalnızca aynen ifanın gerçekleşmesinin mümkün olduğu süre ile sınırlı olarak istenebilir.⁴⁶⁷

ÖZ, nama ifa kararından sonra, müteahhidin yapma borcunun para borcuna dönüştüğünü belirterek, müteahhidin sadece bu parayı ödemede gecikmesi ile sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir.⁴⁶⁸ Bu görüş eleştiriye açıktır. Müteahhitten alınan para ile edimin ifasının aynı anda sağlanması mümkün değildir. Çünkü, inşaat faaliyeti, zamana yayılmaktadır. Nama ifada, aynen ifa süreci devam etmektedir. Eksiklikleri müteahhidin kendisi tamamlasaydı, teslim kadarki gecikme tazminatından sorumlu olacaktır. Müteahhit yerine arsa sahibinin tamamlamasında da, gecikmeden müteahhit sorumlu olacaktır. Çünkü, aynen ifa süreci devam etmekte olup, müteahhidin geç teslimden doğan sorumluluğu ortadan kalkmış değildir. Hüküm altına alınan tutarın ödenmemesi durumunda, müteahhit, hem geç ödeme hem de geç teslimden sorumlu tutulacaktır.

⁴⁶⁵ EREN, C III, s. 292.

⁴⁶⁶ AYAN, s. 182.

⁴⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 388 ; "Davalı işi zamanında teslim etmeyerek temerrüde düştüğünden gecikilen süre için tazminat ödemekle yükümlü bulunmakta ise de, davacı tarafından davalıya keşide olunan 09.12.1993 tarihli ihtarnamede işin 14.12.1993'te iş sahibi tarafından teslim alınacağı, eksik ve ayıplı imalatların başka bir yükleniciye tamamlanacağı ihtar olunmuştur. Bu durum karşısında davacı iş sahibi, işi bizzat yapmayı üstlendiğinden makul süre içerisinde başka bir yüklenici bularak işi tamamlaması iyiniyet kuralları gereğinden olmakla mahkemece diğer bir yüklenici bulunması ve kalan işlerin tamamlanması için gerekli süre bilirkişiden alınacak ek bir raporla saptanmalı ve bu süre için gecikme tazminatına hükmedilmesi yerine, dava tarihine kadar oluşan süre için hesaplanan tazminattan BK'nın 44. maddesi gereğince indirimle gidilerek sonuca varılması Daire'mizin yerleşik içtihatlarına aykırı bulunmuştur.", Y. 15. HD. 24.1.2005, 2922/153 ; " Eksik iş bedelinin tahsili, sözleşmenin ifası demektir. Başka bir anlatımla, eksik işler bedelinin yükleniciden alınması demek, yükleniciye, ait olması gereken inşaatı bitirme ediminin, arsa sahipleri tarafından yerine getirilmesi, yani onun namına ifası demektir. Sözleşme, böylece, ifa olunmak suretiyle yerine getirildiğine ve dolayısıyla yüklenicinin edim borcu ortadan kalktığına göre, iş sahibi, işbu ikinci dava ile, ancak, eksik işlerin giderilmesiyle sınırlı süre için gecikme tazminatı isteyebilir.", Y. 15. HD. 3.2.1997, 255/555, YKD, 1997/2, s. 237vd.

⁴⁶⁸ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 138.

B-Eksik İşler Bedelinin Tahsilinde

Arsa sahibi kendisine kalan bağımsız bölümleri eksikliklerinin ve ayıplarının giderilmesi için işe başlama ve eksiklikler ile ayıpların giderilmesi için geçecek süre ile sınırlı olarak kira kaybı talebinde bulunabilir. Ancak inşaat arsa sahibine teslim edilmiş veya teslim edilebilir nitelikte ise, bu durumda inşaat kullanılabilir durumda bulunduğundan arsa sahibi kira kaybını isteyemez. Fakat gecikmeden kaynaklanan başka zararları varsa bunları isteyebilir. Örneğin kullanma izni zamanında alınmadığı için şantiye tarifesi üzerinden elektrik bedeli ödemesi ya da kendisine kalan bağımsız bedelleri daha düşük bedelle kiraya vermesi nedeniyle uğradığı zararlar gibi.

C-Pasif Aynen İfa Talebinde

İnşaatın teslim edilmesi gerektiği tarihten, ayıpsız ve noksansız teslim edildiği tarihe kadar geçecek süre ile sınırlı olarak kira kaybı istenebilir.

Burada önemle belirtmek gerekir ki Yargıtay uygulamasında, müteahhidin yaptığı bina kaçak olsa dahi ayıplı ve eksik iş bedeli talep edilemez ise de, sözleşmenin geçerli olması nedeniyle, sözleşmeye uygun yapılması gereken bağımsız bölümler için gecikmeden dolayı kira kaybı istenebilmektedir.⁴⁶⁹

Müteahhidin işten el çekmesi veya işi yapmayacağını bildirmesi durumunda, arsa sahibinin, pasif aynen ifa talebinde bulunması, bir başka anlatımla, aynen ifayı beklemesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır. Arsa sahibi bu durumda, aynen ifayı sağlamak için nama ifa veya şartları varsa eksik işler bedelinin tahsili yoluna başvurmalıdır. Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek, diğer seçimlik haklarını kullanması da mümkündür. Ancak, işten el çemiş veya işi yapmayacağını belirtmiş müteahhitten uzun süre aynen ifayı beklemek, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.⁴⁷⁰ Bu halde, arsa sahibinin, beklediği oranda artan zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Bu gibi durumlarda tarafların hak ve menfaatlerinin nasıl dengelenmesi gerektiği konusunda çeşitli görüşler vardır. Örneğin; arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkının düştüğünün kabul edilmesi⁴⁷¹ ; taraflar arasında ikale ya da tecil (erteleme) sözleşmesinin zımnen doğduğu⁴⁷² ; BK m 96 gereği tazminat istenmesi gerektiği⁴⁷³ gibi... Kanımca, bu gibi durumlarda, tarafların farazi iradelerini tespit etmeye çalışmak veya arsa sahibini belli seçimlik hakları tercih etmeye zorlamak doğru olmaz. Arsa sahibi, müteahhidin işi terk etmesine rağmen uzun süre sessiz kaldıktan sonra aynen ifa hakkını, nama ifa yoluyla

⁴⁶⁹ “Yanlar arasındaki uyumsuzluk istisna sözleşmesinin özel bir türü olan Kat Karşılığı İnşaat Yapımı Sözleşmesinden kaynaklanan kira tazminatı istemine ilişkindir. Yapılan düzenleme şeklindeki 5.4.1996 tarihli sözleşmenin geçerliliği tartışmasızdır. Bilirkişi raporuna göre de yapının ruhsatsız ve projersiz - kaçak - olduğu ortadadır. Gerçekten, mahkemenin de kabul ettiği üzere her türlü inşaat yapımının ilgili merciin vereceği ruhsata tabi bulunduğu, 3194 Sayılı İmar Yasasının kamu düzenine ilişkin olduğu açıktır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bu tür yapılarda kamu düzenine ilişkin imar yasasına aykırılık nedeniyle sadece yıkım istenebileceğinden, eksik işler, nefaset vs. talepler ileri sürülemezse de sırf sözleşme geçerli olduğundan ve inşaatın süresinde teslim edilmemesinden ötürü gecikme tazminatı "kira kaybı zararı" talep edilebilir. Mahkemece bu husus bir yana bırakılarak, davacının kira tazminatı istemi hakkında bir hükme varılması yerine davanın yazılı şekilde reddi bozma nedenidir.”, Y. 15. HD. 15.4.2002, 5904, 1828, www.kazanci.com.tr.

⁴⁷⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 75 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 408; ÖZ, Dönme, ss. 180-181 ; ERMAN, ss. 85-86 ; KARAHASAN, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 1105 vd.

⁴⁷¹ KARAHASAN, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 1106.

⁴⁷² DİRİCAN, ss. 97-99.

⁴⁷³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 75 ; ÖZ, Dönme, s. 180.

kullanabilecektir. Nama ifa yoluyla aynen ifada, ayıplı ve eksik işler bedeli, müteahhidin işten el çektikten veya işi yapmayacağını bildirdiği tarihten itibaren ki makul süre itibarıyla belirlenecektir. Gecikme tazminatıda bu makul süreye, işlerin bitirilmesi gerektiği sürenin eklenmesi ile bulunacak tarihe kadar istenecektir. Gecikme tazminatının da uzun süre beklendikten sonraki rayiçlere göre değil de, işten el çekilen tarihten itibaren makul süre sonundaki rayiçlere göre tespiti gerekecektir.

Yukarıda anlatılanların gecikme tazminatı yanında, ifaya ekli cezai şart için de geçerli olduğu muhakkaktır.

Arsa sahibi, işten el çeken veya işi yapmayacağını bildiren müteahhit hakkında, uzun süre bekledikten sonra, diğer seçimlik haklarını kullandığında da, aynı şekilde değerlendirme yapılmalıdır. Bir başka anlatımla, seçimlik haklardan doğan talepler, menfi, müspet zarar, cezai şart vs. müteahhidin işten el çektiği tarihten itibaren makul bir süre itibarıyla hesaplanmalıdır.

Yukarıda çok sık olarak kullanılan “makul süre” her olayın özelliğine göre dikkate alınabilecek bir süre olmasına rağmen, çok uzun bir süre de değildir. Örneğin, müteahhidin, işi yapmayacağını, arsa sahibine bildirmesinden sonra, özel durumlar olmadıkça bir-iki ay içinde arsa sahibi haklarını kullanmalıdır. Müteahhidin işten el çektiği durumlarda ise, arsa sahibinin, el çekmeyi öğrenmesi ve bunu doğrulaması için yapacağı araştırma dikkate alınarak süre belirlenmelidir.

1.1.1.5 İfaya Ekli Ceza Kavramı

BK m 158/2’de aynen “*Aktin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem aktin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya ihtirazi kayıt dermeyeran etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun*” denilmektedir.

Borcun ifasına bağlı ihlal en yaygın şekilde, zamanında veya kararlaştırılan yerde ifanın yapılmaması biçiminde gerçekleşmektedir. Bu nedenle de Kanunda iki hal açıkça öngörülmüştür. Bu ikisi dışındaki tüm borcun ihlali durumları için, ifaya bağlı olarak cezai şartın kararlaştırılması da mümkündür.⁴⁷⁴ Örneğin, ayıplı veya eksik teslim halinde ödenmesi kararlaştırılan cezai şart buna örnektir.

Tekrar ve önemle belirtmek gerekirse, borcun kararlaştırılan zamanda ve yerde ifa edilmemesi için kararlaştırılan cezai şartların, karine olarak ifaya ekli cezai şart niteliğinde olduğu Kanunla düzenlenmiştir. Bu iki ihlal hali dışındaki ihlal halleri için kararlaştırılan cezai şartların ilke olarak seçimlik cezai şart olduğu varsayılır. Ancak borcun zamanında ve kararlaştırılan yerde ifa edilmemesi hali için seçimlik cezai şart kararlaştırılacağı gibi, bu iki hal dışındaki durumlar için ifaya ekli cezai şart da kararlaştırılabilir. Burada önemli olan cezai şartın ifa ile birlikte istenebilir olup olmadığıdır.⁴⁷⁵

İfaya bağlı olarak ödenmesi kabul edilen ceza, sözleşmeden dönülmemesi ve kabul sırasında bu cezanın alınması hakkı mahfuz tutulduğunun (ihtirazi kaydın) müteahhide

⁴⁷⁴ KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003, ss. 151, 192-193

⁴⁷⁵ KOCAAĞA, s. 151.

bildirilmesi şartıyla müteahhitten BK m 158/2 uyarınca talep edilebilecektir.⁴⁷⁶ İhtirazi kayıt beyanı herhangi bir şekilde bağlı değildir⁴⁷⁷.

İhtirazi kayıt beyanının yokluğu, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da resen dikkate alınır. Çünkü ihtirazi kayıta bulunma şartı, kanunla öngörülen ve yokluğunda da, borcu sona erdiren bir müessesedir. Borcu sona erdiren savunma sebebi, “itiraz” niteliğinde olduğundan, hakimin bunu resen dikkate alması gerekir.⁴⁷⁸

Burada şu hususa dikkat edilmelidir. BK m 158/2 de “... kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun” denilmektedir. Buradaki “kabul” kelimesi, istisna ve kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, “teslim” anlamına gelmez. Teslim alma ile işin kabulü kavramlarının birbirinden ayrılması gerekir⁴⁷⁹. İşin kabulü (BK m362), müteahhidin yaptığı eserin sözleşmeye uygun görüldüğü ve açık ayıp iddiasında bulunmayacağı yönündeki beyana karşılık gelir. Bu nedenle teslim almada teslimin hukuki sonuçlarına yönelik bir irade söz konusu değildir.⁴⁸⁰ Cezai şartı talep için teslimde değil, kabulde ihtirazi kayda gerek vardır. Bu nedenle, teslimden sonra uygun bir süre içinde yapılacak muayene ve ihbara kadar ihtirazi kayıta bulunulabilmelidir.

Uygulamada, BK m 359/1 de, imal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecbur olduğu, BK m 362/ 2 de de, iş sahibinin kanunen tâyin olunan muayene ve ihbarı ihmal etmesi surumunda eseri zımnen kabul etmiş sayılacağına dair hüküm birlikte değerlendirilerek, ihtirazi kayıt şartı teslim tarihine indirgenmektedir. Teslim ile kabul arasındaki sürenin kısa olması ve uygulamada, teslimde ileri sürülmeyen ihtirazi kaydın, kabul de de ileri sürülmediği görüldüğünden, genel olarak Yargıtay Kararlarında, teslim tarihinin baz alınması tartışma yaratmamaktadır.

Kabul öncesinde arsa sahibinin müteahhide çekeceği bir ihtarla ceza hakkını talep edeceğini bildirmiş olması da ihtirazi kayıt yerine geçer.

Sözleşmede, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin eserin kabul edilmesinin, cezai şartı istemeye engel olmayacağı kararlaştırılabilir. Çünkü BK m 159/2 emredici bir hüküm değildir. Aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkündür.⁴⁸¹

İfaya ekli cezai şartın ifasına imkan sağlayan durum sonradan ortaya çıkmışsa, asıl borcun ifasından sonra da cezai şartın talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin, ayıplı

⁴⁷⁶ “BK nun 158/2. maddesi uyarınca eserin teslimi sırasında ceza isteme hakkını saklı tutmayan davacı cezai şart talep etme hakkını kaybetmiştir.”, Y. 15. HD. 8.4.2005, 2004/4535, 2134, LEGAL, 2005/6, s. 2213-2214 ; Aynı doğrultuda ; Y. 15. HD. 28.10.2004, 1465/5468, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 19.10.1993, 1992/5923, 4091, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 28.6.2000, 2328/3323, Yasa Hukuk Dergisi, 2001/4, s. 504.

⁴⁷⁷ DİRİCAN, s. 75 ; AYAN, s. 201.

⁴⁷⁸ DİRİCAN, s. 76-77 ; AYAN, s. 201, “Eserin sözleşilen muayyen zamanda teslimini sağlamaya yönelik cezai şart BK. nun 158. maddesinin 2. fıkrası karşısında eserin tesliminden sonra ve yukarıda açıklanan nedenlerle davalıdan istenemeyeceği, teslim sırasında hak saklı tutulmadığından söndüğü, bu yönün de hakim tarafından görevden ötürü (resen) gözönünde tutulması gerektiği düşünülmeyen 7.000 liranın da ödetilmesine karar verilmesi bozmayı gerektirir.”, Y. 15. HD. 16.6.1975, 2926/3106 ; Aynı doğrultuda; Y. 15. HD. 10.11.1977, 1906/2037, KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri 1-5, İstanbul, 2002, (ÖBİ), C II, s. 605.

⁴⁷⁹ ERMAN, s. 87.

⁴⁸⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 36 ; TANDOĞAN, C II, s. 127.

⁴⁸¹ ERMAN, s. 87.

veya eksik teslim nedeniyle cezai şart kararlaştırılmış ve teslimden sonra binada gizli ayıplar ortaya çıkmış ise, bunlar derhal müteahhide bildirilerek, cezai şartın tahsili istenebilir.⁴⁸²

Sözleşmede belli bir gecikme dilimini geçmemek üzere cezai şart kararlaştırılmışsa, “cezalılı süre” niteliğindeki bu süre boyunca sözleşmeden dönülemez.⁴⁸³

İfaya ekli cezai şartın istenmesi için sözleşmeden dönülmemiş olması gerekir⁴⁸⁴. Ancak taraflar sözleşmede ifaya ekli cezai şartın, sözleşmeden dönme durumunda da istenebileceğini kararlaştırabilirler⁴⁸⁵. Sözleşmede teslim zamanı aşıldığında belli bir süre ile ifaya ekli cezai şartın istenebileceği ve bu sürenin sonunda da sözleşmeden dönülebileceği kararlaştırılmışsa, cezalı süre sonunda hem sözleşmeden dönülebilir, hem de bu süreyle sınırlı olarak ceza istenebilir.⁴⁸⁶

İfaya ekli cezaya örnekler.

a-Maktu (sabit) ifaya ekli ceza örneği : “Eğer inşaat 15.04.2002 tarihinde tamamen bitirilip yapı kullanma izni alınmaz ise müteahhit arsa sahibine 100.000-TL. ödeyecektir.

b-Dönemsel ifaya ekli ceza örneği : “İnşaat 15.04.2004 tarihinde anahtar teslimi halde bitirilmez ise arsa sahibine kalacak her bir bağımsız bölüm için müteahhit arsa sahibine aylık (günlük) – TL. gecikme cezası ödeyecektir.

c-Aynı ifaya ekli ceza örneği : “Müteahhit sözleşme tarihinden itibaren 36 ay sonunda tüm inşaatı ayıpsız ve noksansız bir şekilde yapı kullanma izni alınmış olarak arsa sahibine teslim etmezse, 1. kattaki 2 nolu daire de arsa sahibine kalacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, cezai şartın ne için kararlaştırıldığıнын net bir biçimde ortaya konulmasıdır.⁴⁸⁷ Sadece bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmemesi durumu için cezai şart kararlaştırılmış ve teslim olgusu da yapı kullanma izni alınması şartına bağlanmamışsa, teslim alma ile cezai şart isteme hakkı ortadan kalkar. Örneğin, binada ayıp ve eksiklikler bulunması, bağımsız bölümlerin yapı kullanma izninin alınmamış olması, teslimde ihtirazi kayıta bulunulsa bile, ifaya ekli cezai şartı isteme

⁴⁸² KOCAAĞA, s. 202.

⁴⁸³ “Sözleşmenin 9. maddesine göre, gecikme halinde her daire için aylık 75 DM gecikme cezası ödeneceği ve bu cezanın 6 ayı geçemeyeceği belirtilmiştir. Bu maddenin anlamı, temerrütten itibaren 6 ay içerisinde sözleşmenin feshedilemeyeceğidir.”, Y. 15. HD. 28.3.2007, 2006/7906, 1932, www.kazanci.com.tr.

⁴⁸⁴ Y. 15. HD. 11.10.2001, 2276/4486, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 14.2.1996, 463/821, KARATAŞ, s. 286 ; 20.4.1992, 1991/5273, 2070, KOSTAKOĞLU, s. 436 ve s. 449 devamındaki içtihatlar ; Y. 15. HD. 3.3.2004, 629/1163 ; Y. 15. HD. 17.12.2003, 2979/6061 ; Y. 15. HD. 26.1.1994, 1993/1865, 320, www.kazanci.com.tr.

⁴⁸⁵ KARATAŞ, s. 287.

⁴⁸⁶ DİRİCAN, ss. 80-81, “Sözleşmede gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel, akdin ifasına bağlı olup müsbet zarar kapsamındadır. Kural olarak akdi fesheden tarafça istenemez. Ne var ki yanların imzaladığı sözleşmede; teslim zamanının geçmesinden sonra 60 gün hitamında akdin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı kararlaştırıldığından davacı iş sahibinin teslim tarihinden itibaren 60 gün geçmedikçe akdi feshetme imkanı bulunmamaktadır. Çünkü davalının temerrüt tarihi akitle teslim tarihinden 60 gün sonrasına bağlanmıştır. Bu nedenle davacı iş sahibi akdi feshedemeyeceği bu 60 günlük dönem için gecikme tazminatı olarak kararlaştırılan cezai şartı talep edebilir. Bu durumda mahkemece davacı iş sahibinin fazla ödeme olarak talep ettiği miktar ile 60 günlük cezai şart toplamına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur.”, Y. 15. HD. 1.10.2004, 4834/4802 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 21.4.2004, 2003/5058, 2275 ; Y. 15. HD. 24.6.2002, 2712/3412, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 22.6.1999, 1363/2688, KARATAŞ, s. 289.

Aksi görüşte, AYAN, s. 194, Dipnot 104 son cümle.

⁴⁸⁷ AYAN, ss. 194-195 ; DİRİCAN, s. 34.

hakını vermez. Aynı durumda, sözleşmede teslim, yapı kullanma izni alınması (iskan) şartına bağlanmış ise, fiilen teslim alma, cezai şart isteme hakkını düşürmeyecektir.⁴⁸⁸

İfaya ekli cezai şart alacağına faiz isteyebilmek için, gecikme tazminatına faiz istenmesi ile ilgili bölümde açıklanan benzer gerekçelerle, bu konuda, müteahhidin ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. İfaya ekli cezai şart bakımından temerrüdün oluştuğunu kabul etmek, gecikme tazminatından daha kolaydır. Çünkü, bu durumda gecikme halinde ödenecek tutar, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış durumdadır. Örneğin her ay için kararlaştırılmış olan ceza miktarına, ay sonlarından itibaren faiz tahakkuk ettirilebilmelidir.⁴⁸⁹ Maktu olarak kararlaştırılmış ifaya ekli cezai şart bakımından da aynı şey geçerlidir. Zamanında teslim etmemeden oluşan temerrüt nedeni ile ifaya ekli cezai şart bakımından da temerrüt gerçekleşmiş sayılmalıdır. Ancak, Yargıtay, her durumda ifaya ekli cezai şartın istenmesi için de, bu konuda müteahhidin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerektiği görüşündedir.⁴⁹⁰

Cezai şartın ödenme biçimi sözleşmede kararlaştırılmıştır. Bu borcun zamanında ödenmemesi ile temerrüdün oluşacağı açıktır (BK m 101/2). Para borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda BK m 103 uyarınca temerrüt faizi istenmesi için ayrıca bu konuda temerrüde düşme şartı bulunmamaktadır⁴⁹¹. Bu konuda aşağıdaki 13. Hukuk Dairesinin Kararını daha isabetlidir.⁴⁹²

Sonradan kararlaştırılan ifaya ekli cezai şartın, tüm cezai şartlar gibi, tarafların durumunu ağırlaştırdığı için, resmi şekilde düzenlenen sözleşmede yer alması gerekir. Aksi halde bu cezai şart hükmü geçersizdir.⁴⁹³

⁴⁸⁸ ERMAN, s. 31 ; Aski görüşte: AYAN, ss. 194-195.

⁴⁸⁹ AYAN, s. 200 ; DIRİCAN, s. 87.

⁴⁹⁰ “Davacı ve karşı davalı kooperatif vekilinin temyiz itirazlarına gelince; 15.12.1997 tarihli ek sözleşmede inşaatın 1998 yılı 8. ayı sonunda bitirileceği, süresinde bitirilmediği takdirde her bir daire için aylık 20.000.000 TL. gecikme cezası ödeneceği öngörülmüş, geciken her ay için o ayın sonundan itibaren gecikme tazminatına faiz yürütüleceğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Hal böyle iken 27.9.2001 tarihli bilirkişi raporuna göre her ayın sonundan itibaren aylık gecikme cezalarına faiz yürütülmesi ve takip tarihine kadar işlemiş 950.136.982 TL. faize hükmedilmesi doğru görülmemiş, ayrıca icra takibine konu edilen alacak gecikme cezasına ilişkin olup gecikme süresi ve ceza tutarının belirlenmesi yargılamayı gerektirdiğinden ve ortada likit –belirli- bir alacağın varlığından sözedilemeyeceğinden İİK. 67. maddesine aykırı olarak %40 icra inkar tazminatına hükümlenmesi usul ve yasaya aykırı görülmüş, asıl davada alacağa ticari faiz yürütülmesi talep edildiği halde avans faizine hükmedilmesi de bozma nedeni sayılmıştır.”, Y. 15. HD. 27.10.2003, 2058/5024 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 4.7.2005, 2004/6917, 3990 ; Y. 15. HD. 24.1.2005, 2004/2633, 152 ; Y. 15. HD. 26.6.2002, 1197/3484, www.kazanci.com.tr.

⁴⁹¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 937 vd. ; GÜNAY, Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara, 2002, s. 148 ; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963, ss. 113-114 ; KOCAAĞA, ss. 193-194 ; Aksi görüşte, EKİNCİ, Hüseyin, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, 2004, s. 283.

⁴⁹² “Davacı idare cezai şart alacağına 12.1.2000 tarihinden itibaren faiz işletilmesini talep etmiş, mahkemece ihtar olmadığından faiz başlangıcı dava tarihi olarak alınmıştır. Kira sözleşmesinde kira akti yenilenmediği takdirde taşınmaz boşaltılmaz ise günlük kira miktarının 4 katı tutarı cezai şart ödenmesi kararlaştırılmıştır. Kira sözleşmesinin yenilenmeyeceği ve dönem sonunda teslimi talep edildiğine göre kira sözleşmesi süresi sona erdiğinde davalılar tahliye edinceye dek cezai şartı ödemekle yükümlüdürler. Ödenmesi gereken ceza şart hesabında kira miktarı baz olarak alındığından ödenmesi gereken cezai şartın her bir ödeme dönemi dikkate alınarak kendi ödeme döneminden itibaren faiz işletilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”, Y. 13. HD. 15.4.2003, 78/4622, www.kazanci.com.tr.

⁴⁹³ “İfaya ekli cezai şartı içeren taahhütname, noterde düzenlenen sözleşme haricinde adi biçimde yapılmıştır. Taahhütnameyle davalıların durumu ağırlaştırılmış olmakla, bu taahhütname sözleşmenin esaslı şekilde tadili niteliğindedir. Bu itibarla, BK.nun 12’ye aykırı biçimde yapılan taahhütname geçersiz olduğundan, buna dayalı cezai şart talebinin reddi yerine kabulü doğru olmamıştır. Kaldı ki, ihtirazi kayıt dermeyeran edilmeden eser teslim alındığından, cezai şart istenemez.”, Y. 15. HD. 1.7.2002, 1288/3576, www.kazanci.com.tr.

1.1.1.5.1 İfaya Ekli Cezai Şartın Tenkisi Veya Butlanı

Uygulamada cezai şartın tenkisi veya butlanı gündeme sıklıkla gelmektedir. Bu konuya geçmeden önce cezai şartla ilgili temel ilkeleri ve kabulleri gözden geçirmek gerekir.

İfaya Ekli Cezai Şartın Amacı: Borçluyu sözleşmeye uygun ifaya zorlamak ve borcun sözleşmeye uygun ifa edilmemesinden doğan zararı önceden tespit ederek bunu ispatlama külfetinden kurtulmaktır.⁴⁹⁴ Daha sonra detaylı olarak inceleyeceğimiz seçimlik cezada (BK m 158/1) ifa etmemeden doğan zarar ön plandayken, ifaya ekli cezada sözleşmeye aykırı ifa nedeniyle doğan zarar ön plandadır.

Fahiş Cezanın Tenkisinin (BK m 161/son) Amacı: İfa imkanlarına güvenip, önünü göremeyen ve borca aykırılığın sonuçlarını tahmin edemeyen borçlunun, sömürülmesini ve ezilmesini önlemek suretiyle adaletin sağlanmasıdır.⁴⁹⁵

Cezanın Kısmi Butlanının Amacı: Tacirin iktisaden mahvının önlenmesidir. Bilindiği üzere TTK m 24 uyarınca, tacir sıfatına sahip borçlu, fahiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Ancak, BK m 19/2 de,

“Kanunun kat’î surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (âdaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.”

BK m 20/2 de de

–“Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lâğv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle bâtil addolunur”

denilmektedir. Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesinden, borçlu tacir sıfatına sahip olsa dahi, ifaya bağlı olarak, BK m 20/2 deki şartların varlığı halinde, cezanın kısmi olarak butlanına karar verilebileceği sonucuna varılır. Cezanın miktarı, tacirin iktisaden mahvına neden olabilecek tutarda ise, kişilik hakkını önemli ölçüde sınırlayan bu hükmün kısmi butlanı söz konusu olur.

Yukarıdaki ilkeler birlikte değerlendirildiğinde ödenmiş cezai şartın sonradan tenkisinin veya kısmi butlanının mümkün olmadığı sonucuna varılır. Çünkü, rızası ile cezai şartı ödeyen borçlunun, ezildiği veya sömürüldüğü ya da iktisaden yok olduğu kabul edilemez. Esasen ödendikten sonra cezai şartın indirilmesi söz konusu olursa, cezai şartı tahsil eden alacaklı, zamanaşımı süresi boyunca, bunu iade tehdidi altında olacaktır. Bu da hukuki istikrarsızlığa neden olur. Tüm bu nedenlerle, cezai şartı kısmen ödeyen borçlu, ödediği kısım, tamamen ödeyen ise tamamı için indirim veya iptal hakkından zimnen feragat etmiş sayılmalıdır. Kısmen ödenmiş cezai şartın, ödenmeyen kısım için ise indirim veya kısmi iptal hakları saklıdır.⁴⁹⁶ Sonuç olarak, cezai şart muaccel olduktan sonra, cezai şartı indirme hakkından borçlu vazgeçebilirse de, daha öncesindeki vazgeçme, doğmamış bir haktan vazgeçme niteliğinde olacağından geçerli sayılmaz⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ KOCAAĞA, s. 40 vd.

⁴⁹⁵ KOCAAĞA, ss. 216, 224-225

⁴⁹⁶ KOCAAĞA, ss. 227-228 ; DİRİCAN, s. 187, 190.

⁴⁹⁷ KOCAAĞA, s. 242.

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında cezai şartın, fahişlik sınırı ve bunun üstünde de iktisaden mahva neden olma sınırı bulunmaktadır.

Fahişlik sınırı ve iktisaden yok olma sınırının belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle cezai şartın zarar miktarından az olan kısmının tenkisine gerek olmayacağından, zararın belirlenmesi gerekir. Zarar olarak , gerçekleşebilecek en yüksek değer dikkate alınmalıdır.⁴⁹⁸

Cezai Şartın Fahişlik Sınırının Belirlenmesi: Borçlunun, sözleşmenin imzalandığı sırada cezai şartın aşırılığının farkında olsaydı, kesinlikle sözleşmeyi imzalamayacağına farzedildiği halde cezanın aşırı olduğu kabul edilmelidir.⁴⁹⁹

Cezanın aşırılığının tespitinde hangi anın dikkate alınacağına belirlenmesi gerekir. Baskın görüşe göre, karar anında tüm değişik durumlar dikkate alınmış olacağından, bu an itibarıyla fahişlik sınırı belirlenmelidir.⁵⁰⁰ Her davanın açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirileceğinden hareketle, cezanın fahişliğinin dava tarihi itibarıyla değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.⁵⁰¹ Yargıtay eski tarihli bir Kararında sözleşmenin yapıldığı andaki durumun esas alınması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁰² Kanımca, cezai şartın muaccel hale geldiği tarih itibarıyla fahişlik ve iktisaden yok olma sınırı belirlenmelidir. Karar tarihi gibi belirsiz ve ilerideki bir tarihin dikkate alınması, cezai şartın daha fazla tenkisini sağlamak veya tahsilini zorlaştırmak için borçlunun mevcudunu azaltmasına neden olacaktır. Benzer şekilde tacirlik sıfatı da, cezai şartın muaccel olduğu tarih itibarıyla dikkate alınmalıdır.⁵⁰³ Çünkü TTK m 24 de tacir sıfatına⁵⁰⁴ haiz bir borçlunun, cezanın indirilmesini isteyemeyeceği belirtilmektedir. Ceza istenebilir hale gelmeden indirilmesi de söz konusu olmayacağından, sözleşmenin yapıldığı andaki durum dikkate alınamaz⁵⁰⁵. Aksi halde, Kanunda, tacir sıfatıyla cezai şartı kabul eden veya sözleşmede tacir olan tarafın vs denilmek suretiyle, tacirlik sıfatının dikkate alınacağı an vurgulanırdı.

Doktrin, alacaklının menfaatleri, borcun ihlalinin ağırlığı, kusurun ağırlığı, tarafların ekonomik durumları dikkate alınarak cezanın tenkisi gerektiği görüşündedir.⁵⁰⁶ Yargıtay da benzer görüştedir.⁵⁰⁷

⁴⁹⁸ KOCAAĞA, s. 231, 233 ; GÜNAY, s. 182.

⁴⁹⁹ KOCAAĞA, s. 230.

⁵⁰⁰ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 151 ; KOCAAĞA, s. 238 ; EKİNCİ, ss. 324, 325.

⁵⁰¹ GÜNAY, s. 194 vd., 196.

⁵⁰² YHGK 20.3.1974, 1970/1053, 222.

⁵⁰³ Örneğin tacir olmayan bir kişinin imzaladığı kat karşılığı inşaat sözleşmesini, sözleşmedeki devir yetkisine istinaden, inşaat şirketine devretmesi veya bunun tersi durumunda, tacirlik sıfatının dolayısıyla da cezai şartın tenkisi imkanının sözleşme tarihi itibarıyla değerlendirilmesi ne kadar tutarlı ve adaletli olacaktır ?

⁵⁰⁴ Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir (TTK m 14).

⁵⁰⁵ Ancak doktrinde tacirlik sıfatının cezai şartın kararlaştırılacağı tarihe göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir ; KOCAAĞA, s. 258 ; DİRİCAN, s. 193 ; GÜNAY, s. 219

⁵⁰⁶ TUNÇOMAĞ, s. 144 vd ; KOCAAĞA, s. 230 vd. ; GÜNAY, s. 181 vd. ; DİRİCAN, s. 187 ; EKİNCİ, s. 328 vd. ; KARAGÖZ, Veli, İş Sözleşmelerinde Cezai Şart, Ankara, 2006, s. 52 vd.

⁵⁰⁷ “Ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nefasete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca kavuşabilmek için alacaklının asıl ediminin yerine getirilmesindeki çıkarı ile, ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın, borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerekir. Öte yandan alacaklının yararlarının hesabında, borçlunun ifa etmeye yüzünden sağlayacağı kazançlar da göz ardı edilmemelidir. Aşırılığın belirlenmesinde **ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi bir baskı yaptığı da gözetilmeli böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak şekilde indirimden de kaçınmalıdır.**”, YHGK, 12.4.2000, 13 –749/758, GÜNAY, s. 202 ; Aynı doğrultuda; Y. 13. HD. 3.5.2004, 2003/16053, 6546, www.kazanci.com.tr ; Y.13.HD. 5.3.1991, 9362/2424, UYGUR, C II, s. 422-423.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin müteahhidi genellikle tacir olduğundan, cezai şartın tenkisi söz konusu olmamaktadır. Ancak Yargıtay uygulamasında, yapı kooperatifleri tacir sayılmadığından, cezai şartın tenkisi, yapı kooperatifleri bakımından sıklıkla gündeme gelmektedir.⁵⁰⁸

TTK m 3 de, bu kanunda tanzim olunan hususlarla, ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işlerin ticari işlerden olacağı ; TTK m 12/3 de her çeşit imal ve inşaa işleriyle uğraşmak üzere kurulan müesseselerin ticarethane sayılacağı ; TTK m 14 de bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir deneceği ; TTK m 18 de ticaret şirketleriyle, gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilâyet, belediye gibi âmme hükmi şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin dahi tacir sayılacağı ; TTK m 45 de kooperatiflerin ticaret şirketi olduğunun belirtilmesi ; TTK m 136 da aynen “Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden ibarettir” denilmesi ; bunun yanında Kooperatifler Kanununa göre kooperatiflerin iflasa tabi olmaları (m 82), hüküm bulunmayan hallerde AŞ'lere ait hükümlerin uygulanması (m 98) hususları birlikte değerlendirildiğinde yapı kooperatiflerinin de tacir sayılması gerektiği sonucuna varılır.

21.4.2004 tarihinde 5146 sayılı Kanunla Kooperatifler Kanunu 1. maddesinde yapılan değişiklikle kooperatiflerin “teşekkül” olduklarına dair ibare yerine “ortaklık” ibaresi getirilmiştir. Bunun gerekçesi olarak tasarıda aynen “*Kooperatifler Kanununun mevcut l inci maddesinde kooperatifler "teşekkül" olarak tanımlanmıştır. Bilindiği gibi teşekkül, organizasyon anlamına gelmekte olup, literatürde genellikle kamu iktisadî teşebbüsleri için kullanılan bir kavramdır. Bu nedenle kooperatiflerin nitelikleri hukukî bakımdan tartışma konusu olmaktadır. Tasarı ile yapılan düzenlemede "teşekkül" kavramı yerine "ortaklık" kavramı kullanılarak kooperatiflerin gerçek kimliklerini kazanmaları sağlanmıştır.*” denilmektedir. Buna göre yapı kooperatiflerinin de tacir sayılması gerektiği konusunda bir tereddüt olmamalıdır.

Uygulamada, başlarını sokacak bir ev sahibi olmak için, sosyal konut yapmak üzere kooperatif kuran veya kooperatife ortak olan dar gelirlili insanların ağır cezai şart yükü altında ezilmeleri söz konusu olabilmektedir. Kanımca bu durumda cezai şart, ahlaka adaba aykırılık kapsamında değerlendirilerek, cezai şartın kısmi butlanına gidilmesi daha uygundur. Aksi halde toplu işyeri kooperatifleri, küçük sanayi siteleri kooperatifi gibi ticari işletmelerin veya tacirlerin üyesi olduğu kooperatifler ile kat karşılığı işmerkezi , dükkan veya büro gibi işyerleri yapan kooperatiflerin de tacir sayılmaması gibi bir durum söz konusu olacaktır. Hatta üyelerine lüks yüzme havuzlu villa veya daireler yapan kooperatifin tacir kabul edilmemesi de hem hakkaniyete ve hem de yukarıdaki açık mevzuat hükümlerine aykırıdır.

Cezai şartın hangi oranda tenkisinin yapılacağı konusunda uygulamada önerilmiş bir yöntem bulunmamaktadır. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundaki, akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranının belirleneceğine dair hükümler (m 6/A-d, m 10/f, m 10/B-i) kıyas alınabilir. Buna göre gecikme tazminatını ifade eden kira kaybının %30 fazlasının fahişlik sınırını ifade ettiği kabul edilebilir. İfaya ekli cezai şartın dönemselli olarak kararlaştırıldığı durumlarda, bunun kira kaybı ile kıyaslanması ve %30

⁵⁰⁸ “Ancak, davalı yapı kooperatifi olup, gerek Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.2.1996 tarih, 1956-45 sayılı kararıyla ve gerekse Dairemiz uygulamasında tacir sayılmadığından hüküm altına alınacak cezanın BK.nun 161/son maddesi uyarınca tenkisi olanaklıdır.”, Y. 15. HD. 15. 10.2003, 1782/4774, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda ; Y. 15. HD. 24.6.2003, 808/3457 ; Y. 15. HD. 6.2.2002, 290/538 ; Y. 15. HD. 18.10.1999, 1493/3693 ; Y. 15. HD. 11.3.1996, 1048/1263 ; Y. 15. HD. 11.3.1996, 1048/1263, www.kazanci.com.tr.

fazlasının dikkate alınması kolaydır. Bu durumda, alacaklının menfaatleri, borcun ihlalinin ağırlığı, kusurun ağırlığı, tarafların ekonomik durumları göz önünde bulundurulmuş olur. Çünkü, kira kaybı alacaklının menfaatini en doğru şekilde ortaya koymaktadır. Kira kaybında hem, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin adedi, hem de değeri dikkate alınmaktadır. Örneğin lüks konut veya villa kirasının, normal bir daire kirasından fazla olması söz konusudur. Kiranın işleme süresi, borca aykırılığın ve kusurun derecesini de ortaya koymaktadır. Tarafların iktisadi durumu da yapılan bağımsız bölümlerin niteliği ile örtüşmektedir. Villa veya lüks konut karşılığı yapılan inşaatta, arsa sahibinin ve müteahhidin sahip olacağı bağımsız bölümlerin değer ve niteliği ile tarafların iktisadi durumu arasında doğru orantı vardır. Buna göre, arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin her birinin aylık rayiç kirası 1000-TL ise, 1300-TL aylık kiraya kadarki cezai şart makul kabul edilebilir. Cezai şartın günlük, haftalık, 3 aylık vs. karşılaştırıldığı durumlarda da, bunun aya tekabül eden tutarı bulunarak kıyaslama yapılmalıdır.

Cezai şartın, borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi bir baskı yapma işlevinin de dikkate alınması gerekir. Bu nedenle BK m 159/1 de alacaklı zarara maruz kalmasa bile cezai şarttan borçlunun sorumlu olacağı belirtilmiştir. Zarar oluşmasa ya da çok az olsa dahi cezai şarttan sorumluluk söz konusudur⁵⁰⁹. Sabit ve yüksek olarak kararlaştırılmış ifaya ekli cezai şartın tenkis edilebileceği en alt sınırın da önerilmesi gerekir. Aksi halde, Örneğin 36 aylık inşaat teslim süresinin 2 gün geçmesi ile maktu olarak çok yüksek kararlaştırılmış ifaya ekli cezai şartın tamamının hüküm altına alınması adaletli olmaz. Cezanın tenkis edilebileceği en alt sınır da %30 luk kıstas dikkate alınarak, 1 yıllık kira kaybının %30'u şeklinde, başka bir anlatımla, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin 4 aylık kira kaybı olarak öngörülebilir.

Ifaya ekli cezai şartın maktu veya aynı olarak kararlaştırıldığı durumlarda da, ifanın tamamen gerçekleştiği ana kadar bulunacak zararın %30 fazlası dikkate alınarak cezanın tenkisi konusunda değerlendirme yapılabilir. Örneğin arsa sahibine kalacak 4 adet dairenin her birinin aylık kirası 1.000-TL, teslim de 10 ay gecikmeli yapılmış ve teslim kadar işlemiş aylık kademeli faiz de 2000-TL ise, sözleşmede kararlaştırılan 100.000-TL lik ceza; $(4 \text{ daire} \times 10 \text{ ay} \times 1000 \text{ -TL/ay} + 2000 \text{ -TL}) \times 1,30 = 54.600 \text{ -TL}$ ye tenkis edilecektir. Sözleşmede süresinde teslimin yapılmaması durumunda bir adet bağımsız bölümün arsa sahibine kalacağı kararlaştırılmış olsaydı, bu bağımsız bölümün, sözleşmeye uygun teslim tarihi itibarıyla değeri (Bu değeri 100.000-TL kabul edelim) dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır. Buna göre teslimin gerçekleştiği tarihteki 100.000-TL lik değer ile 54.600-TL arasındaki farkın (45.400-TL nin) arsa sahibice, müteahhide ödenmesi ile bağımsız bölümün arsa sahibine bırakılması ya da bağımsız bölümün arsa sahibine verilmeyip, müteahhidin doğrudan bu bedeli (54.600-TL yi) arsa sahibine ödemesi suretiyle cezai şartın tenkis edilmiş şekilde tahsili sağlanmış olacaktır.⁵¹⁰

Yukarıda ifaya ekli cezai şartın fahişlik sınırında sadece gecikme nedeniyle oluşan kira kaybı baz alınmıştır. Bunun yanında, başka zararların olması durumunda bu zararların da dikkate alınarak fahişlik sınırının tespitinin yapılması gerektiği açıktır. İndirimle ilgili belirlenen kıstasın mutlak olması mümkün değildir. Her olayın özelliği ve koşullarına göre yapılacak değerlendirmede daha farklı bir oran dikkate alınabilir. Yaptığım öneri, uygulamada birlik ve istikrar sağlanmasına yöneliktir.

⁵⁰⁹ KOCAAĞA, s. 250.

⁵¹⁰ KOCAAĞA, s. 248.

İndirim kararı, inşai bir karar olup, kararın kesinleşmesi ile geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur.⁵¹¹

Yukarıda yapılan açıklamalar tacir olmayan borçlu-müteahhit bakımından fahişlik sınırının belirlenmesine ilişkindir. Tacirlik sıfatının mevcudiyetinin belirlenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmadığından detaya girilmemiştir. Esasen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan müteahhit bakımından bu sıfat konusunda uygulamada, yapı kooperatifleri dışında pek sorun yaşanmamaktadır.

Tacir olan müteahhit bakımından cezai şartın batıl sayılması için, onun ekonomik özgürlüğünü aşırı şekilde ihlal etmek suretiyle, şahsiyet hakkına tecavüzde (TMK m 23) bulunması gerekir. Şahsiyet hakkını koruyan hükümlere aykırı sözleşmeler de ahlaka aykırı düşerler⁵¹². Bu nedenle cezai şartın, müteahhidin ekonomik özgürlüğünü zorlamasından ziyade, yok etmesi, ağır şekilde sınırlaması veya gelecekteki ekonomik varlığını büyük tehlikeye düşürmesi gerekir⁵¹³.

Konuyla ilgili Yargıtay'ın emsal teşkil eden kapsamlı İçtihadında⁵¹⁴ 654.999-TL keşif bedelli bir inşaat işinde, işin teslimine kadar muaccel olan 1.280.000-T (bir başka anlatımla işin bedelinin iki katına yakın orandaki) ifaya ekli cezai şartın, müteahhidin iktisaden mahvına neden olup olmadığını tespitinin yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Oysa benzer bir olayda, böyle bir cezai şartın, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hüküm olduğu gerekçesiyle doğrudan geçersiz olduğuna karar verilmiştir.⁵¹⁵ Bu Karar tartışmaya açıktır. Tacir olan müteahhit ile iş sahibi arasında kararlaştırılan cezanın yapılacak işin tutarının iki katı oranında olması, tek başına butlan sebebi olmamalıdır. Yapılacak işin boyutu, fiyatı, kapsamı, tarafların iktisadi durumu gibi kıstaslar dikkate alınmalıdır. Bazen zarar, yapılacak işin ücretinden çok daha fazla olabilir. Örneğin, fotoğrafçının edimini zamanında ifa etmemesi durumunda, düğün töreni için kararlaştırılan fotoğraf çekim ücretinin iki katı oranında cezai şart kararlaştırılması mümkün olmayacak mıdır ? Daha da ileri gidersek, bu törene ait resimlerin yanmış olması durumunda, ücretin çok üstünde (örneğin ücretin 5 katı veya 10 katı) oluşan manevi zarar dikkate alınmayacak mıdır ? Aynı şeyi belli bir süre içinde yapılması gereken estetik ameliyetlar, inşaat ve tamir işleri için de söyleyebiliriz.

Yargıtay Kararında eleştirilecek ikinci bir husus da, cezai şartın doğrudan geçersiz sayılmasıdır. Halbuki tarafların cezai şart ödenmesi konusunda birleşen iradeleri dikkate alınmalı ve cezanın tamamının iptali yerine, kısmi butlan hükümleri uygulanmalıdır.

⁵¹¹ KOCAAĞA, ss. 254-255.

⁵¹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 402.

⁵¹³ ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007, s. 268.

⁵¹⁴ YHGK 20.3.1974, 1970/1053, 222, www.kazanci.com.tr.

⁵¹⁵ "Taraflar arasındaki 31.3.1995 tarihli sözleşmenin 8. maddesinde, inşaatın 30.6.1995 gününe kadar bitirilememesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu tazminat, BK'nın 158/II.maddesinde düzenlenmiş bulunan "ifaya ekli ceza" niteliğindedir. Sözleşmeye göre de, işin bedeli, zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici - ceza olarak- hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek; iş sahibi de -durduğu, yerde- hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir para alacaktır. Gerçi geciken ifa nedeniyle iş sahibinin de zararı söz konusu olursa da, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da, taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK'nın 19.maddelerine aykırı olup, BK'nın 20/II.maddesi uyarınca butlan ile batıldır. Bu itibarla, reddi gereken ceza isteminin kabulü isabetli bulunmamış, kararın açıklanan nedenle de bozulması gerekmiştir.", Y. 15. HD. 11.5.2000, 1999/4655, 2324, www.kazanci.com.tr.

Sonuç olarak, tacir olan müteahhit bakımından cezai şartın üst sınırını iktisaden mahva neden olma oluşturmaktadır. Tacirin iktisaden mahvına neden olmasının sınırı, her tacirin ekonomik durumuna göre belirlenecektir. Bu belirlemede esas alınacak en önemli kıstas ise yapılan işin büyüklüğü ile müteahhidin iktisadi gücüdür. Yapılan işin büyüklüğü, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, inşaat maliyeti dikkate alınarak belirlenir. İnşaat ruhsatında yer alan yapı sınıfı ile inşaat alanının çarpılması sonucu maliyet bulunur. Bunun içinde %25 müteahhitlik karı ve genel giderler vardır. O halde iktisaden mahvolmanın alt sınırı, objektif olarak bu %25 lik orana tekabül eden tutar alınabilir. Müteahhidin iktisadi durumu, yapılacak araştırma ve bilirkişi incelemesi ile tespit edildikten sonra iktisaden mahvolma sınırı netleştirilecektir. Örneğin 10 dairesi inşaatı 150 m2 lik her bir dairenin inşaat maliyeti 80.000-TL , toplam maliyette 800.000-TL ise, müteahhitlik karı ve genel giderlere tekabül eden 200.000-TL objektif olarak iktisaden mahvolmanın alt sınırıdır. Müteahhidin iktisadi durumu iyileştikçe, bu sınır daha yukarı çekilecektir. İktisadi durumu çok zayıf veya kötü olan müteahhit bakımından alt sınır dikkate alınabilir. Makul ve somut gerekçeleri gösterilerek bu altı sınırın da altına inilebilir. Örneğin, inşaat piyasasındaki durgunluk ve ağır ekonomik kriz nedeniyle oluşan zararına satışlar ve müteahhidin şimdiki ve zaten başlangıçta da iktisadi durumunun yüksek olmaması gibi sebeplerle cezai şartta daha yüksek oranda indirimlere gidilebilir. Bunun için müteahhidin iktisadi durumunun defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle ortaya konulması gerekebilir.⁵¹⁶

Burada, cezai şartın tamamının mı, yoksa, en üst seviyesinden iktisaden mahvolma sınırına kadar olan kısmının mı geçersiz sayılacağı belirlenmesi önem taşımaktadır. Doktrinde bu konuda iki görüş vardır⁵¹⁷. Birinci görüşe⁵¹⁸ göre; BK m 20/2 deki, “akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı” ile kast edilen, sözleşmenin her bir şartının (anlaşmasının) tamamıdır. Yoksa sözleşmedeki bu şartın kapsamının bir kısmı kastedilmemektedir. Bir başka anlatımla “borçlanılan edimin” bir kısmının değil, “sözleşmenin” bir kısmının butlanı söz konusudur. Bu nedenle, sözleşmedeki cezai şart ahlaka adaba aykırı ise, sözleşmenin tamamı iptal olmayıp, cezai şartın tamamı iptal edilebilir. Yoksa cezai şartın bir kısmının iptali mümkün değildir. Bu görüş eleştiriye açıktır. Söz konusu görüşe göre, sözleşmenin batıl olan konusunu içeren tüm edimlerin iptali gerekmektedir. Oysa Kanunda “konu” kıstası getirilmek istenseydi, bu açıkça belirtilirdi. Örneğin sözleşmedeki cezai şartlardan birinin iptali ile, sözleşmenin ayakta tutulması mümkünken, tüm cezai şartların geçersiz hale geleceğini kabul etmek ne kadar doğrudur ? Daha da somutlaştırırsak, sözleşmede inşaatın zamanında teslim edilmemesi halinde, hem maktu ve hem de aynı ifaya ekli cezai şart öngörüldüğünde, bu cezai şartlardan birinin iptali ile sözleşme ayakta tutulabileceken, tümünün iptalinin gerektiğini ileri sürmek ne derece Kanunun açık hükmüne uygun olacaktır ?

⁵¹⁶ “Öte yandan, davalının tacir olduğu saptansa bile, TTK'nin 24. madde hükmünün, her sözleşme için uygulama imkanı bulunan BK'nin 20. madde hükmü ile sınırlı olduğu düşünülerek, ticaret sicil dosyası getirilip, toplam sermaye tutarı tespit edilerek söz konusu cezanın tahsili halinde, davalının eski'den olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdüremeyeceği, şayet mümkün olmazsa bu durumun onun iktisaden mahvına sebep olup olmayacağı, yine bilirkişiye inceletirilmeli, bu durum davalının ekonomik mahvına sebep olacağı, BK'nin 20. maddesine göre, bu seviyedeki cezai şart ahlaka ve adaba aykırı olduğundan, yine cezai şartta indirim gerekeceği düşünülmelidir.”, Y. 15. HD. 5.10.1999, 1865/3481 ; Aynı doğrultuda; Y. 13. HD. 3.10.1988, 2765/4383, www.kazanci.com.tr.

⁵¹⁷ KOCAAĞA, s. 263-264.

⁵¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 913; BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, s. 60 vd., özellikle s. 62 ; ATEŞ, s. 271 ; KOCAAĞA, s. 964 ; DİRİCAN, s. 201.

Diğer görüş ise, cezai şartın kısmi butlanının mümkün olduğu yönündedir⁵¹⁹. Bu görüşlerden, ahlaka adaba aykırı cezai şartın tamamen geçersiz sayılması yerine, hukuka uygunluk sınırına çekilmesi görüşüne üstünlük tanınması gerekir. Sözleşmenin tüm şartları ve unsurları ile birlikte ayakta tutulması yönünde yorum yapılarak ve tarafların iradesine itibar edilerek sonuca ulaşılmalıdır. Tarafların iradesi sözleşmede cezai şartın yer alması yönünde birleşmiştir. Bu cezai şartın tamamı yerine, emredici kurallara aykırı bölümünün geçersiz sayılması ile tarafların iradesi dikkate alınmış olur. Bu şekildeki bir yaklaşımla, sözleşmenin tamamen batıl sayılması riski de ortadan kalkar. Bilindiği üzere, cezanın tamamen iptali, seyrek de olsa bazı hallerde⁵²⁰ sözleşmenin tümüne sirayet ederek iptaline neden olabilir (BK m 20/2)⁵²¹. Cezai şartın kısmen butlanı bu riski (sözleşmenin tamamının da iptali riskini) önler. Kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı kabul edilse bile, BK m 20/2, m 161/son hükümlerinin kıyasen uygulanarak boşluğun TMK m 1 uyarınca doldurulması mümkündür. Kaldı ki, cezai şartın kısmi butlanının mümkün olmadığını ileri süren yazarlar dahi, TTK m 1466 hükmünün⁵²² dikkate alınarak cezanın indirilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedirler⁵²³.

Yargıtay ise, iktisaden mahva neden olacak derecede aşırı yüksek cezai şartın “kısmen veya tamamen” iptalinin mümkün olduğu görüşündedir.⁵²⁴

1.1.1.5.2 Gecikme Tazminatı (Özellikle Kira Mahrumiyeti) – İfaya Eklenen Ceza Kavramlarının Arasındaki Farklar, Uygulamadaki Karmaşa Ve Çözüm Önerisi

Doktrinde ve bazı Yargıtay kararlarında sözleşmede gecikilen her ay veya gün için belirlenmiş gecikme cezası, gecikme tazminatı veya gecikme kirası vs. adı altındaki taleplerin, kira kaybı (gecikme tazminatı) karşılığında olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşü hakimdir.⁵²⁵

Bu görüşler tartışmaya açıktır. İşin zamanında bitirilmemesi halinde, (geç teslim nedeniyle her bir bağımsız bölüm için kira kaybı veya gecikme tazminatı niteliğinde olduğu açıkça belirtilenler hariç) sözleşmede kararlaştırılan, her nam adı altında olursa olsun aylık, günlük veya dönemsel taahhütlerin ifaya ekli cezai şart niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

⁵¹⁹ EREN, C I, ss. 411-412 ; Cezanın tenkisinin, akdin kısmen iptali sayılabileceğine dair görüş için bkz. Von Tuhr, s. 227.

⁵²⁰ Cezai şartın sözleşmenin esaslı bir unsuru olarak dikkate alındığı veya cezai şart olmaksızın sözleşmenin de yapılmayacağı anlaşıldığı hallerde.

⁵²¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 85.

⁵²² “Hukuki Muamelelerin Yasak Edilmesinin Ve Edalarda En Yüksek Hadlerin Aşılmasının Neticeleri” başlıklı TTK m 1466 da aynen “Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, bâttır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salâhiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanunu’nun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz.” denilmektedir. Detaylı açıklama için bkz. BAŞPINAR, s. 160 vd.

⁵²³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 913 ; ATEŞ, s. 292 ; KOCAAĞA, s. 264 ; DİRİCAN, s. 201.

⁵²⁴ “...kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal olunabilir.”, Y. 15. HD. 28.3.2002, 1188/1472 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 8.4.1996, 1857/1961, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 24.6.1992, 5216/3281, UYGUR, C II, s. 421.

⁵²⁵ KOSTAKOĞLU, ss. 622-623; UYGUR, C II, s. 476 ; Y. 15. HD. 15.4.2003, 2002/5513, 1994, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 2.5.1989, 3912/2243, UYGUR, C II, s. 362 ; Y. 15. HD. 2.5.1989, 4095/2245, UYGUR, C II, s. 363 ; Y. 15. HD. 4.10.1988, 88/3118, UYGUR, C II, s. 363.

Çünkü BK. m 158/2’de aktin belirli bir zamanda ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere kabul edilen cezai şartın ifaya ekli cezai şart olduğu belirtilmiştir. Aktin belirli bir zamanda ifa edilmemesi sonucu kararlaştırılan bu cezai şartın dönemsel, sabit veya aynı olması konusunda kanunda bir kısıtlama yoktur. Aktin zamanında ifa edilmemesi durumunda hem dönemsel nitelikte, hem de maktu (sabit) hem de aynı cezai şart birlikte veya ayrı ayrı kararlaştırılabilir.

Dönemsel nitelikte ödenmesi kararlaştırılan cezai şart onun kira mahrumiyeti veya gecikme tazminatı niteliğine dönüşmesi anlamına gelmez. Çünkü gecikme tazminatı, adından da anlaşılacağı üzere, BK m 106/2 gereği gecikme nedeniyle oluşan somut zararı ifade eder. Bu somut zarar bazen sözleşmede gecikme halinde kararlaştırılan dönemsel ödeme tutarından bazen çok büyük, bazen de çok küçük olabilir. O nedenle sözleşmedeki dönemsel cezai şart gerçek zararı her zaman yansıtmaz. Zararın, cezai şart tutarından fazla olması durumunda, borçlunun kusurlu bulunması şartıyla aradaki farkın ayrıca istenmesi mümkündür (BK m 159/2).⁵²⁶ Fakat sözleşmede inşaatın zamanında bitirilmemesi halinde her bağımsız bölüm için istenecek kira bedelinin ne olacağı açıkça kararlaştırılmışsa tarafların bu iradelerine uygun olarak saptanan kira bedellerinin, önceden sözleşme ile kararlaştırılmış gecikme tazminatı niteliğinde olduğunun kabulü gerekebilir. Buna göre dönemsel nitelikte kararlaştırılan ifaya ekli ödenceler aşağıdaki özellikleri taşıyorsa, gecikme tazminatı niteliğinde sayılabilir.

1-Ödence dönemsel nitelikte (özellikle aylık) olmalıdır.

2-Ödence her bağımsız bölüm için ayrı ayrı belirlenmeli veya bağımsız bölüm başına kararlaştırılmalıdır.

3-Ödencenin kira karşılığı veya mahrumiyeti yada gecikme tazminatı olarak kararlaştırıldığı sözleşmede belirtilmelidir.

Yukarıdaki şartların tümünü taşıyan ödemeler gecikme tazminatı niteliğinde kabul edilebilir. Ancak bu durumda da, inşaatın teslim süresinin çok gecikmesi ile ödenecek tazminatın yetersiz kalması söz konusu olabilecektir. Aksi durum da söz konusu olabilir. Bir başka anlatımla, gecikme tazminatı çok fahiş olarak belirlenmiş olabilir. Bu engellerin nasıl aşılması gerektiği aşağıda belirtilecektir.

Cezai şart ile gecikme tazminatı ilişkisine somut bir örnek vermek gerekirse; sözleşmede inşaatın bitirilmemesi halinde gecikilen her ay için, cezai şart olarak, arsa sahibine kalan her bir bağımsız bölüme karşılık 600-TL. ödeneceği kararlaştırılmış olsun. İnşaat teslim edilmesi gerektiği tarihten sonra bitirilmiş ve mahalli rayiçlere göre arsa sahibine kalan her bir bağımsız bölümün aylık kira bedeli de 100-TL. ise sözleşmede gecikme tazminatı ve cezanın birlikte ödeneceğine dair hüküm de yoksa, arsa sahibi, her bir bağımsız bölüm için aylık 600-TL. cezai şart talep edecektir. Ancak bunun için teslimde ihtirazi kayıta bulunması gerekir. Eğer teslimde ihtirazi kayıta bulunmamışsa, sadece kira kaybı neyse onu talep edebilecektir. Örneğin bağımsız bölümlerin aylık rayiç kirası 100-TL. ise, bakiye 500-

⁵²⁶ “Yanlar arasındaki sözleşmenin 11. maddesinde inşaatın geç teslim edilmesi halinde her bir daire başına aylık 3.000.000-TL. gecikme cezası ödeneceği yazılı olup, kararlaştırılan bu miktar cezai şart hükmündedir. Davacılar BK m 159/2. maddesi uyarınca sözleşmede öngörülen cezai aşan zararlarını talep edebileceklerinden bağımsız bölümlerin belirlenen tarihler arasındaki rayiç kira bedelinin bilirkişi incelemesi ile saptanması ve cezai aşan zararın da hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 15. HD. 7.11.2001, 2475/5045, Yargı Dünyası Dergisi, s. 106.

TL yi talep edemez. Rayiç aylık kira 800-TL olsaydı, teslimde ihtirazi kayıt koymasa bile, 800-TL nin tamamını talep edebilir.⁵²⁷

Gecikme tazminatı ile cezai şartın ayrı ayrı talep edilebileceği sözleşme ile kararlaştırılmışsa, sözleşmenin bu hükmüne geçerlilik tanınması gerekir. Aksi halde, bu iki kalem alacağı birlikte talep edilmesine BK m 159/2 hükmü engeldir.⁵²⁸

Arsa sahibi, sözleşmede geç teslim nedeniyle kararlaştırdıkları kira bedelinin, daha sonra teslimde rayiç bedelden daha az olduğunu iddia ederek aradaki farkı talep edebilir mi? Yargıtay'ın bu konudaki görüşü olumsuzdur.⁵²⁹

Bu bölümdeki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere ifaya ekli cezai şart ile önceden kararlaştırılan gecikme tazminatı arasındaki ayrımın konulmasında bir çok karmaşa yaşanmakta ve bu da hukuki istikrarsızlık ve güvensizlik yaratmaktadır.⁵³⁰ Uygulamada karşılaşılan sorunların başlıcaları şunlardır;

a)Öncelikle sözleşmede, geç ifaya bağlı olarak karşılaştırılan ödemelerin ne olduğu konusunda tarafların net ifadeler kullanmamaları söz konusu olmaktadır. Örneğin sözleşmelerde; bağımsız bölümlerin süresinde teslim edilmemesi halinde;

-TL kira cezasının ödeneceği,
-TL gecikme cezası ve kiranın ödeneceği,
- ----- TL ceza olarak kira ödeneceği,

gibi çelişkili ifadeler yer almaktadır. Dolayısıyla, kararlaştırılan tutarın ifaya ekli cezai şart mı, yoksa gecikme tazminatını olarak belirlendiği tartışması yaşanmaktadır.

⁵²⁷ “Yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 8. ve 22. maddelerinde kararlaştırılan günlük miktarlar cezai şart olarak kabul edilmiştir. Mahkemece de sözleşmedeki bu miktarların üzerinde talepte bulunulamayacağı görüşünden hareketle sonuca ulaşılmıştır. Oysa Borçlar Kanunu'nun 159/2. maddesi uyarınca alacaklı sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı aşan zararını da borçludan talep edebilir. Dava konusu olayda, davalının kusuruyla işin zamanında bitirilemediği anlaşılmaktadır. İşin gecikmesinde davacının kusuru bulunduğu ispatlanamamıştır. Bu durumda mahkemece 12.7.1999 ila 1.12.2000 dönemi için davacının cezai şartı aşan zararının mahallindeki rayiç kira üzerinden hesaplanması ve davalının ödemelerinin belirlenecek miktardan düşülerek davanın sonuçlandırılması gerekirken, sadece sözleşmedeki cezai şartta hükmedilmesi cezayı aşan miktarın reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 23.11.2005, 2004/7694, 6271, Legal Hukuk Dergisi, 2006/1, s. 174 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 8.7.2004, 2003/6165, 3813, Yargı Dünyası Dergisi, 2005/1, ss. 132-133.

⁵²⁸ Öte yandan mahkemece inşaatın geç teslimi nedeniyle hem cezai şartta ve hem de kira alacağına hükmedilmiştir. Oysa sözleşmede gecikme halinde cezai şart dışında ayrıca gecikme tazminatı ödeneceğine dair bir hükme yer verilmediğinden cezai şartı aşan gecikme alacağı varsa gecikme cezasına ve cezayı aşan miktara, aksi takdirde sadece cezai şartta hükmedilmesi gerekirken B.K.nun 159/2. maddesi hilafına hem cezaya hem de kiraya hükmedilmesi doğru olmamıştır.”, Y. 15. HD. 24.1.2005, 2004/2633, 152, LEGAL, 2005/2, s. 736.

⁵²⁹ “Yanlar arasında imzalanan 18.11.1996 tarihli sözleşmenin 4. maddesinde "İnşaatın 18 ayda tamamlanıp oturulacak şekilde teslim edileceği, gecikme halinde aylık 150.000.000 TL'nin müteahhit tarafından arsa sahibine gecikme bedeli olarak ödeneceği" kararlaştırılmıştır. Görüldüğü üzere 4. maddede kararlaştırılan alacak, cezai şart olmayıp gecikme halinde ödenecek maktu kira bedelidir. Bu nedenle aylık 150.000.000 TL dışında oluşan gecikme alacaklarının BK.nun 159/2. maddesine dayanılarak istenmesi mümkün değildir.”, Y. 15. HD. 25.5.2005, 133/3123 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 28.5.1998, 1797/2279, 1998/11, EKİNCİ ss. 207-209 ; UYGUR, C II, s. 1662 ; Y. 15. HD. 5.3.1990, 4589/949, UYGUR, C II, s. 366 ; Y. 15. HD. 2.3.1989, 2589/1055, UYGUR, C II, s. 366.

⁵³⁰ AYAN, s. 204-206 daki muhtelif Yargıtay Kararları ve doktrin görüşleri ; KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır ?, TBBD, sayı 74, 2008, (Tazminat), s. 149 vd.

b)Kira bedeli (tazminatı, zararı vs) adı altında kararlaştırılan tutar, teslim zamanındaki rayicin çok altında kalabilmektedir.

c)Kira bedeli çok aşırı olarak belirlenebilmektedir.

Yukarıdaki belirsizliklerin giderilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, başlangıçta bazı kabullerin yapılması gerekir. Öncelikle arsa sahibinin, geç teslim nedeniyle uğrayacağı kira kaybından daha az zarara uğramayı kabul etmesi kendisinden beklenemez. Bir başka anlatımla, sözleşmeye geç teslim nedeniyle uğranılan zarar konusunda hiçbir hüküm koymayan arsa sahibinin hakkı, bu konuda hüküm koyan arsa sahibinin hakkından üstün tutulamaz. Hayatın olağan akışına göre de, arsa sahibinin rayiç kira kaybından daha az zararı kabul etmesi beklenemez. Arsa sahibinin, sözleşmeye geç teslim nedeniyle koyduğu ödencenin amacı, hem zararını baştan en az olacak şekilde belirlemek, hem de müteahhidi zamanında ifaya zorlamaktır. Müteahhit bakımından ise, oluşacak zararın kararlaştırılan tutarla karşılanmasının garanti edilmesi söz konusudur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, uygulamadaki çelişki ve istikrarsızlık, geç teslimle bağlı tüm ödüncelerin ifaya ekli cezai şart niteliğinde sayılması ile giderilebilecektir.⁵³¹

Bu durumda, teslimde ihtirazi kayıt konulması şartıyla, gecikmeye bağlı kararlaştırılan ödence gerçek zarardan fazla ise, tamamı hüküm altına alınacak, gerçek zarardan az ise, aradaki fark arsa sahibi tarafından talep edilebilecektir. Eseri kabulde, ihtirazi kayıt söz konusu değilse, arsa sahibi gecikme nedeniyle uğradığı gerçek zararının tamamını isteyebilecektir.

Böyle bir yorumun, müteahhit aleyhine sonuçlar doğuracağı, sözleşme hürriyetine müdahale teşkil edeceği ileri sürülebilir. Ancak sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki tarafların farazi iradeleri dikkate alındığında, aksinin kabulü mümkün değildir.

Özellikle, sözleşmede kararlaştırılan gecikme tazminatının, gerçek zarardan çok daha az olduğu durumlarda, müteahhidin bu hükme dayanarak inşaatı zamanında bitirmek konusunda çaba göstermemesi söz konusu olacaktır. Özellikle sözleşmenin kuruluşu sırasında kararlaştırılan gecikme tazminatı, sözleşme süresi bitiminde ve çoğunlukla sürenin uzaması nedeniyle ileriki bir zamanda, gerçek zararın çok altında kalabilmektedir. Bu durumda, işin tamamlanması ne kadar uzarsa uzasin, arsa sahibinin zararı sabitlenmiş olmaktadır. Örneğin, sözleşmenin imzalandığı sırada arsa sahibine kalan bağımsız bölüm kirası 600-TL iken, inşaatın bitmesi gereken tarihte 1000-TLdir. İnşaat, müteahhitten kaynaklanmayan nedenlerle (Örneğin, arsanın pürüzlerinin giderilmesi veya mucbir sebepler ya da ilave işler nedeniyle) gecikmiş olsa bile, bu gecikme dikkate alınarak hesaplanan süre sonundaki kira bedeli yine aynı olacaktır. Örneğin, arsanın imar probleminin çözülmesi 5 yılda mümkün olmuş, inşaat süresi de 3 yılsa, 8. Yıl sonunda da rayiç kira 5000-TL ise, arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırılan 600-TL yi isteyebileceğini kabul etmek adaletsizlik olur. Bu adaletsizlik, uzun gecikmenin müteahhitten kaynaklandığı durumlarda daha da belirginleşir. Örneğin müteahhit bir kooperatif olup, kooperatifin kusurlu tutumuyla inşaat 10 yılda tamamlanabilmiştir ve rayiç kira ile sözleşmede kararlaştırılan kira bedeli arasında 10 kat fark vardır. Bu durumda, kusurlu müteahhidi sözleşmede kararlaştırılan kira bedeli ile sınırlı olarak sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olur. Müteahhidin sorumluluğunun sınırlandırılması usul ekonomisine de aykırıdır. Çünkü, arsa sahibi sözleşmenin bu hükmünün uyarlanması veya munzam zarar tazmini talebiyle dava açmak zorunda kalacaktır.

⁵³¹ Benzer görüşte, AYAN, s. 207.

Sözleşmede hem ifaya ekli dönemselsel cezai şart, hem de maktu cezai şart bulursa ve bunların birlikte ödeneceği kararlaştırılmış olsa, arsa sahibi diğer haklarından başka; 1- Hem gecikme tazminatını, 2-Hem ifaya ekli dönemselsel cezai şartı, 3-Hem de ifaya ekli sabit cezai şartı talep edebilmelidir. Ancak cezai şartlar yönünden BK m 161/son hükmü gözetilip fahiş bulunan cezai şartın tenkisi hususu dikkate alınmalıdır.

Yukarıda açıklandığı gibi, gecikme tazminatı ile ifaya ekli zarar arasındaki ayrımın en önemli sonucu, gecikme tazminatı talebi için inşaatı kabulde ihtirazi kayda gerek bulunmazken, ifaya ekli cezayı talep için kabulde ihtirazi kayıt şartı bulunmasıdır.

Sözleşmeye uygun yapılmayan fiili teslim, ifaya ekli cezai şartı istemeye engel olmaz. Örneğin, sözleşmede teslim olgusu yapı kullanma izni alınması şartına bağlanmışsa, yazılı delil sözleşmesi niteliğindeki bu hükme uyulmadığı sürece, arsa sahibi ifaya ekli cezai şartı isteyebilir. Çünkü, cezai şartı talep etmek için zarar unsurunun varlığı gerekli değildir. Müteahhidin kusuru ile sözleşmeyi ihlal etmesi yeterlidir. Sözleşmede, yapı kullanma iznine bağlı teslimin öngörülmediği hallerde ise fiili teslimle birlikte ifaya ekli cezai şartın istenemeyeceği açıktır. Gecikme tazminatı ise, geç teslim nedeniyle zararı karşılayan bir kavram olduğundan, sözleşmede yapı kullanma izni şartı olup olmadığına bakılmaksızın, fiili teslim durumunda, kira kaybı doğmayacaktır. Aksi halde, arsa sahibi, hem geç teslim nedeniyle kira tazminatı olarak , hem de bağımsız bölümü fiilen kullanmak veya kiraya vermek suretiyle fayda-gelir elde ederek, çifte şekilde zenginleşmiş olacaktır. Dolayısıyla yapı kullanma izni alınmamış bile olsa, fiili teslim de kira kaybı istenmesi mümkün değildir.

1.1.2 Aynen İfadan Vazgeçip, Müspet Zararın Tazmini Talebi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan ve arsa sahibinin bu hakkını kullandığında doğacak sonuçları açıklayan Yargıtay kararları pek yoktur. Bu seçenek, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından kullanılmamaktadır. Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmininde sözleşmeden dönülmemektedir. Borçlunun aynen ifa yükümlülüğü sona ermekte, bunun yerine, alacaklının ifa etmeme nedeniyle uğradığı zararın tazmini geçmektedir.

Müspet Zarar : Alacaklının mal varlığının , edimin ifa edilmemesi sonucu hali hazır mevcut durumu ile, edim , sözleşmeye uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifa edilmiş olsaydı içinde bulunulacağı varsayılan durumu arasındaki farktan oluşur.⁵³²

Müspet zararın tazmini talebi, borçlunun kusuruyla edimin imkansız hale gelmesi durumundaki tazminatla aynıdır.⁵³³

Müspet zararın tazmini ile nama ifada talebine bağlı tazminat arasındaki farka da dikkat edilmelidir . Arsa sahibinin, hasar ve masrafı müteahhide ait olmak üzere işi, bir başka müteahhide yaptırarak nama ifa yoluyla aynen ifayı sağlaması⁵³⁴ ile müspet zararın somut yöneme göre tazmini birbirine benzese de arada önemli farklar vardır. Bunlardan en belirgin olanı, müspet zararın tazmininde, borçlunun temerrüde düşmede kusurunun bulunması şartı varken, nama ifada kusur şartı bulunmamasıdır⁵³⁵. Ayrıca, müspet zararın tazmininde teslime

⁵³² HAVUTÇU, s. 68.

⁵³³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 962.

⁵³⁴ Aksi görüşte, ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, ss. 145-146 ; AYAN, ss. 239-240.

⁵³⁵ AYAN, s. 235, 177-178 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 375.

bağlı sonuçlar ve talepler (kira kaybı, hasardan sorumluluk gibi) söz konusu olmaz⁵³⁶. Nama ifada, inşaatın teslim edilmesi gerektiği tarihten, nama ifa ile bittiği veya bitirilebileceği tarihe kadarki gecikmeye dayalı zararlar müteahhitten talep edilir. Müspet zararın tazmininde, bu hakkın kullanıldığı tarih itibarıyla malvarlığının olması gerektiği seviye dikkate alınır ve bu hakkın kullanılmasından sonraki durumların dikkate alınması mümkün değildir. Bir başka anlatımla, müspet zararın tazmininde, ifa menfaatine bağlı olarak belli bir andaki malvarlığı durumunun tespiti söz konusudur. Nama ifada ise zarar ilerideki bir tarih itibarıyla değerlendirilmektedir. Bundan başka müspet zararda, zarar unsuru, nama ifada ise masraflardan sorumluluk ön plandadır.

Müspet zararın belirlenmesi alacaklının edimini ifa edip etmemesine göre “Değişim(Mübadele)” ve “Fark” isimli iki teoriye dayanmaktadır.

Mübadele (değişim) teorisinde; zararın sadece ifa edilmeyen edim dikkate alınarak hesaplanacağı ve hükmedilecek tazminatla alacaklının ediminin karşılıklı değişimi öngörülmektedir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere bu tanıma uygun olarak birebir yapılacak bir değerlendirme kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısına uymamaktadır.

Fark teorisinde, alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi karşı edimin arasındaki fark olarak belirlenmektedir. Edimlerin değiş- tokuşu söz konusu değildir.

1.1.2.1 Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Müspet Zararın Değişim (Mübadele) Teorisine Göre Tazmini Talebi

Mübadele (değişim) teorisinde; alacaklının zararının sadece ifa edilmeyen edim dikkate alınarak hesaplanacağı ve hükmedilecek tazminatla alacaklının ediminin karşılıklı değişimi öngörülmektedir. Bu görüşün lafzına bağlı kaldığımızda, arsa sahibi, temerrüde düşen **müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin** arsa payını müteahhide devredecektir. Kendisine kalan bağımsız bölümlerin arsa paylarını devretmesi söz konusu değildir. Müteahhit de inşaatın geldiği seviyeden, **tamamlanması aşamasına kadarki masraflardan sorumlu olacaktır.**⁵³⁷ Bu masraflar yapılmaksızın arsa sahibinin ifa menfaati sağlanmayacağından, masrafların yapılıp, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin tamamlanmasına kadarki gecikme tazminatından (özellikle kira kaybindan) da müteahhit sorumlu olacaktır. Bu yöndeki uygulama eleştiriye açıktır. Çünkü böyle bir uygulama, F 2-3-2. Bölümde açıkladığım üzere nama ifa yoluyla aynen ifa niteliğindedir.⁵³⁸

⁵³⁶ AYAN, s. 179.

⁵³⁷ ÖZ, İnşaat sözleşmeleri, s. 147 ; AYAN, ss. 236-237.

⁵³⁸ Aksi görüşte, AYAN, ss. 236-243, Sayın Yazar bu konuda aynen; “İş sahibinin müspet zararının mübadele teorisine göre tazminini talep etmesi halinde yüklenici, inşaat seviyesi ne olursa olsun, sözleşmedeki bedelin tamamını, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla talep edebilir. Buna karşılık iş sahibi, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masrafların tazminini ve temerrüdün doğumu ile inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlanabileceği uygun bir sürenin sonuna kadar geçen dönemde,gecikme nedeniyle uğradığı zararının tazminini talep edebilir”, AYAN, s. 243. Bu görüş bir başka yönden de eleştiriye açıktır. İnşaatın seviyesi karkas (iskelet) veya 8 katlı bir yapıda 5. kat vs. seviyesinde ise, sözleşmeye göre, müteahhidin kendisine kalan bağımsız bölümleri de tamamlamaksızın binanın bitmesi mümkün olmayacağından, müspet zarar kalemleri içine bu bağımsız (müteahhide kalacak) bölümlerin yapım bedeli de mi girecektir ? Görüldüğü gibi, bu durumda, ifa edilmeyen karşı edimden daha fazlasının borçludan talep edilmesi gündeme gelmektedir.

Oysa müspet zararın tazmininde aynen ifadan vazgeçilmesi gerekir. Aynen ifadan vazgeçildiği anda da, müspet zarar muaccel hale gelir⁵³⁹. Müspet zararın tespitinin bu tarihten sonraya taşınması mümkün değildir. Dolayısıyla, arsa sahibinin ifa menfaati, aynen ifadan vazgeçildiği tarih itibarıyla belirlenmelidir.

İfa menfaatinin, arsa sahibinin arsa payı ve müteahhidin yapacağı inşaat ayrımına gidilerek belirlenmesi mümkün değildir⁵⁴⁰. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifa edilmeyen edim, arsa sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatın arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlere isabet eden kısmıdır. Bu inşaat ile arsa arasında çok sıkı bir bağ vardır. İnşaat, arsanın mütemmim cüzü olup, arsa sahibinin ifa menfaati belirlenirken bu ikisinin birbirinden ayrılamaz.

Bir başka anlatımla arsa sahibi teslim (müspet zararın tazminini talep) tarihi itibarıyla, kendisine kalan bağımsız bölümlerin tamamlanma bedelini müteahhitten tahsil etmiş olsa bile, bu bedel ile kendisine kalan bağımsız bölümlerin yarım haldeki inşaat ve arsa payı toplamına karşı gelen bedel toplamı, bağımsız bölümlerin piyasa değerini karşılamaz. Çünkü yarım inşaat ve bağımsız bölümün piyasada sürümü yoktur.

Yarım inşaatın tamamlanma süresince oluşacak kira kaybının da hüküm altına alınmasıyla, bitmiş haldeki durumun dikkate alınmış olunacağı ileri sürülebilir⁵⁴¹. Ancak bu durumda, yarım inşaatın nasıl bitirileceği konusunda belirsizlik ve güçlükler doğacaktır. Çünkü, arsa payının müteahhide devri nedeniyle müteahhitle aynı taşınmazda hissedar olması, inşaatın tamamlanmasında bir engel veya güçlük oluşturur.

Ayrıca, müspet zararın tazmininde bu iradenin kullanıldığı tarih itibarıyla yarım kalan inşaatın tamamlanma bedeli dikkate alınmaktadır. Oysa inşaatın tamamlanma süresi boyunca oluşacak maliyet yükselişleri veya ekonomik istikrarsızlık, kriz gibi nedenlerle aşırı dalgalanmalar vs. sonucu inşaatın bitim masraflarının artışı, arsa sahibinin üzerinde kalacaktır. İnşaat maliyetlerindeki artışın da inşaatın bitim süresi dikkate alınarak başlangıçta belirlenebileceği ve hüküm altına alınabileceği ileri sürülebilir. Fakat böyle bir hesap tarzı varsayıma dayalı olacaktır.

Sonuç olarak **ifa menfaatindeki bu bölünmezlik** göz önünde bulundurulduğunda, arsa sahibinin mübadele teorisine göre, müspet zararının tazmininde, kendisine kalacak bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki piyasa değerinin dikkate alınması gerektiği sonucuna varılır. Arsa sahibinin kendisine kalacak bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki piyasa değerinin karşılığını elde ettikten sonra, arsasının tamamının tapusunu müteahhide devretmesi gerekir. Çünkü piyasa değerinin içinde bina değeri ile birlikte arsa değeri de vardır. Kendisine kalan bağımsız bölümlerin piyasa değerine kavuşan arsa sahibi, müteahhide kalacak bağımsız bölümler yanında kendisine kalan bu bağımsız bölümlerin arsa paylarını da müteahhide devretmelidir. Bu şekilde edimler arasındaki denge sağlanır. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır.⁵⁴²

⁵³⁹ HAVUTÇU, s. 117, 126

⁵⁴⁰ AYAN, ss. 237-238, Yazar, bu ayrımın yapılmaması durumunda, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, tarafların iradesine aykırı olarak satım sözleşmesine dönüşeceği görüşündedir. Oysa, ne arsa sahibinin müteahhide arsasını satması, ne de müteahhidin arsa sahibine bağımsız bölüm satması söz konusudur. Çünkü müteahhide devredilen arsa karşılığında, müteahhitten alınan nakit, o arsanın rayiç satım bedeli olmayıp, arsa sahibine kalması gereken bağımsız bölümlerin rayiç bedelidir.

⁵⁴¹ AYAN, ss. 240-242.

⁵⁴² "Borçlar Kanununun 106/II. maddesinde düzenlenen "... akdin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı talep..." etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi davacılarına düşen

Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminin, borçlunun temerrüde düşmesinden sonra derhal istenmesi gerektiği (BK m 106/2) dikkate alındığında, müspet zararın, bu hakkın kullanıldığı muhatabına bildirildiği tarih yerine, temerrüt tarihi itibarıyla belirlenmesinin bir sakıncası bulunmamaktadır. Yargıtay başka bir kararında ise dava tarihi itibarıyla müspet zararın tazmininin gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁴³

Temerrüdün oluşmasından sonra, aynen ifanın açıkça veya zimnen (susarak) talep edilmesinden sonra tekrar mehil tayin ederek, müspet zararın tazminin istenmesi durumunda, temerrüt ile zararın tazmininin istendiği dönem arasındaki süre için gecikme tazminatı veya ifaya ekli cezai şart talep edilebilmelidir. Bunun dışında, kira kaybı veya ifaya ekli cezai şart talep edilemez⁵⁴⁴. Çünkü müspet zararın tazmininde, müteahhidin borcu parasal olarak zararın talep edildiği tarihe sabitlenmiş olup, bu tarihten sonraki gecikmeler temerrüt faizi ile karşılabilir hale gelmiştir. Bundan başka, eksik-ayıplı iş bedelleri de ayrıca istenemez. Çünkü bitmiş haldeki bağımsız bölümlerin değerinin hüküm altına alınması söz konusudur.

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının bu teoriye göre tazminini istemesinin şartları şunlardır ;

1-Temerrüdün oluşmasından sonra bu hakkın kullanıldığı karşı tarafa derhal beyan edilmelidir (BK m 106/2).

2-Arsa sahibince sözleşmenin sonlandırılmaması gerekir.

3-Arsa sahibi aynen ifadan vazgeçmelidir. Bir başka anlatımla, arsa sahibi, kendisine kalan sözleşmeye konu bağımsız bölümlerin yapılp, tesliminden vazgeçmelidir.

4-İşin gecikmesinden doğan zarar ve ziyan talep hakkından (özellikle de aynen ifaya konu gecikme tazminatından) vazgeçmelidir (BK m 106/2).

Ancak aynen ifa istenip, daha sonra mehil verilerek aynen ifadan vazgeçilmesi durumunda, temerrüt ile aynen ifadan vazgeçmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarih arasındaki gecikme tazminatının istenmesi mümkün olmalıdır. Çünkü, temerrüt borca aykırılık teşkil ettiğine göre, temerrüt nedeniyle ifa etmemenin sebebiyet verdiği bütün zararlar tazmin edilmelidir. Bu zararların içine gecikmeden doğan zarar kalemleri de girer.⁵⁴⁵

bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin müsbet zarar olarak istenmesi demektir. Arsa sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez (Y. 15. H.D. 18.03.1998, 1998/93 Esas ve 1998/1059 sayılı kararı).”, Y. 15. HD. 14.10.2005, 5335/5448, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, YHGK, 27.2.2008, 15-172/163, Legal Hukuk Dergisi, 2008/8, ss. 2711-2713 ; Y. 15. HD. 14.10.2005, 5341/5449, www.kazanci.com.tr.

⁵⁴³ Davacı BK.nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifaden 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. 18.7.2005, 2004/6922, 4298, Legal Hukuk Dergisi, 2006/6, s. 1784 vd.

⁵⁴⁴ Aksi görüşte, AYAN, ss. 242-243.

⁵⁴⁵ Doktrin ve uygulamada aynen ifadan vazgeçildiği tarihin dikkate alınması gerektiği ifade edildiği gibi (Von TUHR, s.626 ; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 502 ; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 962 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 409 ; DAYINDARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Ankara, 2003, s. 89); edimin yerine getirilmesi gerektiği anın (VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987, s. 246); ya da temerrüt anının (Y.15. HD. 14.10.2005, 5335/5448) esas alınması gerektiğine dair görüşler vardır. İrade beyanlarında varma anının esas alınması

5-Arsa sahibi kendine düşen edimin ifasını teklif etmelidir. Bir başka anlatımla, arsa sahibi tapuda arsasının tümünün mülkiyetini veya kat irtifakı kurulmuş ise tüm bağımsız bölümlerin kat irtifakı tapusunu, müspet zararını tahsili aşamasında müteahhidin üstüne geçirmeyi kabul etmelidir.

Arsa sahibi tüm bunlara karşılık, müteahhitten, sözleşme gereği kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin aynen ifadan vazgeçme iradesini müteahhide ulaştırdığı tarihteki⁵⁴⁶ ve bitmiş durumdaki (arsa payı dahil) değerini isteyecektir. Aynen ifadan vazgeçme bildirimini de yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup⁵⁴⁷, bildirim muhatabına ulaştığı tarih itibarıyla hüküm ve sonuçlarını doğurduğu⁵⁴⁸ kabul edilmelidir. Ancak haklılık durumunun, iradenin kullanıldığı tarih itibarıyla belirlenmesi söz konusudur.

Bu durumda sözleşmenin yürürlükte olduğu ve müteahhidin sözleşmedeki yükümlülüğünün aynen ifadan vazgeçme iradesinin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarihteki kaim bedele (ortadan kalkan şeyin yerine geçen ve onun yerini alan parasal kıymete) dönüştüğü gözetilerek, bedele dönüşen bağımsız bölümlerin hepsinin arsa paylarının müteahhide intikal ettirilip, müspet zararın arsa sahibine ödenmesine diğer anlatımla birlikte ifaya karar verilmesi gerekir. Arsa sahibi müspet zararının tamamı karşılanana kadar, arsa devrinden kaçınabilir (BK m 82)⁵⁴⁹.

Bir örnek vermek gerekirse ; Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde 4 dairenin arsa sahibine, 6 dairenin de müteahhide kalacağı kararlaştırılmıştır. İnşaatın bitmesi gereken kesin tarihten sonra kusuru ile temerrüde düşen müteahhit hakkında, arsa sahibi derhal aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmiştir.

Bu durumda arsa sahibi müspet zararının tazminini talebini karşı tarafa ulaştırdığı tarihte kendisine kalması gereken 4 adet dairenin, bitmiş halde, arsa payı dahil piyasa değerini müteahhitten talep edecektir.

Ancak arsasının tamamının tapusunu da müteahhidin üzerine geçirecektir. Teknik anlamda bu uygulama müspet zararın tazminindeki mübadele teorisinin bir örneğini teşkil etmektedir. Daha sonra açıklayacağım sözleşmenin feshi de müspet zararın tazminindeki fark teorisine benzerlik göstermektedir.⁵⁵⁰

Bu seçeneğin pratikte uygulanma olasılığı azdır. Çünkü arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin, bitmiş değerini ödeyecek iktisadi seviyede olan bir müteahhidin inşaatı yarım bırakması ihtimali düşüktür. Ancak bir kamu kuruluşu (Belediye, TOKİ gibi) veya iktisadi durumu çok iyi olan müteahhit bakımından böyle bir durum söz konusu olabilir.

Bu seçeneğin inşaatın yüksek bir orana erişmiş olması halinde kullanılması durumu da arsa sahibinin menfaatine uygun düşmez. Çünkü bağımsız bölümler büyük bir oranda bitmiş

gerektiğinden (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul, 2008, s. 155), tazminat talebine dair beyanın karşı tarafa ulaştığı tarih itibarıyla değerlendirme yapılması gerekir.

⁵⁴⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 962 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 407.

⁵⁴⁷ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 52 ; DEMİRBAŞ, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, 2007, ss. 60-61.

⁵⁴⁸ DEMİRBAŞ, s. 25, 73, 81.

⁵⁴⁹ ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 239 ; AYAN, s. 243.

⁵⁵⁰ Fark ve mübadele teorisi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s. 869 vd. ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 346 vd. ; EREN, C III, s. 295 vd. ; HAVUTÇU, s.114 vd. ;TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, s.140 vd. ; FEYZİOĞLU, C II, s.188 ; AYAN, s. 232 vd.

olduğundan arsa sahibinin bunları doğrudan satın kendisinin paraya çevirme imkanı ve aynı zamanda da eksik işler bedelini müteahhitten talep etme hakkı varken, kendisine kalan bağımsız bölümlerin parasal tutarını talep etmesi hayatın olağan koşullarına aykırıdır.

Ayrıca arsa sahibinin kat karşılığı sözleşme yapmasındaki amaç; arsasına karşılık müteahhitten bağımsız bölüm almaktır. Eğer arsa sahibinin amacı para almak olsa, arsasını doğrudan satın bu amacına ulaşır. Bu nedenle de aynen ifadan vazgeçip müspet zararın mübadele teorisine göre tazmini talebi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ruhuna ve amacına ters düşmektedir.

Müspet zararın tazminindeki **“FARK TEORİSİ”** ne göre bu seçeneğin kullanılması, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapısına daha uygun düşmektedir. Ancak uygulamada, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin bu hakkı kullanması bakımından, gerekçeli bir içtihadı ulaşılamamıştır.

1.1.2.2 Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Müspet Zararın Fark Teorisine Göre Tazmini Talebi

Bu seçeneğin kullanılması için gerekli şartlar da aynıdır. Ancak arsa sahibinin kendine düşen edimin ifasını teklif etmesine gerek yoktur. Yani; arsa sahibinin tapuda arsasının tümünün mülkiyetini veya kat irtifakı kurulmuş ise tüm bağımsız bölümlerin kat irtifakı tapusunu, müspet zararını tahsil aşamasında müteahhidin üstüne geçirmesi söz konusu değildir.

Mübadele (değişim) teorisinde; zararın sadece ifa edilmeyen edim dikkate alınarak hesaplanacağını ve hükmedilecek tazminatla alacaklının ediminin karşılıklı değişiminin öngörüldüğünü, ancak, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından arsa sahibinin belli bir andaki ifa menfaatinin bölünmezliğinin söz konusu olması nedeniyle, arsanın tapusunun tamamının müteahhide devredilmesi gerektiğini belirtmiştik.

Arsa sahibinin arsanın tapusunu devretmesi karşılığında, kendisine kalacak dairelerin bitmiş değerini müteahhitten istemesi durumunda, edimler arasında değiş- tokuş söz konusudur.

Fark teorisinde, alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi karşı edimin arasındaki fark olarak belirlenmektedir. Edimlerin değiş- tokuşu söz konusu değildir. Fark teorisine göre uygulama, inşaatın seviyesinin düşük olduğu ve tapuda müteahhide kalan bağımsız bölümlerin tamamının devrinin yapılmadığı durumlarda olumlu sonuç verir.

Arsa sahibine kalacak dairelerin bitmiş haldeki ve aynen ifadan vazgeçme iradesinin karşı tarafa ulaştığı tarihteki müteahhitlik karı dahil inşaat değeri ile müteahhide kalan bağımsız bölümlerin arsa değeri arasındaki fark, arsa sahibinin fark teorisine göre müspet zararını oluşturacaktır. Bu fark, aynı zamanda, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki toplam rayiç değeri ile arsasının tamamının değeri arasındaki farka eşittir. Daha basit bir anlatımla edim ifa edilmiş olsaydı arsa sahibinin malvalığı ile edimin ifa edilmemesi nedeniyle içinde bulunduğu durum arasındaki fark dikkate alınacaktır.⁵⁵¹

⁵⁵¹ ÖZ, Fark kuramının kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sorun yaratacağını, hakim için işin bitirilme maliyeti ve iş sahibinin diğer zararları toplamı ile müteahhide verilecek arsa payının değerinin farkını bulup, buna göre hüküm kurması bir yana, hesaplamada çıplak arsa payının mı yoksa inşaat tamamlandığında bu payla birlikte

Arsa sahibinin bu seçimlik hakkı kullandığı tarihteki haklılığı dikkate alınmaktadır. Arsa sahibinin kendi edimi bakımından arsa payının değeri ile müteahhidin ediminin değeri (sözleşmeden dönülmediğinden müteahhitlik karı dahil olacak şekilde imalat bedeli belirlenecektir) , bu iradenin karşı tarafa ulaştırıldığı tarih itibarıyla mahsuplaştırılmaktadır. Bu kabul ; arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçmesinden sonraki dönemde, karşılıklı edimlerin değerindeki değişmelerin dikkate alınmaması bakımından doğrudur.

Somut örneklerle konuyu açıklarsak, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesine göre ; 4 daire arsa sahibine, 6 daire de müteahhide kalacaktır. Ancak arsa sahibi sözleşme tarihinden itibaren uzun bir süre geçmesine rağmen, hiç inşaatla başlamayarak kendi kusuru ile temerrüde düşmüştür. Usulüne uygun olarak aynen ifadan vazgeçip, müspet zararının tazmini yönünde seçimlik hakkını kullanan arsa sahibi ; bu iradesini karşı tarafa ulaştırdığı tarihteki kendisine kalacak 4 adet dairenin arsaya tekabül eden kısmı hariç olmak üzere sadece müteahhitlik karı dahil yapı değeri ile müteahhide kalacak 6 adet dairenin arsa payına tekabül eden sadece arsa değeri arasındaki farkı müspet zarar kapsamında talep edebilir.

Yargıtay uygulamasına göre sözleşmenin ileriye etkili sonlandırılmasının sonuçları ile fark teorisine göre müspet zararın tazmini arasında benzerlik vardır. Ancak bunlar aynı değildir.⁵⁵² Somut örnekle açıklamak gerekirse ; Yargıtay uygulamasında, inşaatın %90 ını bitirmiş müteahhidin kusuru ile temerrüde düşmesi ile arsa sahibinin, sözleşmeyi feshetmesi halinde, müteahhit; kendisine kalacak 6 adet daireden tamamlanma oranına göre; $6 \times \%90 = 5,4$ ünün tapusuna hak kazanacaktır. Arsa sahibi 5 adet dairenin tamamı ile 1 adet dairenin %40 hissesini müteahhide devredecek, aynı zamanda da müteahhidin kusuruna bağlı başkaca zararları varsa bunları da BK m 96 gereği ayrıca arsa payı veya nakit olarak talep edecektir.

Arsanın tamamının değeri 200.000-TL ve her bir bağımsız bölümün bitmiş değeri de 100.000-TL ise, fark teorisine göre uygulama yapıldığında arsa sahibi müteahhide ;

<u>Müteahhidin Ediminin Değeri</u> = 4 Daire X100 bin – (4/10)X200 bin	= 320 bin
<u>Arsa Sahibinin Ediminin Değeri</u> = (6/10)X 200 bin	-----= -120 bin
<u>İmalatın Değeri</u> = %90X10 daire X (100 bin –200 bin)	-----= -720 bin
	10 -----
	-520 bin

ödeyecek veya %90 ı bitmiş dairelerden 5 adedinin tamamı ve 1 tanesinin de 7/9 hissesini verecektir.

Yani, $5 \times \%90 + (7/9) \times \%90 \times 1 = 5,2$ Daire verdiği zaman müspet zarar aynı olarak denkleştirilmiş olacaktır.

bağımsız bölümlerin mustakbel değerinin mi dikkate alınacağına belirsiz olduğunu ifade etmiştir (ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 1476-148). Sayın Yazarın görüşlerine katılmıyorum. Çünkü, aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmininin istendiği anda, inşaat yapılacak arsanın değerinin belirlenmesinde hiçbir sorun yoktur. Arsanın değeri belirlendikten sonra, sözleşmedeki paylaşım oranına göre taraflara ait bağımsız bölümlerin arsa paylarına göre arsa değeri de kolaylıkla belirlenebilir. Dolayısıyla arsa sahibinin pay devri borcunun değeri belirlidir. İnşaatın yapıldığı yöredeki bitmiş bağımsız bölümlerin değerinin belirlenmesi de zor değildir. Herhangi bir muhitte bitmiş dairenin fiyatının ne olduğunu hakim kendiliğinden bile taktir edebilir. Bu nedenle, müteahhidin inşaat maliyeti ve karından oluşan ediminin değeri, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki rayiç değerinden, bunlara ait arsa payının çıkarılması ile bulunur. Bu konudaki hesaplama somut örnekleri ile aşağıda gösterilmiştir.

⁵⁵² Aksi görüte, AYAN, s. 293-294

Görüldüğü gibi, inşaatın seviyesi aynı kaldığı sürece fesihte arsa sahibinin edimi de aynı kalmaktadır. İnşaatın seviyesi aynı kaldığı halde, fark teorisine göre hesaplanan müspet zarar ise, arsanın ve bağımsız bölümlerin değerine göre değişmektedir.

Burada bir hususa dikkat çekmek istiyorum. Müteahhidin ediminin değerinin; arsa sahibine kalacak bağımsız bölümler veya paylaşım oranı dikkate alınarak Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatlarına göre bulunması da mümkündür. Ancak bu durumda müteahhidin edimi gerçek değeri yansıtmayabilir. Çünkü birim fiyatlara göre bulunan inşaat değeri , inşaatın yapıldığı alan, mevki, nitelik ve konum dikkate alınmadan belirlenmektedir. Aynı özellikteki binadan birinin çok lüks, diğerinin de vasat bir semtte olduğu düşünüldüğünde, paylaşım oranı ve diğer şartlar da aynı ise, müteahhidin ediminin değeri hep aynı olacaktır. Oysa bağımsız bölümlerin gerçek değeri dikkate alındığında, bu değer değişkenlik gösterecektir.

Müteahhidin teslim edeceği bağımsız bölümlerin rayiç değerinden, arsa bedeli düşülürken dengenin sağlanacağı iddia edilebilir. Gerçekten lüks bir semtte yapılacak binanın, yüksek tutardaki bağımsız bölümün değerinden düşülecek arsa değerinin de yüksek olacağı muhakkaktır. Bu nedenle bariz mevki ve nitelik farkının bulunmadığı ve yapılacak binanın özellik arz etmediği durumlarda arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin değerinin belirlenmesi konusunda çıkacak uyuşmazlıkların , bu konudaki yargılamanın uzamasını engellemek için , objektif olarak birim fiyatlara göre tespit edilmesi, bir dereceye kadar kabul edilebilir.

Ancak yine de müteahhidin ediminin değerinin belirlenmesinde, aynen ifadan vazgeçme iradesinin kullanıldığı tarihteki gerçek değer dikkate alınması daha doğrudur. Edim tam ve doğru ifa edilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının ulaşacağı varsayılan durumu ile şimdiki durumu arasındaki fark, müspet zararın kapsamını oluşturmaktadır. İki tarafın da edimlerinin gerçek değeri arasındaki fark dikkate alınarak zarar hesaplanmalıdır. Bir taraftan, arsa sahibinin arsasının, aynen ifadan vazgeçme bildiriminin kullanıldığı tarihteki gerçek değeri hesaba katılırken, diğer taraftan, müteahhidin edimi bakımından sadece objektif olarak birim fiyatlara göre inşaatın değerinin hesabı, edimler arasındaki bağımlılık ve karşılıklığa da aykırı olur.

TANDOĞAN, Federal Mahkemenin taşınmaz satımında ,satıcının temerrüdü halinde alıcının zararının BK 42 f.II'ye dayanılarak ve BK. 188 f. II ve III'deki yöntemlerden esinlenilerek, sözleşmede kararlaştırılan fiyatla bilirkişiye tespit ettirilen rayiç değer arasındaki fark olarak hesaplanabileceğini kabul ettiğini belirtmektedir.⁵⁵³

Müspet zararlarla ilgili olarak yukarıda yapılan tüm açıklamaların sonucunda şunu diyebiliriz ;

Müteahhidin Ediminin Değeri - Arsa Sahibinin Ediminin Değeri İmalatın Arsa Hariç Tüm Değeri

oranında veya daha düşük inşaat genel seviyelerinde; kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı arsa sahibinin, temerrüt sonrası sözleşmeyi sonlandırmadan, aynen ifadan derhal vazgeçerek, müspet zararın fark teorisine göre tazminini talep etmesinin önünü açacak içtihat ve uygulamaların oluşması için hukukçuların bu yolu denemeleri ve geliştirmeleri gerekir.

⁵⁵³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, s.146-147.

1.1.3 Sözleşmeden Dönme Veya Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi

1.1.3.1 Sözleşmeden Dönme (Sözleşmenin Geriye Etkili Sona Ermesi) + Menfi Zarar (BK m 108/2)

Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir yenilik doğuran haktır.⁵⁵⁴

İstisna akdine ilişkin olarak ve iş sahibi açısından Borçlar Kanununda özel olarak üç dönme ve bir fesih hali düzenlenmiştir. Bunlar ;

- 1) BK m358/1 uyarınca ifa zamanından önce sözleşmeden dönme,
- 2) BK m 367 uyarınca keşif bedelinin çok aşılması durumunda sözleşmeden dönme,
- 3) BK m 360/1 uyarınca eserdeki önemli ayıp nedeni ile sözleşmeden dönme,
- 4) BK m 369 uyarınca tam tazminat karşılığında sözleşmenin feshi.

Yukarıda belirtilenler dışında müteahhidin borcunu ifada temerrüde düşmesine ilişkin başkaca bir hüküm bulunmadığından, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanmaktadır.⁵⁵⁵

Sözleşmeden dönmenin şartları şunlardır;

a)Müteahhit temerrüde düşmelidir. Temerrüde düşmede ve sözleşmeden dönmeye kusur aranmaz ise de, menfi zararları talep için kusur şarttır.

b)Olayın özelliği ve niteliği dikkate alındığında, müteahhidin edimini büyük ölçüde yerine getirmemiş olması gerekir. Bu konuda en önemli kıstas, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin ve inşaatın seviyesidir. Yargıtay'ın son kararlarında bu oranı %90 nın altı olarak belirlediği anlaşılmaktadır.⁵⁵⁶ Bu konuda detaylı açıklama fesih bölümünde yapılacaktır.

c) Müteahhide DÖNME beyanı yapılmalıdır. Dönmeye dair irade beyanı yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra iradeyi sakatlayan bir neden olmadıkça bundan tek taraflı olarak dönülemez. Neden böyle olduğu aşağıda açıklanacaktır.

Arsa sahibinin tapu iptal tescil veya tapunun önceden müteahhide devredilmediği durumlarda elatmanın önlenmesi talepleri de dönme beyanı yerine geçer.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 65 ; DEMİRBAŞ, s. 66.

⁵⁵⁵ ÖZ, Dönme, s. 153.

⁵⁵⁶ Y.15.HD 4.6.1998, 2081/2403, KARATAŞ s. 381, 385.

⁵⁵⁷ “Davacı arsa sahipleri, işbu dava ile muaraza ve elatmanın önlenmesini istemekle, aynı zamanda mahkemeden, sözleşmeden dönmeyi de talep etmiş sayılırlar.”, Y.15. HD 21.12.2006, 2005/7594, 7533, YKD, 2007/5, s. 930-931 ; Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi (dönme), tapu iptali ve tescil istemlerine

Dönme beyanı bir hukuki işlemdir. Çünkü hukuki sonuç doğurma kastıyla yapılmaktadır. Bu beyan ; BK m 10/2 hükmü kıyas alındığında muhatabına ulaşmakla hüküm ifade eder. BK m 9 hükmü kıyas alındığında borçlu öğreninceye kadar beyan geri alınabilir. Fakat borçlu öğrendikten sonra alacaklı beyanından dönemez.⁵⁵⁸

1.1.3.1.1 Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Dönme Beyanın Hüküm Ve Sonuçlarını Doğurduğu Anın Belirlenmesi

Dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarihin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Tarafların birbirlerinden aldıklarını iade borcunun doğum anı, menfi zararın ve müteahhidin yaptığı imalatların bedelinin hesaplanma tarihi, zamanaşımının başlangıcı gibi bir çok hususta, dönmenin hukuki sonuçları sonuçlarının doğduğu anın tespiti gerekmektedir.

Sözleşmeden dönme hakkını, “birinin alacağı diğerinin borcu olan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir yenilik doğuran haktır” şeklinde ifade etmiştik.

Dönme beyanı şekle tabi olmamakla birlikte, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bu beyanın ispat kolaylığı bakımından noterden veya dava dilekçesi ile yapılması tercih edilmelidir.⁵⁵⁹

Bir başka anlatımla, dönme beyanı hukuken geçerliliği yönünden hiçbir şekle tabi değilse de, yapıldığının kanıtlanması bakımından HUMK m 288/1 hükmüne tabidir.⁵⁶⁰

Dönme Beyanının Hüküm ve Sonuçları Şunlardır : BK m 108 /1 de “Akitten rücu eden alacaklı, vaadölunan şeyi vermektan imtina ve tediye eylediğı şeyi istirdat edebilir.” denilmektedir. Bu hüküm dikkate alındığında ;

a) Arsa sahibi, dönme beyanının müteahhide ulaştığı andan itibaren müteahhidin ifa teklifini kabul etmek yükümlülüğünden kurtulur. Borç ilişkisi son bulduğundan, onun bu davranışı alacaklının temerrüdüne neden olmaz. Arsa sahibi kendi edimini yerine getirmektan kaçınabilir ve edim borcunu yerine getirmişse iadeyi talep edebilir. Ancak arsa sahibinin iade talebi müteahhide ulaştığı anda, müteahhidin iade borcu muaccel olur.

Ancak dönme beyanının haklılığı, bu beyanın yapıldığı tarih itibarı ile belirlenecektir.

ilişkindir. Davacı arsa sahibi, her ne kadar dava dilekçesinin talep kısmında açık biçimde fesih talebinde bulunmamış ise de, davada devredilen tapuların iptal ve tescili BK.nun 108. maddesi uyarınca istendiğine göre, bu talebin içerisinde, sözleşmeden dönme talebinin de bulunduğu açık olduğundan, mahkemece fesih hakkında bir hüküm kurulmadan tapuların iptal ve tesciline karar verilmesi doğru olmamıştır.”, Y. 15. HD. 1.3.2007, 2005/8177, 1291, Legal Hukuk Dergisi, 2007/6, s. 1922.

⁵⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 66-299-407 ; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 474 ; ÖZ, Dönme s.179 ; EREN, C I, s. 77 ; SEROZAN, Dönme, s. 463.

⁵⁵⁹ ÖZ, Dönme, s. 31.

⁵⁶⁰ Y. 13. HD, 5.12.1989, 4157/7060, KALYON, ss. 608-609.

b) Borçlu da (müteahhit de) edimlerin karşılıklılığı ve bağımlılığı dikkate alındığında, dönme beyanının kendisine ulaştığı tarihten itibaren, kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir ve edim borcunu yerine getirmişse iadeyi talep edebilir.⁵⁶¹

c) Arsa sahibi kusurlu müteahhitten ayrıca BK m 108/2 gereği menfi zararlarını talep edebilir.

Mehil tayini ile birlikte dönme hakkının kullanılması durumunda, mehil sonunda iki taraf açısından da, iade borcu ve karşı edimin ifasından kaçınma hakkı aynı tarihte doğar. Örneğin ; “Eğer bu ihtarin tebliğinden 3 ay içinde borcunuzu ifa etmezseniz, sözleşmeden dönüyorum” şeklindeki beyan, böyle bir sonuç doğurur.⁵⁶²

Daha önce de belirtildiği gibi , BK m 10/2 hükmü kıyasen dikkate alındığında dönme beyanının muhatabına ulaştığı tarihte, hüküm ve sonuçları doğar. Tarafların birbirlerinden aldıklarını iade borcu da, BK m 81”in kıyasen uygulanması sonucu, dönme beyanının muhatabına ulaştığı tarihte muaccel olur.⁵⁶³

Dönme beyanında bulunulan tarih ile bu beyanın muhatabına ulaştığı tarih aynı olmadığında, yukarıda belirtildiği üzere dönme beyanının muhataba varma anı dikkate alınmalıdır.

Esasen dönme beyanı kendisine ulaşmamış muhatabın, iade borcunun dönme beyanında bulunduğu tarih itibarı ile doğduğunu kabul etmek mantıklı da değildir.

Sonuç olarak ; dönme hakkının dava yoluyla kullanılması durumunda dava tarihi değil de, dava dilekçesinin muhatabına ulaştığı tarih itibarıyla dönmenin hüküm ve sonuçları doğar.⁵⁶⁴

Dava tarihi itibarıyla müteahhidin yaptığı imalatın değerinin bulunacağına dair Yargıtay kararları, dönmenin hüküm ve sonuçlarını dava tarihi itibarıyla tamamlamış olduğu intibahı uyandırmaktadır.⁵⁶⁵

Borçlunun dava açılmasıyla temerrüde düşeceğine dair yargısal kararların⁵⁶⁶ etkisindeki bu kararlar, yenilik doğuran haklara için de kabul edilmiştir. Ancak muaccel bir

⁵⁶¹ BUZ, Dönme, s.117 vd. ss. 153, 161, 235 ; ÖZ, Dönme, s. 33 vd. ,257 ; AYAN, ss. 254-255.

⁵⁶² OĞUZMAN/ÖZ, s. 407 ; “Müteahhide inşaat karşılığı bırakılan dairenin rayiç bedeli arsa sahipleri tarafından müteahhide yollanılan ihtarname ile tanınan 15 günlük fesih ihbar süresinin sona erdiği tarih itibarıyla saptanmalıdır.”, Y. 15. HD. 25.11.1988, 2605/3995, UYGUR, C II s. 749.

⁵⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 270 ; Ayrıca YİBK, 10.7.1940, 2/77, RG: 1.2.1941, Sayı: 4723, www.kazanci.com.tr.

⁵⁶⁴ SEROZAN, Dönme, s. 49.

⁵⁶⁵ “Akitten dönme beyanı karşı tarafa ulaşmakla hüküm doğuran (vusulü muktazi) beyanlardan olduğundan, bu beyana değer verilebilmesi, fesih iradesinin karşı tarafa ulaştırıldığına ispatına bağlıdır. Akit feshedilmişse, fesih tarihindeki kur üzerinden, aksi halde davanın açıldığı tarihteki kur üzerinden alacağı hükmedilmelidir.”, Y. 15. HD, 24.4.1992, 5202/2185, UYGUR, C II, s. 529 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD, 5.6.1996, 1965/3174, UYGUR, C II s. 620 ; Y. 15.HD. 4.11.1999, 2965/3899, KARATAŞ, s.392.

⁵⁶⁶ “Ne var ki olayda; davacı, kendisi tarafından ödendiği sabit olan dava konusu alacağın iade edilmesi konusunda ihtar göndermek suretiyle davalıyı temerrüde düşürmediğinden, Borçlar Kanununun 104. maddesi hükmü uyarınca, faize dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki; bozma ilamında gösterilen ve "faizin dava dilekçesinin davalıya tebliğ tarihinden itibaren yürütülmesi gereğine" işaret eden gerekçe, usul hükümlerine ve yerleşik uygulamaya uygun değilse de, temyiz edenin sıfatına göre bu husus bozma nedeni yapılmamış ve eleştirilmekle yetinilmiştir.”, YHGK 13.6.2007, 18-330/350, www.kazanci.com.tr.

borcun borçlusunu hakkında açılan dava ile borçlunun temerrüde düşeceği görüşü de eleştiriye açıktır. Bu konudaki karar ve görüşler şöyledir ;

28.11.1956 T. 15/15 sayılı İBK gerekçesinde ; “*Davanın ikamesiyle davalı mütemerrit hale düşmüş addedilmesi muvafık bulunmasına binaen*” ,

24.5.1972 Tarih ve 5/9 sayılı İBK gerekçesinde ; “*İhtar, icraya başvurma,dava açma temerrüdü tespit eden hukuki işlemlerdir.*” denilirken,

23.12.1976 T. 7/6 sayılı İBK gerekçesinde; “*Davalı , davadan önce usulen mütemerrit duruma düşürülmemiş ise , davanın açılması ve dilekçesinin usulü dairesinde tebliğ olunmasıyla mütemerrit sayılır*”. denmektedir.

TANDOĞAN’a göre; dava açılması veya icraya başvurulması ile davalının temerrüde düşüğünün kabulü, BK m104/1 hükmüne dayanmaktadır. Bu maddede; “*Faiz veya mütedahil (işlemiş) iratların yahut bağışladığı bir miktar paranın tediyesinden temerrüt eden borçlu, bunlar için geçmiş günler faizini ancak icraya veya mahkemeye müracaat gününden itibaren tediye mecburdur*” denilmektedir. Bu hükmün kıyas yolu ile uygulanması sonucu, dava veya icraya başvuru tarihinde temerrüdün sonuçları oluşmaktadır.⁵⁶⁷

KURU, davalı daha önce mütemerrit kılınmamış ise, dava açılması ve dava dilekçesinin davalıya tebliği ile davalının mütemerrit olacağı görüşündedir⁵⁶⁸. Bunun gerekçesi olarak aynen ; “*HUMK da “Dava açılmasının doğurduğu hukuki sonuçlardan biri de davalının temerrüt haline düşürülmesidir” şeklinde genel bir hüküm yoktur. Borçlunun nasıl mütemerrit olacağını düzenleyen Kanun hükmü, BK 101, 1 hükmüdür. Buna göre ise muaccel bir borcun borçlusunu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. İhtarın ise , borçluya tebliği gerekir ve ihtar borçluya tebliğ edilmedikçe hüküm ifade etmez.*” demektedir.

Yukarıdaki görüşler tutarlıdır. BK m 104’ün tüm borç ilişkilerine teşmil edilmesine anlam vermek zordur. Bu maddedeki “..... temerrüt eden borçlu...” ibaresi ile temerrüdün oluşmasından sonraki bir durum düzenlenmektedir. Yani bu maddedeki hallerin varlığında, temerrüt oluşuktan sonra, temerrüt tarihinden itibaren değil de, ancak icraya başvurduktan veya dava açtıktan sonra faizin işlemesi söz konusudur. Faizin işlemesinin temerrüt tarihinden sonraya bırakıldığı bu maddenin, temerrüt oluşmadan faiz isteme noktasına taşınmasının gerekçesini açıklamak zordur.

Sonuç olarak, muaccel bir borcun borçlusunun kural olarak ihtar tebliğ edilmeden, temerrüde düşürülmesi mümkün olmadığından, dava dilekçesi de tebliğ edilmedikçe muaccel borcun borçlusunu temerrüde düşmez.

Aynı şekilde temerrüt oluşuktan sonra, seçimlik hakların kullanılmasında da davanın açıldığı tarih yerine, dava dilekçesinin usulüne uygun olarak karşı tarafa tebliği tarihinde, bu beyanın hüküm ve sonuçları doğar. Bu çalışmanın diğer bölümlerinde “dönme tarihi veya anı” ile kastedilen, dönme iradesinin kullanıldığı değil, dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarih veya andır.

Arsa sahibinin dönme beyanının sonuçları aşağıda Yargıtay kararları eşliğinde irdelenmiştir.

⁵⁶⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 487

⁵⁶⁸ KURU, HUMK, C II, s. 1149-1150

Dönme ile şu hukuki sonuçlar doğar:

1-Müteahhit (Muhatap) dönme ve dönme nedenlerinin haklı olduğunu açıkça kabul edebilir.

Bu durumda mahkemeye başvurularak akitten dönüldüğünün tespitine gerek kalmaz. Ancak işin tasfiyesi bakımından çıkan uyuşmazlık mahkemece çözüme kavuşturulur.

Müteahhit akitten dönme beyanını zımnî olarak da kabul edebilir. Müteahhidin inşaattan el çekmesinde böyle bir durum vardır. Fakat, müteahhidin, arsa sahibinin dönme beyanına karşı sessiz kalması tek başına dönmenin kabul edildiği anlamına gelmemelidir.⁵⁶⁹ Yargıtay bir kararında; dönme beyanına karşı gelinmemesi durumunda sözleşmeden dönüldüğü sonucuna varılması gerektiğini, yalnızca dönmenin tespiti için dava açılmasına gerek olmadığını belirtmiştir.⁵⁷⁰

Müteahhidin arsa sahibinin dönme beyanına karşı çıkmaması veya ortadan kaybolması halinde, dönmenin haklılığının tespiti ile cezai şart, menfi zarar vs. talep edilerek, mahkemeye başvurulması arsa sahibi açısından daha uygun olacaktır. Çünkü bu şekilde dönmenin hüküm ve sonuçları net ve çekişmesiz bir şekilde belirlenmiş olur.

2-Müteahhit; arsa sahibinin akitten dönme beyanına karşı çıkıp, dönmenin haklı nedenlere dayanmadığını sözleşmenin ayakta olduğunu iddia edebilir. Bu durumda da mahkemeye başvurulup dönmenin haklı nedenlere dayandığı ispat edilip, sözleşmeden dönme beyanının geçerliliği ve buna bağlı haklar mahkemedен talep edilir.

Sadece dönmede haklı olduğuna dair tespit davası, eda davasının açılacağı hallerde tespit davası açılmayacağından bahisle reddedilebileceğinden, mahkemedен aynı zamanda dönmeyle ilgili hakların da talep edilmesi uygun olacaktır.⁵⁷¹

Bu durumda dönme beyanının muhatabına ulaştığı tarih itibarıyla, dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu dikkate alınarak değerlendirilmelidir.⁵⁷²

KOSTAKOĞLU, dönme beyanında bulunulan tarih dikkate alınarak, dönmenin hukuki sonuçlarının belirlenmesi gerektiği görüşündedir.⁵⁷³ Sayın yazarın dönme beyanının

⁵⁶⁹ SEROZAN, Dönme, s. 498.

⁵⁷⁰ “Sözleşmenin feshi iradesinin karşı tarafa bildirilmesi üzerine muaraza yaratılmayan hallerde, ayrıca feshin tespitine veya feshi için dava açılmasında yarar bulunmayan davacının açtığı davanın reddi gerekir.”, Y. 15. HD. 21.5.1991, 1990/5609, 2652, KOSTAKOĞLU, s. 696 ; Benzer doğrultuda, YHGK 5.10.1960, 37/37, ERDEM, Nafiz, Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara, 1987, s. 769.

⁵⁷¹ SEROZAN, Dönme, s.478 vd. ; KURU, HUMK, C I, s. 919 vd.

⁵⁷² “Fesih hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir. Karşılıklı borç içeren inşaat sözleşmelerine konu ilişkilerde , sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanı karşı tarafa ulaşmakla hukuksal sonuç doğurur ve bu irade beyanı sahibini mutlak bağlayıcı olup, haklı nedene dayandığı veya karşı tarafça kabul edildiği durumlarda muhatabı da bağlar.”, Y.15. HD. 9.12.2004, 7040/6389, Legal Hukuk Dergisi, 2005/1, s.208 vd. ; “Fesih iradesinin karşı tarafa bildirildiği tarih itibarıyla serbest piyasa rayiçlerine göre inşaatın karsız maliyeti, geriye etkili fesihte müteahhide ödenmelidir.”, Y. 15. HD. 30.6.2000, 1561/3399, Yasa Hukuk Dergisi, 2001/5, s. 627 ; Benzer doğrultuda, Y. 15. HD. 1.10.1990, 518/3696, UYGUR, C II s. 539 ; Y. 15. HD. 14.9.1989, 4159/3540, UYGUR, C II s. 529 ; Y. 15. HD. 25.11.1988, 2605/3995, UYGUR, C II s. 749.

⁵⁷³ “Akdin feshine karşı çıkılarak, haklı nedenler bulunmadığı ve sözleşmenin aynen yürürlükte kalması gerektiği yolunda çıkan uyuşmazlıkta, akdi fesheden tarafın fesih iradesinin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığı araştırılarak , sonucunda haklı nedenlerin tespiti halinde, yapılan fesih ihbarının geçerli olduğuna hükmedilir.Bu durumda fesih, mahkeme karar tarihine göre değil, feshin ihbar edildiği tarihe göre hukuki

muhabatına ulaştığı değil de, yapıldığı tarihe göre hüküm ve sonuçlarını doğuracağına dair görüşü, yukarıda daha önce açıklanan nedenlerle eleştiriye açıktır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ile ilgili sonraki yerleşik kararlarında; kat karşılığı inşaat sözleşmesinden tek taraflı beyan ile dönülemeyeceğini, dönmeye karşı çıkılması durumunda hakimin vereceği kararın ileriye yönelik sonuç doğuran inşai nitelikte bir karar olacağını belirtmektedir.⁵⁷⁴

Yargıtay'ın yukarıdaki görüşleri eleştiriye açıktır. Şöyle ki ; söz konusu kararlarda, eser sözleşmesinin geçerliliğinin hiçbir şekilde bağlı olmaması nedeniyle, sözleşmeden tek taraflı olarak dönülebileceği, ancak, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin arsa payının devrini içermesi, dolayısıyla resmi şekilde yapılmasının gerekmesi nedeniyle, karşı tarafın kabulü yoksa, tek taraflı dönülemeyeceği, dönmeye hakimin karar vereceği ve dönmenin hakimin kararının kesinleşmesinden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracağı belirtilmektedir.

Sözleşmenin resmi şekilde tabi olmasının, dönme beyanının hakimin kararından itibaren ileriye etkili sonuçlar yaratmasına neden olan yasal dayanaklarının ne olduğu kararlarda açıklanmış değildir. Kanunda resmi şekilde yapılmış sözleşmelerden tek taraflı dönülmesinin sonuçlarının, hakim kararı ile ileriye yönelik olarak doğacağına dair bir hüküm yoktur.

Aksi halde kat karşılığı olmayan (bedel karşılığı olan) ancak noterde yapılmış inşaat sözleşmesi ile noterden yapılmamış inşaat sözleşmesinin ayrı hukuki statüde olduğu sonucu çıkar. Örneğin bir kooperatif, inşaatlarının yapımı için müteahhitle adi yazılı şekilde bir anlaşma yaptığında, sözleşmeden haklı nedenlerle tek taraflı olarak dönebilecek ve bu dönme beyanının hüküm ve sonuçları hemen gerçekleşecekken, aynı şartlardaki inşaat yapım sözleşmesinin noterden yapılması durumunda, dönmenin hüküm ve sonuçları mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra doğacaktır.

Fakat, arsa sahibinin edim borcu olan arsa payını geçirme yükümlülüğü bakımından BK m 22/1 uyarınca ön akit niteliğindeki satış vaadi sözleşmesinin geçerli olması için ; 1512 sayılı Noterlik Kanunu m 60/3, m 80 uyarınca resmi şekilde yapılması gerekir. Oysa müteahhidin edim borcu olan inşaat yapımı bakımından resmi şekil şartı bulunmadığından, inşaat (istisna) sözleşmesinin resmi şekilde yapılmış olmasının dönme hakkı üzerinde bir etkisi olmamalıdır, diye düşünülebilir.

sonuçlarını doğurur.Mahkemece haklı nedenler bulunmadığının anlaşılması halinde, feshin geçersizliğine ve sözleşmenin yürürlükte olup, tarafları bağlayıcı bulunduğu karar verilir.”, KOSTAKOĞLU, s. 674.

⁵⁷⁴ İMREGÜN, Oğuz, Bilirkişi Raporları, 2004, ss. 251-252 ; KARATAŞ, s. 373, “ Eser (istisna) sözleşmelerinde akdin feshi iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla fesih olanaklı ise de, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri arsa payının devrini içermesi nedeniyle Dairemizin yerleşmiş içtihatları gereğince karşı tarafın kabulü yoksa, tek taraflı feshedilemez, feshine hakim karar verir (15.H.D. 30.03.1992 gün E.5811 K.1630 sayılı kararı, 10.06.1999 gün 1999/1658 E.-1999/2437 K., Y.K.D. Mart 2000 s-404-405, 21.03.2006 gün 2005/1712 E.-2006/1639 K. Y.K.D. Ekim 2006 s.1634-1635). Bu nedenle mahkemenin davalı yüklenicinin keşide ettiği 26.11.2001 tarihli ihtarla sözleşmenin tek taraflı olarak feshedildiğine dair görüşünde isabet bulunmamaktadır.”, Y. 15. HD. 25.4.2007, 546/2750 ; “Eser (istisna) sözleşmelerinde akdin feshi iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla fesih olanaklı ise de, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde diğer tarafın karşı çıkması veya üçüncü şahıslara pay devri olasılığı gibi nedenlerle sözleşmenin feshi yargılamayı gerektirmektedir. Sözleşmenin feshedilebilmesi için yargı kararına ihtiyaç bulunduğu Dairemizin yerleşmiş içtihatları gereğidir.”, Y. 15. HD. 21.3.2006, 2005/1712, 1639, YKD, 2006/10, s. 1634-1535 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 9.3.2006, 2005/7640, 1334, Yargı Dünyası, 2006/10, ss. 99-100 ; Y.15. HD 21.12.2006, 2005/7594, 7533, YKD, 2007/5, ss. 930-931 ; Y. 15. HD. 15.10.2003, 1855/4791, www.kazanci.com.tr ; Y.15.HD. 20.6.2001, KARATAŞ, s. 392 ; Y.15. HD. 10.6.1999, 1658/2437, YKD, 2000/3, s.405 ; Y. 15. HD. 8.10.1998, 2263/3752, YKD, 1999/2, s.213 ; Y. 15. HD. 15.2.1996, 452/8364, UYGUR, C II s. 622 ; Y. 15. HD. 16.11.1995, 3766/6618, UYGUR,C II, s. 623 ; Y. 15. HD. 16.11.1995, 3766/6618, UYGUR,C II, s. 623 ; Y. 15. HD. 31.1.1991, 1990/2465, 339, KOSTAKOĞLU, s. 697.

Gerçekten resmi şekilde yapılmak zorunda olan sözleşmeyi, tarafların anlaşarak ortadan kaldırdığı sözleşmenin de resmi şekilde yapılmasının zorunlu olduğu tartışmalı olsa da bir dereceye kadar kabul edilebilir.⁵⁷⁵

Sözleşme serbestisi kuralları içinde resmi şekle tabi sözleşmenin tadilinin de resmi şekilde yapılması doğaldır. BK m 12/1 de “Kanunen tahriri olması gereken bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır” denilerek, bu husus vurgulanmıştır. Tarafların aralarında mevcut olan bir akdi ortadan kaldırdıkları ve bu amaçla yaptıkları akdin (ikale) de aynı usulde yapılması gerektiği hususu doktrinde tartışmalı olsa da ileri sürülebilir.⁵⁷⁶

Ancak kanunun verdiği tek taraflı kullanma yetkisine dayanarak o sözleşme ile ilgili yenilik doğuran hakkın kullanılmasından sonra, bu hakkın usulüne uygun ve haklı olarak kullanılıp kullanılmadığına dair yapılan tespit, ileri etkili sonuçlar doğurmasının, sözleşmenin şekli ile ne gibi bir ilgisinin olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Kanunda (BK m 106,108) dönme hakkının kullanılmasının bir geçerlilik şartına bağlanması söz konusu değildir. BK m 106/ 2 de “alacaklı akdi fesh edebilir” deniyor , “feshi dava edebilir” veya “feshe hakim karar verir” demiyor. Keza BK m 108 de de “Akitten rücuyla dava eden “ değil de “akitten rücu eden” alacaklı tabiri kullanılıyor. Burada dönme hakkının karşılıklı değil de tek taraflı olarak kullanılacağı hususu açıkça belirtilmektedir. Tek taraflı olarak kullanılan bu hakkın BK m 12 kapsamında bulunmadığı ortadadır.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yeni tarihli bir kararında, daha da ileri giderek, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tek taraflı olarak sonlandırılmayacağını belirtmiştir.⁵⁷⁷

Yargıtay’a göre resmi şekilde yapılması zorunlu sözleşmeden tek taraflı dönülemez. Dönme beyanının kabulü gerekir. Karşı taraf dönmeyi kabul etmez ise, dönmeye haklılığın saptanması durumunda hakimin kararı karşı tarafın kabul beyanı yerine geçmiştir olacaktır.

Bunu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü ;yenilik doğuran hak, tek taraflı bir irade beyanı ile başka bir şahsın hukuk alanında bir değişikliğe yol açma yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Bir başka anlatımla, yenilik doğuran hakkın kullanılmasında tek taraflılık söz konusudur⁵⁷⁸. Bu hakkın tek taraflı olarak kullanılabilmesi ve sonuç yaratması karşılığında, bir defa kullanılabilmesi, kullanmakla tükenmesi ve kullanıldıktan sonra geri alınmasının mümkün olmaması sonuçları doğmaktadır. Yani, yenilik doğuran hakkın tek taraflı kullanılabilmesinin bir bedeli vardır. Bu bedeli ödemeye razı olan tarafın da, kullandığı inşai hakkın hüküm ve sonuçlarını, kullandığı andan itibaren görebilmesi lazımdır.

⁵⁷⁵ ÇENBERCİ, “Gayrimenkul Satış Vaadi” isimli eserinde , anlaşma suretiyle satış vaadi sözleşmesinin ortadan kaldırılması işleminin de resmi şekilde yapılması gerektiğini belirtmekte ve emsal kararlar sunmaktadır. Emsal kararda ; “Davanın dayandığı Noterlikçe resen tanzim edilen gayrimenkul satış vaadini mutazammın mukavele Borçlar Kanununun 22 nci ve Noterlik Kanununun 44 ncü maddeleri mucibince muteber bulunmuş olduğuna, kanunen tayin edilen şekilde yapılmadıkça muteber olmayan şekle bağlı akitlerin tadil ve ilgasını tazammun eden anlaşmaların da aynı şekilde yapılması lazım geldiğine göre bu cihetler nazara alınmadan mukavelenin muteber bulunmadığından ve hükmün ilga edilmiş olduğundan bahisle davanın reddi cihetine gidilmesi yolsuzdur” denilmektedir, Y. 1.HD. 14.4.1964 T. 8299/2222- ÇENBERCİ, s. 47 ; aynı doğrultuda, KALYON, Muharrem, Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmesi, Ankara, 2004, s.23 ve 447 ; DALAMANLI, s. 34.

⁵⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 427, EREN, C III s. 456.

⁵⁷⁷ “İki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflardan birinin tek taraflı olarak akdi feshetme imkanı yoktur. Davacının davasına dayanak yaptığı satış vaadi sözleşmesi geçerlidir.Ortada usulünce gerçekleşmiş bir fesih de bulunmadığından , davacının tescil isteme hakkı vardır”. Yargıtay14. Hukuk Dairesinin bu kararına karşı Yerel Mahkemenin direnmesi üzerine , YHGK 8.12.2004, 14-610/656 sayılı kararı ile direnme kararını bozmuştur, Legal Hukuk Dergisi, 2005/1, s. 135 vd.

⁵⁷⁸ AYAN, s. 253.

Yargıtay'ın yorumuna göre, dönme hakkının resmi şekle tabi olması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü dönmenin hüküm ve sonuçlarının hakim kararına bağlı tutulması söz konusudur. Oysa dönme hakkının kullanılmasının, kanunda açıkça belirtilmeyen durumlarda bir şekle tabi olması da söz konusu değildir. Yenilik doğuran hakkın dava yoluyla veya karşı tarafın kabulüne bağlı olarak kullanılması zorunluluğu, kamu düzeninin sağlanması veya kamu yararı amacıyla getirilmiştir.⁵⁷⁹

Örneğin aileyi korumak için boşanma, borçluyu aşırı cezai şartın altında ezilmesini önlemek için cezanın tenkisi, kira kanununa göre kiracının korunması için fesih vs. gibi inşai hakların kullanılmasının tek taraflı irade beyanı ile hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı kabul edilmiştir.

Oysa kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden dönmenin kamu düzenini bozucu etkisi tartışılmadan, kamu yararına aykırı sonuçları belirtilmeden, hakim kararından sonraya hüküm ve sonuçlarının bırakılmasını kabul edilebilir bulmuyorum.

Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, isimsiz sözleşmedir. Çünkü bu sözleşme türü Borçlar Kanunu'nda veya özel kanunlarda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bir ismi yoktur. Birincisi istisna akdi, ikincisi arsa payını devir taahhüdü borcu doğuran gayrimenkul satış vaadi olan iki ayrı tipteki sözleşmenin birbirinin karşılığı olacak şekilde bir araya gelmesi söz konusudur.

Bu iki sözleşme tipine ait kurallar birbiri ile çelişirse, karşılıklı çıkarların denkleştirilmesi ile hakkaniyete uygun çözüme gidilir. Sözleşmeden dönme konusunda da tarafların menfaatlerine uygun olarak aşağıdaki gibi değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

Her halde, yani, kat karşılığı olsun olmasın, kat karşılığı olmayıp resmi şekilde yapılsın veya yapılsın inşaat sözleşmesinden tek taraflı dönülmesinin karşı tarafça kabul edilmemesi durumunda, dönmedeki haklılığın mahkeme kararı ile tespit edilmesine ihtiyaç vardır.

Bir başka anlatımla, inşaat sözleşmelerinden iş sahibi tarafından tek taraflı olarak dönülmesine, hiçbir koşul öne sürülmeksizin değer verilmesi gerektiği görüşü de eleştiriye açıktır. Bu görüşe göre iş sahibinin haklılığı tartışılmadan ve dikkate alınmaksızın, sözleşmeden dönme beyanına geçerlilik tanınması durumunda, yargılama sonunda iş sahibinin dönmede haksızlığı ortaya çıktığında, iş sahibi haksız dönme nedeniyle müteahhidin tüm zararlarını karşılamak zorunda kalacaktır. Ancak, iş sahibi tarafından haklı - haksız ayrımı yapılmadan sözleşmeden dönüldüğü sonucuna varmak, müteahhidin işin aynen ifasını talep etme hakkının gaspı sonucunu doğuracağından, BK m 369 da ki ayırık hüküm kapsamı dışında kalan durumlarda tek taraflı dönmeye veya feshe geçerlilik tanınmaması gerekir.

Bedel karşılığı inşaatlarda tek taraflı dönmeye müteahhidin karşı koyma imkanının kaldırılması, BK 369. maddenin de uygulanmaz hale getirilmesi sonucunu doğurur. Çünkü ; BK m 369 da yer alan hüküm ; hiçbir sebep göstermeye gerek duymaksızın, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesine imkan tanımakta, buna karşılık, yüklenicinin de her türlü zararının en yüksek seviyede karşılanmasını sağlamaktadır. Oysa ki hiçbir iş sahibi "*ben sözleşmeden keyfi biçimde hiçbir haklı nedenim olmaksızın dönüyorum*" diye kendini önemli bir yaptırımla karşı karşıya bırakacak şekilde dönme iradesini kullanmaz. Ya ne yapar ?

⁵⁷⁹ ÖNEN, İnşai Dava, s. 11.

Dönmenin haklılığı konusunda yeterli bir nedeni olmasa bile, bahaneler uydurarak dönme iradesini kullanacaktır. Müteahhidin aynen ifayı talep hakkı, Yargıtay kararlarıyla Borçlar Kanunu m 106 da ki düzenlemeye aykırı olarak ortadan kaldırıldığından, yüklenici , kar mahrumiyeti zararını ancak BK m325 e göre tırpanlanmış şekilde alacaktır. Sonuç olarak iş sahibinin tek taraflı dönme beyanına müteahhidin karşı çıkma imkanının elinden alınması, iş sahibinin dönmede haklılığının doğrudan tartışılmasını engellemekte, müteahhidin aynen ifayı talep etme hakkını ortadan kaldırmakta ve BK m 369 hükmünü uygulanmaz hale getirmektedir.

Örneğin bir kooperatif, inşaatlarının yaptırılması konusunda müteahhit ile bedel karşılığı sözleşme imzalamıştır. Ancak inşaatlar devam ederken, müteahhidin işi çok ağırdan alması ve işi zamanında bitirmesinin imkansız olması gerekçesiyle kooperatif sözleşmeden tek taraflı olarak dönmüştür. Müteahhit deprem sonucu inşaatların durdurulması ve kooperatifin isteği ile sözleşme dışı yapılan işler nedeniyle inşaat süresinin uzadığını, dönmeyi kabul etmediğini belirtmiştir. Bu durumda kooperatifin dönme beyanında haklılığı saptanmadan bu beyanına geçerlilik tanınması doğru olmaz. Çünkü yargılama sonunda müteahhidin temerrüdünün oluşmadığı, bir kusurunun bulunmadığı ve iş sahibinin dönme beyanının haklı nedenlere dayanmadığı tespit edildiğinde, sözleşmenin yürürlükte kalması söz konusu olacaktır. Müteahhit aynen ifa talebinde ısrar ederse, sözleşmenin aynen ifası sağlanacak ve inşaaata devam edilecektir. Ancak iş sahibinin tek taraflı beyanına Yargıtay'ın kabul ettiği gibi geçerlilik tanındığında, müteahhidin aynen ifa talebinde bulunma imkanı kalmayacaktır.⁵⁸⁰

Gerçi burada müteahhidin aynen ifayı talep etmede ısrarlı olması hakkın kötüye kullanımını oluşturduğunda, sözleşmeden dönmeye karar verilebilir. Çünkü karşılıklı güvene dayanan istisna akdinde, müteahhidin aynen ifada direnmesi çoğu zaman böyle bir sonuç doğurur. Örneğin müteahhidin müdahalesinin önlenmesinin talep edilmesi, onunla hiçbir şekilde akdi ilişkiye girilmeyeceğinin beyanı, ücret ödeme borcunun yerine getirilmemesi karşılıklı suçlamalar yapılması, davalar açılması ve güven duygusunun tamamen yitirilmesi sonucunda, fiilen dönülmüş sözleşmenin ayakta tutulmasına çalışılması mümkün olmamalıdır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden arsa sahibinin tek taraflı olarak dönme beyanına, müteahhidin dönmeye karşı çıkması sonucunda, mahkemece dönmede haklı olunduğunun tespitine karar verilmesi şartıyla değer verilmesi gerektiği görüşündeyim. Dönme konusunda uyuşmazlık çıktığında, dönmenin haklı olup olmadığına hakim karar verecektir. Arsa sahibinin dönmede haklılık durumu, dönme beyanında bulunduğu tarih itibarıyla belirlenecektir. Bu belirleme yargılama yapılmasını gerektirir. Yargılama sonunda arsa sahibinin haklılığı sabit olursa, verilen karar dönmenin haklılığı bakımından ihdasi (açıklayıcı, bildirici), işin tasfiyesi de talep edilmişse tasfiye bakımından ise eda hükmünü içeren nitelikte bir karar olacaktır. İşin tasfiyesi bakımından verilen bu karar, müteahhit işten el çekmemişse, müteahhidin işten el çekmesi sonucunu doğuracak, yani müteahhidin müdahalesinin önlenmesini sağlayacaktır. Hatta arsa sahibinin avans niteliğinde müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin bir kısmını veya tamamını tapuda devretmesi durumunda, mahkemenin kararı üzerine , tapuların arsa sahibine dönmesi söz konusu olacaktır. HUMK m 443⁵⁸¹ gereği taşınmaz mala ve bununla ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilmeyeceğinden, mahkemenin vereceği kararın kesinleşmesi gerekmektedir.

⁵⁸⁰ Bu durumda feshin geçersizliğinin tespiti ve murazaanın önlenmesi davası açılacağına dair Y. 13. HD. 15.5.2003, 5667/6085 sayılı Kararı vardır, KURDOĞLU, Bülent Nuri, Karar İncelemesi, ABD, 2005/1, s. 109 vd.

⁵⁸¹ İstinaf mahkemelerinin faaliyetine başlaması ile yürürlüğe girecek HUMK m426/j ve m 433 uyarınca.

Burada şöyle bir çelişkinin ortaya çıktığı ileri sürülebilir. Dönme beyanında bulunulduğu ve bunun muhatabına ulaştığı tarihler itibarıyla daha önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesi muaccel hale geliyor ve talep edilebiliyor da, neden bu iade dönmenin haklılığı konusunda açılan davanın kesinleşmesi tarihinde gerçekleşiyor? Eğer hukuken dönmenin hüküm ve sonuçları davanın kesinleşmesinden sonra ortaya çıkıyorsa, daha önceki tek taraflı beyan geçersiz sayılmalıdır.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Sözleşmeden dönmenin haklılığı, bu beyanın yapıldığı tarih itibarıyla belirlenmektedir. Mahkeme kararı ile dönmenin haklılığı tespit edilince, dönme beyanının muhatabına ulaştığı andan itibaren karşılıklı edimlerin iadesi muaccel hale gelmiş sayılmakta, ancak tasfiye için usul hukuku bakımından ve hükmün infazı açısından kararın kesinleşmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Karar kesinleştiğinde, geriye yönelik olarak, dönme beyanının gönderildiği ve muhatabına ulaştığı tarih itibarıyla, dönme hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.

Bir başka anlatımla, dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurması ile taraflar arasındaki sözleşmenin tasfiyesi konusundaki ayırım yapılarak sonuca varılması gerekmektedir. Örneğin, açılan davada, arsa sahibinin dönme beyanının haklılığını müteahhit kabul ettiğinde, ya da dönme beyanını kabul etmekle beraber, dönmede haklı olmadığını ileri sürdüğü durumlarda, dönme konusunda karşı tarafın açık kabulü bulunduğundan, bu beyanın müteahhide ulaştığı tarih itibarıyla dönmenin hüküm ve sonuçları doğacaktır. Ancak tasfiye bakımından çıkan uyuşmazlık, dönmenin hüküm ve sonuçlarının doğduğu tarihi etkilemeyecektir. Örneğin müteahhidin sözleşme kurulurken tapusunu aldığı bağımsız bölüme iadede kaçınması durumunda, arsa sahibinin iadeyi talep eden davası, tasfiyeye yönelik olup, bu dava sonunda verilen kararın kesinleşme tarihi ile dönme beyanının hüküm ve sonuçlarının doğduğu konusunda çekişmesiz olan, (yani dava açılmadan veya açıldıktan hemen sonra dönme beyanının müteahhit tarafından kabul edildiği) tarih arasında bir bağlantı kurulması mümkün değildir.

Aksinin , yani mahkemenin dönme konusundaki kararının kesinleşme tarihinde dönmenin hüküm ve sonuçlarının doğacağı kabulü, yenilik doğuran hakların özellikleri, kendi kusuruna dayanarak hak elde etme, karşılıklı ve hukuka güven, hukukta belirginlik, istikrar, usul ekonomisi gibi bir çok temel hukuk ilkelerinin ihlali demektir. Şöyle ki :

Dönme beyanının yenilik doğuran bir hak olduğu konusunda görüş birliği vardır. Bu hak bir defa kullanılmakla tükeniyor ve muhatabına ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğuruyor ve bu beyandan geri dönülemiyor. Çünkü bu haklardan tek taraflı olarak dönülmesi, hak sahibinin kendi lehine spekülasyon yapmasına neden olur ve muhatabı güç durumda bırakır. Örneğin arsa sahibi sözleşmeden döndükten sonra, inşaatın yapıldığı yörede inşaat sektörü krize girmiş ve arsa sahibine daha evvel %40 veriliyorken, şimdi %20 verilmeye başlanmıştır. Bu durumda arsa sahibi dönme beyanından vazgeçip aynen ifayı talep ettiğinde, ya da arsa sahibinin dönme beyanından sonra, arsa sahibi acil nakit paraya ihtiyaç duymuş ve talebini müspet zararın tazmini yönünde değiştirdiğinde müteahhit zor durumlara düşecektir.

Arsa sahibi, dönme beyanı müteahhide ulaştıktan sonra, bundan tek taraflı olarak dönemez. Peki arsa sahibi bu durumda hangi hukuki statü içinde olacaktır? Eğer tek taraflı dönme beyanının hukuki sonuç doğurmadığı, bu konuda mahkemece verilecek kararın kesinleşmesine kadar da doğurmayacağı iddia ediliyorsa arsa sahibinin de bu beyanını geri alması mümkün mü olacaktır ? Çünkü hüküm ve sonuç doğurmayan bir beyanın geri alınmasının, muhatabın durumunda bir değişiklik yapması söz konusu değildir.

Arsa sahibinin dönme beyanının haklılığı ve geçerliliği bu beyanın yapıldığı tarihe göre belirlenirken, dönmenin hüküm ve sonuçlarının ilerideki belirsiz bir tarihe bırakılması ne derece doğrudur ?

Ayrıca her davanın açıldığı tarihteki duruma göre karara bağlanması söz konusudur. 23.12.1976 T. ,7/6 sayılı İBK gerekçesinde aynen “ Dava şartlarının mevcut olup olmadığı da davanın açıldığı tarihe göre tayin edilir ve açıldığı tarihteki durum ne ise ona göre hüküm verilmesi mükellefiyeti doğar” ,

28.11.1956 T. 15/15 sayılı İBK gerekçesinde de “ Her davada açıldığı tarihe göre tespit edilen vaziyet hükme esas itihaz olunması iktiza eylemesine”,

denilmektedir. Davanın açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirme yapılırken ve dönme beyanının haklılığı belirlenirken, davanın açıldığı tarihteki şartları ve dönmede arsa sahibinin haklı olup olmadığını da, müteahhit, dönme beyanı kendisine ulaştıktan sonra bilebilecek durumdayken, bu beyanın haklılığının sonuçlarının doğumunu, ilerideki belirsiz bir tarihe bırakmanın gerekçesini anlamak zordur.

Ayrıca kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi karşılıklı güvene dayanır. Arsa sahibinin dönme beyanının dikkate alınmaması, bu sözleşmenin zorla ayakta tutulması sonucunu doğurur ki, bu da hukuki ihtilafların içinden çıkılmaz hale gelmesine neden olur. Arsa sahibinin tek taraflı dönme beyanına hiçbir değer verilmemesi, onun sözleşmeye göre edimlerini yerine getirme borcunun devam etmesi demektir. Müteahhide hiçbir güveni kalmamış arsa sahibini buna zorlamak makul bir yaklaşım değildir. Örneğin, sözleşmede inşaatın belli seviyelerinde belli bağımsız bölümlerin müteahhide devrine dair hükümler bulunması halinde, sözleşmeden dönen arsa sahibinin, bu bağımsız bölümleri devretme yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmek ne derece tutarlıdır ?

Aynı şekilde , sözleşmeden dönmeyi kabul etmeyen müteahhidin inşaatı devam etme hakkı vardır. Çünkü sözleşme yürürlüktedir. Hatta, müteahhit inşaatı yapmaya mecburdur. Arsa sahibinin, müteahhidin inşaat faaliyetini engellemesi mümkün değildir. Mahkemeden tedbir yoluyla, müteahhidin müdahalesinin önlenmesini de, bu konudaki kararın davayı esastan çözümlenecek bir karar olması nedeniyle isteyemez. Dönmede haklılığın tespiti ile ilgili dava devam ederken, müteahhit inşaatı teslim hazır hale getirirse, bir başka anlatımla sözleşmeyi ifa ederse, bu durum arsa sahibinin dönme hakkının fiilen ortadan kalkması sonucunu doğurur.

Kusuru ile temerrüde düşen müteahhidin, dönme ile ilgili mahkeme kararının kesinleştiği tarihteki imalatın bedelini talep etmesi hak ve adalete aykırıdır. Bu kendi kusuruna dayanarak hak elde etme ilkesinin de ağır ihlalidir. Kusurlu müteahhit ödüllendirilmemelidir. Taşınmaz ile ilgili davalara ait ilamların kesinleşmeden infaz olunamayacağına dair usuli hüküm, kusurlu müteahhide cesaret vermemelidir. Taraflar arasındaki ihtilafın yargı yoluyla çözülmesi uzun yıllar almaktadır. Bu uzun yargı sürecinin sonunda kusurlu müteahhidin ödüllendirilmesi sonucunu doğurur şekilde, arsa üzerinde

yaptığı imalatın değerini dönme veya dava tarihindeki rayiçler üzerinden değil de, bu konudaki davada verilen kararın kesinleştiği tarihteki rayiçler üzerinden talep etmesi arsa sahibinin dönme hakkının gaspı sonucunu doğuracaktır.

Kararın kesinleşme tarihine göre dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğunun kabulü usul ekonomisi ilkesine de aykırıdır. Mahkeme kararı ile taraflar arasındaki ilişki çözülüyor, daha da karmaşıklaşıyor. Çünkü dönmeye dair kararın kesinleşmesinden sonra tarafların yerine getirdikleri edimlerinin iadesi istenebilir hale gelecektir. Bunun için ayrıca tarafların dava açmaları, müteahhidin yapılan imalatın değeri verilmedikçe TMK m 893 uyarınca kanuni ipotek tesisi ile TMK m 994 gereği alıkoyma hakkını kullandığını iddia ederek işten el çekmemesi, açılan, birleştirilen dava, karşı davalar çözüm yerine çözümsüzlük anlamına gelir.

Oysa dönme beyanının haklı nedenlere dayanıp dayanmadığını bilebilecek durumda olan müteahhit, bu beyana karşı çıkmasının sonuçlarına da katlanmalı ve yaptığı imalatın bedelini dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an olan dönme beyanının kendisine ulaştığı tarih itibarıyla almalıdır. Haksız olduğunu bilen müteahhit, davayı uzattıkça, alacağı bedelin eridiğini görecektir ve bir an önce alacağına kavuşmak için dönmeyi kabul edecek, tasfiyenin sağlanması için çabalayacaktır. Bu da yargılama sürecinin kısılmasına neden olacaktır. Yargıtay'ın tutumu, müteahhidi haksız olduğu durumlarda dahi dönmeye karşı gelmeye teşvik edici niteliktedir. Zaten uygulamada arsa sahibinin dönme beyanını kabul eden müteahhide çok seyrek rastlanmasının bir nedeni de budur.

Karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin bozulmasına yol açılmamalıdır. Müteahhit kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden arsa sahibinin onayını almadan dahi dönebilirken, arsa sahibinin dönme hakkı mahkemenin kararının kesinleşmesine endekslenmektedir. Örneğin, müteahhit tek taraflı olarak sözleşmeden döndüğünü bildirip, işten el çekip gittiğinde, bir başka deyişle, sözleşmeden fiilen döndüğünde, bu konuda açılan davanın kesinleştiği değil de, doğru bir şekilde fiilen dönmenin yapıldığı tarih dikkate alınarak tasfiye gerçekleştirilirken veya arsa sahibinin diğer seçimlik hakları değerlendirmeye tabi tutulurken, tersi durumda arsa sahibinin dönme hakkının çok uzun bir zaman sonraya bırakılması doğru değildir. Arsa sahibinin de aşağıda belirtileceği üzere müteahhide verdiği vekaletten kendisini azlederek veya işi başka bir müteahhide vererek sözleşmeden fiilen dönmesi mümkünse de, bu ancak henüz inşaatı başlama aşaması veya müteahhidin inşaatı terk ettiği durumlar için söz konusudur. İnşaatı başladıktan sonra inşaatın fiili ve hukuki hakimi olan müteahhit ile yapılan sözleşmeden tek taraflı olarak fiilen dönmek kolay değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle ; arsa sahibinin dönme iradesinin müteahhide ulaşmasından sonra , müteahhidin dönme beyanına karşı çıkması sonucu dönmenin haklı nedenlere dayandığına dair açılacak davada ; haklılığın sabit bulunması sonunda, arsa sahibinin dönme bildirimini müteahhide ulaştığı tarihte dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu ve bu konudaki mahkeme kararının izhari nitelik taşıdığı kabul edilmelidir.

1.1.3.1.2 Edimlerin İadesi

Sözleşmeden dönme üzerine tarafların aldıklarını birbirlerine iade etmeleri gerekmektedir. İadenin hukuki dayanağı ve kapsamı hakkında doktrinde tartışma

yaşanmaktadır. Bu tartışmalar iki ana görüş⁵⁸² üzerinde toplanmaktadır. Bunlardan birincisi sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalktığını savunan Klasik Dönme Görüşü⁵⁸³, diğeri de, sözleşmesel bir tasfiye sürecine girildiğini savunan Yeni Dönme (Dönüşüm Teorisi) Görüşüdür⁵⁸⁴. Bu konudaki teorik yaklaşımlar bir tez konusu olacak kadar geniş ve kapsamlıdır. Ancak, şunu belirtmek gerekir ki, ileri sürülen teorilerin tamamı, sözleşmeden dönme sonucu tasfiyenin adaletli bir şekilde gerçekleştirilmesi amacını taşımaktadır.

Dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını savunanlar (klasik dönme görüşünü benimseyenler), sözleşme hukukunun dar ve yetersiz kalıpları dışına çıkılarak, kanundaki tasfiye hükümlerinden yararlanıp, taraf menfaatlerine uygun çözüme ulaşılması gerektiğini ifade etmektedirler.⁵⁸⁵ Aynı şekilde, iade borcunun sözleşmeden doğan bir nitelik taşıdığı görüşünde olan SEROZAN⁵⁸⁶, dönme üzerine doğan çözülme ilişkisinde, iade edilecek nesneyle bağlantılı yarar ve masrafların karşılanıp denkleştirilmesinde, haksız zenginleşme (BK m 63-64), haksız zilyetlik (TMK m 906-908) ve diğer yasal tasfiye kurallarından (BK m 192-205) yararlanılabileceğini ifade etmektedir.

Kanunda sözleşmeden dönme sonucu tasfiyenin nasıl gerçekleştirileceğine dair hüküm bulunmadığı dikkate alındığında⁵⁸⁷, doğan hukuki boşluğun, tasfiyeye ait hükümlerin kıyas alınarak ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapısına uygun şekilde doldurulması gerekmektedir.⁵⁸⁸

Arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde, daha önceden müteahhide tapuda devrettiği arsa payını müteahhitten geri alacak, müteahhit de, yaptığı imalatı arsadan alıp götürmeyeceğinden bunun bedelini arsa sahibinden talep edecektir. Bu konuda görüşler arasında bir aykırılık bulunmamaktadır.

BK m 108 sözleşmeye dayalı yerine getirilen bir edimin iadesini ve menfi zararın tazminini öngörmektedir. Bir başka anlatımla, temelinde sözleşme olan edimlerin iadesi söz konusudur. Bu sözleşmeye uymayarak temerrüde düşen müteahhit hakkında, sözleşmeye dayalı kullanılan dönme hakkının hukuki sonuçlarına da, sözleşmenin tabi olduğu zamanaşımı uygulanmalıdır. Sözleşme olmasaydı, sözleşmeden dönme de olmazdı.⁵⁸⁹

Şimdi iade konusunda, tasfiyeye ilişkin hükümlerden hangisinin kıyas yoluyla kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde dikkate alınması gerektiği belirlenmelidir.⁵⁹⁰

BK m 414 (gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükmü), iş (arsa) sahibinin rızası olmaksızın işi yapan kimsenin (müteahhidin) yaptığı işin bedelinin ödenmesine yöneliktir. Ayrıca işin, sadece işi yapan kimse menfaatine yapılmış olması söz konusudur. Oysa, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak, arsa sahibinin rızası ve katılımıyla ve onun

⁵⁸² AYAN, s. 266 vd.

⁵⁸³ Bu görüş de kendi içinde 1-Klasik Dönme, 2-Kanuni (Yasal) Borç İlişkisi, 3-Ayni Etkili Dönme Teorisi gibi alt ayrımlara tabidir, BUZ, Dönme s. 118 vd. ; ÖZ, Dönme, s. 34 vd.

⁵⁸⁴ BUZ, s. 123 vd. ; ÖZ, s. 37 vd. ; SEROZAN, Dönme, s. 573 vd. ; PİOTET (Çeviren HELVACI, İlhan), Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 921; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77.

⁵⁸⁵ BUZ, Dönme, s. 151 ; ÖZ, Dönme, s. 227 vd.

⁵⁸⁶ SEROZAN, Dönme, Özsöz, s. V-VI.

⁵⁸⁷ BUZ, Dönme, ss. 161, 163.

⁵⁸⁸ BUZ, Dönme, s. 164 ; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 78 ; SEROZAN, Haksız Zenginleşme, s. 270

⁵⁸⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 968 ; Aksi görüşte, ÖZ, İnşaat, s. 150-151 ; BUZ, 10 yıllık genel zamanaşımının uygulanması gerektiği görüşündedir, BUZ, Dönme, ss. 235-237.

⁵⁹⁰ ÖZ, Dönme, s. 227 vd.

yararına da işin yapılması söz konusu olduğundan, bu hükmün tasfiyede dikkate alınmaması gerekir⁵⁹¹.

Satım sözleşmesine ilişkin hükümler (BK m 192-193 ve m205), bu borç ilişkisine özel düzenlemeler olup, uzun bir zamana yayılı olarak ifası gerçekleşen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapısına uygun değildir.

Yapılan kısmi inşaat bakımından haksız inşaaatla ilişkin TMK m 724 hükmü de inşaatın yapılması sırasında taraflar arasında bir sözleşme bulunduğundan uygulanamaz.⁵⁹² Kaldı ki, binanın değerinin, arsanınkinden fazla olduğu durumlarda, borca aykırı davranarak temerrüde düşen müteahhidin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın bu hükümden faydalandırılmaması gerekir⁵⁹³.

Müteahhidin arsa payını iade borcunun dayanak ve kapsamının, kıyas yoluyla, haksız iyiniyetli zilyetliğe ilişkin TMK m 993-994 olması da mümkündür. Ancak arsa paylarının iyiniyetli üçüncü kişilere devrinden sonra, müteahhide karşı yine sebepsiz zenginleşme davasının açılması gündeme gelecektir⁵⁹⁴. İadenin kapsamı yönünden her iki düzenlemede benzerlikler vardır⁵⁹⁵. Ancak farklılıklar da bulunmaktadır. İyi niyetli haksız zilyet elde ettiği menfaatleri iade etmek zorunda değilken (TMK m 993), iyiniyetli sebepsiz zenginleşen bunları elinden çıkmamış olması kaydıyla iade etme yükümlülüğündedir (BK m 63)⁵⁹⁶. Ayrıca iyiniyetli haksız zilyede yaptığı zorunlu ve faydalı masraflar ödenmedikçe alıkoyma hakkı tanınmışken (TMK m 994), sebepsiz zenginleşene bu hak tanınmamıştır. Sonuç olarak iyiniyetli haksız zilyedin, iyiniyetli sebepsiz zenginleşene göre avantajlı olduğu kabul edilebilir. Kötü niyetli haksız zilyet ise, sadece hak sahibi bakımından zorunlu giderlerini isteyebilirken (TMK m 995/2), sebepsiz zenginleşen bunun (zorunlu giderlerinin) yanında, faydalı giderlerinden, iade zamanında mevcut olan fazlalık nispetindekini de isteyebilir (BK m 64). Ayrıca kötü niyetli sebepsiz zenginleşen mal ile birleştirdiği şeylerin bedelinin ödenmesi önerilmezse, onları mala zarar vermeden söküp görülebilen (BK m 64), kötü niyetli haksız zilyedin böyle bir hakkı yoktur. Buna göre, kötü niyetli haksız zilyedin iade borcunun zenginleşene göre daha ağır olduğu ifade edilebilir. İyi niyetli haksız zilyet ile sebepsiz zenginleşenin iade borçları ve kapsamı bakımından dengenin sağlanması için her

⁵⁹¹ ÖZ, Dönme, s. 230-231 ; Gerçek Olmayan Vekaletsiz İşgörme ve Sebepsiz Zenginleşme arasındaki ilişki için bkz. ULUSAN, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984, s. 57 vd. ; TANDOĞAN, Vekaletsiz İşgörme, İstanbul, 1957, ss. 44-45 ; ÖZDEMİR H. Gökçe, Vekaletsiz İşgörme, Ankara, 2001, ss. 84-85 ; SEROZAN, Haksız Zenginleşme, ss. 267, 271 ; REİSOĞLU, Sebepsiz İktisap, ss. 48-49 ; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990, ss. 41-42, 74.

⁵⁹² AYAN, s. 260 dipnot 372.

⁵⁹³ Aksi görüşte, ÖZ, Dönme, ss. 238-240, 247-249 ; ÖZ, İnşaat, ss. 153-154.

⁵⁹⁴ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü, İstanbul, 1961, (Zilyetlik), ss. 108-114, özellikle ss. 114, 152-153 ; SEROZAN, Haksız Zenginleşme, s. 268 ; ULUSAN, s. 64 ; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, ss. 65-67.

⁵⁹⁵ ÖZ, Mevcut olmayan mülkiyet hakkının varlığına inanarak, tapuda üçüncü kişiye devir yapan müteahhidin TMK m 993/1 uyarınca bedeli iadedden kaçınmasının mümkün olabileceğini belirtmiştir, ÖZ, Dönme, s. 243 ve Dipnot 81. Ancak Sayın Yazar daha sonra, iş sahibinin verdiği arsa payını aynı taleple ve müteahhidi haksız zilyetlik hükümlerine tabi tutarak isteyebileceğini belirtmiştir, ÖZ, İnşaat, ss. 152-153. Müteahhidin iade talebini sebepsiz zenginleşme veya haksız inşaat, arsa sahibinin iade talebini ise haksız zilyetlik hükümlerine dayandırılmasının dengesizliğe neden olduğunu Yazar da kabul etmektedir, ÖZ, İnşaat, s. 153 ve dipnot 63 son cümle ; İadenin kapsamı yönünden yaratılan farklılık için bkz. ÖZ, Dönme, s. 242 dipnot 74 ve bu farklılığın eleştirisi için bkz. ULUSAN, ss. 65-67.

⁵⁹⁶ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 154 ; ÖZ Dönme, s. 242, dipnot 74 ; ULUSAN, s. 66 ; ERTAŞ, Şeref, Bir Sözleşmenin Haklı veya Haksız Feshinin Sonuçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, (Fesih), s. 399.

ikisi bakımından da sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasının doğru olacağını düşünüyorum.⁵⁹⁷

Soruna bir başka açıdan yaklaşıldığında da aynı sonuca ulaşırız. Şöyle ki, müteahhidin, arsa sahibinden aldığı arsa payını iade anı dönme bildirimimin kendisine ulaştığı andır. Haksız zilyetlikte, mülkiyetin hiçbir zaman müteahhide geçmediği kabul edilmektedir. Oysa, mülkiyetin intikali anında hukuki bir sebep vardır. Bu hukuki sebebin sonradan ortadan kalkması, tapudaki tescili kendiliğinden yolsuz hale getirmez. Çünkü TMK m 1024/2 de tescil anındaki, bağlayıcı olmayan hukuki işlem veya hukuki sebepten yoksunluk dikkate alınır. Tescilden sonra hukuki sebebin ortadan kalkması, tescili yolsuz kılmaz, sadece, şahsi hakka dayanılarak tescilin kendi adına yapılması imkanını (TMK m 716) doğurur.⁵⁹⁸ Hata, hile, tehdit, ehliyetsizlik vs. nedeniyle tapu iptali veya idari işlemle gerçekleşen tescil sonucu, idari işlemin iptali nedeniyle açılan tapu iptal davalarında, hukuki sakatlık tescilden önce mevcuttur. Halbuki, dönmede hukuki sebebin yokluğu tescilden sonra doğmaktadır.⁵⁹⁹

Ancak, müteahhidin yaptığı imalatın bedeli ödeninceye kadar TMK m 994 hükmüne dayanarak inşaatı geri vermekten kaçınması mümkündür. Çünkü diğer tasfiye hükümlerinde ve özellikle sebepsiz zenginleşmede, fakirleşene masrafları karşılığı alıkoyma hakkı tanınmamıştır⁶⁰⁰. Fakat bu durum, hakkaniyet gereği kıyasen TMK m 994 hükmünün uygulanmasına engel olmamalıdır. Esasen, TMK m 994 kapsamında iadesi söz konusu olan şey, arsanın zilyetliğidir. Yoksa, sözleşme gereği yerine getirilen edimlerin iadesi değil.

İadenin karşılıklı olması esastır. Sözleşmeden dönmedeki tasfiye ilişkisine, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerin ifasına ilişkin BK m 81 hükmünün kıyasen uygulanması ile de aynı sonuca varılabilir.⁶⁰¹

Müteahhidin tapuda kendisine devredilen payı iade etmesi nasıl gerçekleşecektir ?

Sözleşmenin yürürlükte olduğu sırada müteahhide yapılan devir sonucu kazanılan aynı hakkın, sözleşmeden doğan şahsi bir hak olan dönme ile kendiliğinden ortadan kalkmasının mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Tescili doğuran sebep ortadan kalkmıştır. Müteahhit sebepsiz olarak taşınmazın malikidir. Taşınmazı iade borcu doğmuştur. Bu durumda, arsa sahibi, mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe (sebepsiz zenginleşmeye) dayanarak, malikten mülkiyetin iadesini istemek hususunda kişisel hakka sahiptir. Bu kişisel hakkını vermeyen müteahhide karşı TMK m 716 uyarınca hükmen tescil davası açabilir.⁶⁰²

Müteahhidin kendisine devredilen arsa paylarını kötü niyetli veya müteahhidin edimini yerine getirmesi gerektiğini bilen ya da bilmesi gereken üçüncü kişilere geçirmesi durumunda, arsa sahibinin bu şahsi hakkını, onlara karşı da ileri sürebilmesi mümkün değildir.⁶⁰³. Çünkü, müteahhidin şahsi hakkı, aynı hak kazanan üçüncü kişiye karşı ileri

⁵⁹⁷ Sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlik hükümlerinin hangisinin uygulanması gerektiğine dair görüşler konusunda bkz. ÖZEN, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul, 2003, ss. 133-157.

⁵⁹⁸ ÖZEN, s. 135 ; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Eşya Hukuku, s. 58.

⁵⁹⁹ Sonradan hukuki sebebin ortadan kalkmasının aynı hakkı da kendiliğinden sona erdireceğine dair görüş için bkz. GÜRİSOY, Kemal Tahir, Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara, 1970, s. 250.

⁶⁰⁰ ERTAŞ, Fesih, s. 399.

⁶⁰¹ ÖZ, Dönme, ss. 255-256 ; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 170 ; KANETİ, Ödeme, ss. 86-87 ; BUZ, Dönme, ss. 232-234 ; ÖZ, İnşaat, s. 151 ; AYAN, s. 277 ; YİBK 10.7.1940, 1939/2, 77, RG:1.2.1941, Sayı: 4723, www.kazanci.com.tr.

⁶⁰² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 968 ; ERTAŞ, Fesih, s. 393 vd. ; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 501 ; ULUSAN, s. 10.

⁶⁰³ BUZ, Dönme, s. 142 ; AYAN, s. 270.

sürülemez⁶⁰⁴. Buna karşı, haksız fiil hükümlerinin (BK m 41/2) “aynen tazmin” (BK m 43/1) yoluyla uygulanması⁶⁰⁵ veya somut olay adaletinin gerekli kıldığı durumlarda “örtülü” bozucu şart (BK m 152 ve 150/3)⁶⁰⁶ yapısı eliyle dönmeye bir ayni etkinlik kazandırılılabileceği⁶⁰⁷ ileri sürülmektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme henüz müteahhidin inşaatı tamamlanabilir bir aşamaya getirmediği durumda gerçekleşmektedir. Müteahhit kendisine finans sağlamak için üzerine aldığı tapuları kısa süre içinde üçüncü kişilere devretmektedir. Dönme halinde genellikle müteahhidin üzerinde bağımsız bölüm kalmamaktadır. Hatta, arsa sahibinden, kendisine kalan bağımsız bölümlerin arsa payının tapuda üçüncü kişilere doğrudan devrini talep etmektedir. Dolayısıyla müteahhitten bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler inşaatın yarım halini görmekte, inşaat mahallindeki ruhsat tabelası, müteahhidin beyanları, projeler ve ruhsattan inşaatın kat karşılığı yapıldığını bilmektedirler. Aksinin kabulü, hayatın olağan akışına aykırıdır.⁶⁰⁸ Satın aldığı bağımsız bölüme büyük paralar bağlayan birinin inşaatın yapılma şeklini araştırmaması ve bilmemesi mümkün değildir. Sözleşmeden dönüldüğünde, arsa sahibinin, bu kişilerle taşınmazda ortak yapılmasının hakkaniyete aykırı olduğu ileri sürülmektedir⁶⁰⁹. Kaldı ki uygulamada genelde bu kişilerin müteahhitten rayiç değerinin altında bağımsız bölmü aldıkları görülmektedir. İktisaden sıkışık olan müteahhidin bu durumdan kurtulmak için kendisine kalan bağımsız bölümleri düşük fiyattan elden çıkarması söz konusu olmaktadır. Bunun yanında müteahhitten bağımsız bölüm alanların müteahhitle işbirliği içinde olmadığını (başka bir anlatımla kötü niyetli olduklarını) ispatlamanın güçlüğü de ortadadır.

Yargıtay uygulamasında dönmenin, tapuda pay sahibi olan üçüncü kişilere de sirayet etmesi gerektiği, bunun da, tescilin yolsuz olduğuna dayalı (ayni etkili dönme) veya üçüncü kişilerin de sözleşmeden etkilenmesi (şahsi etkili dönme) ile mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁶¹⁰

Sözleşmeden dönme sonucu, müteahhide devredilen arsa payı bakımından hukuki sebep ortadan kalktığından, tescilin, TMK m 1024/2 uyarınca yolsuz hale geldiği, bu nedenle zamanaşımına tabi olmaksızın, TMK m 1025 hükmüne dayanılarak, ayni nitelikte yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılabileceği ileri sürülebilir. Bu görüşe göre, dönme ile karşı tarafa (müteahhide) geçmiş mülkiyet kendiliğinden ilk (arsa) sahibine geri dönmektedir.⁶¹¹

⁶⁰⁴ SCHWARZ, Adreas B. (Çeviren: DAVRAN Bülent) : Borçlar Hukuku Dersleri C I, İstanbul, 1948 s. 67 vd. ; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, ss. 15-16 ve buradaki örnekler ; ERTAŞ, s.11 vd. Aynı hakların şahsi haklarla karşılaştırılması ve ayni haklara hakim olan ilkelerin örneklerle açıklanması ; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Eşya Hukuku, s. 14 vd. ; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s.3 vd. ; TEKİNAY, Selahattin Sulhi Eşya Hukuku, İstanbul, 1989, s. 10 vd. ; REİSOĞLU, Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 27 vd.

⁶⁰⁵ SEROZAN, Dönme, s. 95 ; SCHWARZ, ss. 72-73.

⁶⁰⁶ BK m 150/3 de “Şartın tahakkukundan evvel yapılan temlik her tasarruf, şartın hükümlerini ihlâl ettiği nispette batıl olur.” denilmektedir. Arsa sahibi, tapuda devri, inşaatın sözleşmeye uygun tamamlaması şartıyla yapmaktadır. Müteahhidin temerrüdü nedeniyle, sözleşmeden dönülmesiyle, şartlı yapılan tescil hükümsüz hale gelmiştir. Ancak, bir taşınmazın şartla satımı halinde şart gerçekleşmedikçe satımın tapu siciline kaydedilemeyeceğine dair BK m 214/1 hükmü bu kabule engeldir.

⁶⁰⁷ SEROZAN, Dönme, s. 96, 103.

⁶⁰⁸ KARATAŞ, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ankara, Aralık 2006, THYKS (Tartışmalar), s.102.

⁶⁰⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 78 ; AYAN, s. 270 ; KARATAŞ, Tartışmalar, s. 102.

⁶¹⁰ Y. 15. HD. 8.12.2003, 2679/6105, YKD 2004/3, s.410-411 ; Y. 15. HD. 21.3.2002, 2001/5182, 1300 ; Y. 15. HD. 24.6.1998, 2147/2779, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 1. HD. 3.11.1999, 10974/10974, TURAN, ss. 223-224 ; Y.1.HD. 15.5.1998, 4285/6264, TURAN, ss. 226-227.

⁶¹¹ ÖZ, Dönme, ss. 240-241 ; ÖZ, İnşaat, ss. 151-152 ; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, ss. 103-104 ; BUZ, Dönme, ss. 166-168, 171-172, 235 ; AYAN, s. 269 vd. ÖZEN, ss. 56-58.

Mülkiyetin kaybedilmesi, dolayısıyla malvarlığında bir eksilme söz konusu olmadığından istihkak davasının açılacağı bu halde, sebepsiz zenginleşme davası açılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁶¹². Ancak taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişilere devrinden sonra sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir⁶¹³.

Aynı etkili dönme görüşünde olmamama rağmen, kanımca, aynı sonuca, başka bir açıdan bakılarak da varılabilir. Şöyle ki; arsa sahibi, inşaatı sözleşmeye uygun tamamlaması şartıyla müteahhide tapuda devir yapmaktadır. Üçüncü kişinin de bunu bildiği ve bilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Şart anlaşmasının açıkça resmi şekilde yapılmadığı ileri sürülebilirse de, bu husus taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinden anlaşıldığı gibi, böyle bir iddianın ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde de kabul edilebilir. Fakat, bir taşınmazın şartla satımı halinde şart gerçekleşmedikçe satımın tapu siciline kaydedilemeyeceğine dair BK m 214/1 hükmü nedeniyle yapılan tescil geçersizdir⁶¹⁴. Bu nedenle yolsuz tescile dayalı olarak, müteahhit veya bunu bilmesi gereken üçüncü kişiden iade talep edilebilir.

Fakat aynı etkili dönme görüşünde de, müteahhitten bağımsız bölüm alan üçüncü kişilerin iyiniyeti, tapu siciline itimat prensibi (TMK m 1023) gereği korunmak durumundadır. Çoğu durumda, üçüncü kişilerin kötü niyetli olduklarını kabul etmek ise mümkün değildir. Müteahhidin edimini yerine getireceği inancı ile hareket eden bu kişilerin inşaatın kat karşılığı yapıldığını bilmesi veya bilmeleri gerekmesi, kötü niyetli oldukları anlamına gelmez. O nedenle aynı etkili dönme görüşüne göre, tapunun üçüncü kişilerden arsa sahibine dönmesi her durumda mümkün değildir. Ancak, üçüncü kişi ile müteahhit arasında dönmenin gerçekleşeceğinin anlaşılması veya dönme üzerine yapılan, fakat gerçekte mevcut olmayan danışıklı temlikler gibi çok istisnai davranışlar bu kapsama girebilir.⁶¹⁵

Yargıtay'a göre, BK 163 hükmüne atfen, müteahhide kalan bağımsız bölümleri tapuda devralan üçüncü kişilere karşı alacağın temlik hükümlerine göre iade talebinde bulunmaktadır. Şöyle ki, müteahhidin bu kişilerin her birine tapuda temlik ettiği taşınmaz, arsa sahibinden olan şahsi alacağının kısmi temlik⁶¹⁶ niteliğindedir. Bazı Yargıtay Kararlarında bu husus "halefiyet"⁶¹⁷ olarak da ifade edilmektedir. Çünkü, üçüncü şahıs, müteahhidin edimini yerine getirmesi halinde, tapuya gerçek anlamda hak kazanacağını bilmekte veya bilmesi gerekmektedir. Oysa yarım inşaatın daire satımında görünürdeki alacak temlik edilmektedir. Bu alacak hukuken inşaatın teslimi ile geçerli hale gelmektedir. O

⁶¹² FEYZİOĞLU, Zilyetlik, ss. 112, 152-153 ; SEROZAN, Haksız Zenginleşme, s. 269 ; ULUSAN, ss.62-63, dipnot 15-16 ; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, ss. 62-63.

⁶¹³ FEYZİOĞLU, Zilyetlik, ss. 108-114, özellikle ss. 114, 152-153 ; SEROZAN, Haksız Zenginleşme, s. 268 ; ULUSAN, s. 64.

⁶¹⁴ Tapu sicilindeki kesinlik, açıklık ve sadelik nedeniyle bu hükmün getirildiği ifade edilmektedir, HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Borçlar Özel, ss. 116-117 ; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 159 ; TUNÇOMAĞ, C II, s. 271 ; PULAŞLI, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989, s. 188. BK m 214 uyarınca taşınmazın bozucu veya geciktirici şartla satımı mümkün olup, sadece, tescil işlemi, şart gerçekleşmeksizin yapılamaz, YAVUZ, s. 183 ; TANDOĞAN, C I/1, s. 273 ; TUNÇOMAĞ, C II, s. 271 ; ÖZMEN, Saba/YÜCE, Melek Bilgin, Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, C II, s. 952 vd., s. 969.

⁶¹⁵ KIRCA, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ankara, Aralık 2006, THYKS, s. 93 ; DARENDE, M. İhsan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkileri, Erişim Tarihi: 11.4.2009 hukukcu.com/modules/smartsection/makepdf.php?itemid=169, s. 10.

⁶¹⁶ Alacağın kısmi temlikinin mümkündür, DAYINDARLI, Temlik, s. 138.

⁶¹⁷ Ancak, "halefiyet" bir kanuni temliktir. Kanuni temlik ise, alacağın taraflar arasında herhangi bir işleme gerek olmaksızın bi başkasına intikal etmesidir, KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979, (Halefiyet), s. 20.

nedenle de, daha önceden yapılan pay geçirimleri “avans” niteliğindedir. Alacağın temlikinde, temlik edene karşı ileri sürülebilecek defiler, temlik alana karşı da ileri sürülebileceğinden (BK m 167), arsa sahibi sözleşmeden dönme sonucu müteahhide karşı ileri sürebileceği şahsi hakkını, üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilmelidir.⁶¹⁸ Görüldüğü gibi Yargıtay, şahsi nitelikteki dönme hakkının üçüncü kişileri etkileyeceğini kabul etmektedir. Sonuç olarak Yargıtay uygulamasına göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile müteahhit ve ondan bağımsız bölüm alan kişiler bağımsız bölüm tapularını iade yükümü altına girerler. Arsa sahibi de yarım kalan inşaatın bedelini zenginleştiği miktarla sınırlı olarak müteahhide bedel biçiminde iade etmelidir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın adaletli olduğu kadar, hukuka uygun bir şekilde çözümü gerekir. Sözleşmeden dönme ile tarafların birbirlerinden aldıklarını iade etmeleri gerekmektedir. Aynı sonuca başka bir açıdan baktığımızda da ulaşırız. Şöyle ki; gerçekte, tapuda arsa sahibinin müteahhide yaptığı devrin (tasarruf işleminin), müteahhidin inşaatı bitirmesi, daha doğru bir anlatımla, sözleşmenin ifa ile sonuçlanması şartına bağlı olduğu ve sözleşmeden dönme (şartın gerçekleşmemesi daha doğrusu bozucu şartın=dönmenin oluşması) üzerine devrettiği tapuyu, şahsi hakkına istinaden TMK m 716 uyarınca müteahhitten geri alabileceği hususu tartışmasızdır.

Tartışma, müteahhidin tapuda üçüncü kişiye devrettiği taşınmazın, bu kişiden geri alınıp alınamayacağı noktasındadır. Çünkü üçüncü kişi, taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiştir. Kazanım sırasında da iyiniyetlidir. Öyleyse şahsi hak sahibinin, aynı hak sahibinin bu hakkını bertaraf etmesi nasıl mümkün oluyor ?⁶¹⁹

Alacağın temliki ve halefiyet hükümleri ile aynı hak sahibinin bu hakkının bertarafı mümkün değildir. Alacağın temlikinde, alacaklı, borçlu, alacaklının borçludaki bir alacak hakkı ve üçüncü kişi bulunmak durumundadır. Oysa üçüncü kişiye tapuda yapılan devirde arsa sahibi uhdesindeki bir alacağın devri yerine, doğrudan aynı hakkın devri söz konusudur⁶²⁰. Müteahhidin satım vaadi sözleşmesi ile bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmayı vaadetmesi durumunda alacağın temliki hükümleri uygulanabilir. Arsa sahibinden doğrudan veya dolaylı olarak müteahhit vasıtasıyla tapuda kazanılan aynı hak için alacağın temliki hükümlerinin kıyasen veya tahvil yoluyla dahi uygulanması mümkün değildir. O halde Yargıtay’ın görüşünün hukuki dayanağının olmadığı sonucuna varılır.

Yargıtay’ın⁶²¹ tapuda önceden yapılan pay geçirimlerini “avans” olarak niteleyerek sonuca varması da tutarlı ve hukuka uygun değildir. Öncelikle “avans” olarak verilen para değildir. Bir taşınmazdır. Tapu sicilinin açıklığı ve sicile itimat prensibi gereği, iyiniyetle kazanılan aynı hakkın, yasada yer almayan “avans” adı altında ihdas edilen bir şahsi hakka feda edilmesi mümkün değildir. Yargıtay’ın görüşüne göre tapuda pay alan aynı hak sahibi ile

⁶¹⁸ KARATAŞ, Tartışmalar, s. 103 ; YHGK 25.10.2000, 1-1295/1563, İzmir Barosu Dergisi, 2002/4, s.121 vd. ; Aynı doğrultuda, YHGK 25.10.2000, 1-1280/1554, TURAN, ss. 197-198 ; YHGK 15.2.1995, 1-15/70 ; YHGK 30.11.1994, 15-552/779, TURAN, ss. 211-212 ; Y. 1.HD. 24.12.1993, 15195/15902, TURAN, s. 229.

⁶¹⁹ Yargıtay, gayrimenkul satım vadeleri bakımından, tapuda iyi niyetle mülkiyeti iktisap eden üçüncü kişinin bu aynı hakkının, önceki tarihli vaad alacaklısının şahsi hakkından öncelikli olduğunu doğru ve haklı olarak kabul etmektedir, SURLU, s. 193.

⁶²⁰ KIRCA, ss. 95-96.

⁶²¹ YHGK 25.10.2000, 1-1295/1563, İzmir Barosu Dergisi, 2002/4, s.121 vd. ; Aynı doğrultuda, YHGK 25.10.2000, 1-1280/1554, TURAN, ss. 197-198 ; YHGK 15.2.1995, 1-15/70, www.kazanci.com.tr ; YHGK 30.11.1994, 15-552/779, TURAN, ss. 211-212 ; Y. 1.HD. 24.12.1993, 15195/15902, TURAN, s. 229.

satım vaadi ile pay alan şahsi hak sahibi arasında hiçbir fark yoktur.⁶²² Yargıtay bu görüşü ile aynı-nisbi hak ayrımını ortadan kaldırmış olmaktadır⁶²³.

Müteahhitten bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler, bağımsız bölümün tapusuna güvenerek başka bir teminat alma gereği duymamaktadırlar. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine bu arsa payını iade etmek zorunluluğunda olmadıklarını düşünmektedirler. Hatta bazen inşaatın kat karşılığı yapıldığının farkına sonradan varmaktadırlar. Üçüncü kişilerin tapuya şerh verilmemiş sözleşmenin kapsamı ve sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını bilmeleri de mümkün değildir. Kaldı ki, satım sırasında inşaatın kat karşılığı olduğunu bilmeleri durumunda da sonuç değişmez. Çünkü, o sırada, müteahhidin tasarruf yetkisi bulunmaktadır. İnşaatın kat karşılığı yapıldığını bilmek, iyiniyeti bertaraf etmez. Üçüncü kişilerin müteahhidin sıkışık durumundan faydalanarak ucuza bağımsız bölüm almaları da onların kötü niyetli olduklarını göstermez. Üçüncü kişilerin de daha sonra tapuda yaptığı devirler ile oluşan 4. 5...vs. kişilerin kazanımlarının da korunması gerekmektedir. Kendi açısından tüm bu olumsuzlukları önlemek isteyen arsa sahibi, sözleşmeyi tapuya şerh verebilme (TMK m 1009) veya tapuda devrettiği bağımsız bölüm ya da paylar üzerine kanuni ipotek (TMK m 893/1) koyma hakkına sahiptir. Bu haklarını kullanmayan arsa sahibinin de kusurlu tutumu dikkate alınmalıdır.

Konuyu bir örnekle daha da açık ortaya koyalım. Arsa sahibi, sözleşmeyi tapuya şerh vermiştir. Ancak, müteahhitten bağımsız bölüm alan kişi kendisini güvencede hissetmek için, satın alacağı bağımsız bölüm üzerindeki bu şerhin kaldırılmasını istemiştir. Müteahhidin şerhin kaldırılması yönündeki talebini de arsa sahibi kabul etmiştir. Üçüncü kişi bu şekilde taşınmaza sahip olmuştur. Arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde, bu üçüncü kişiden arsa payının iadesini isteyebilir mi? Yargıtay'ın görüşüne⁶²⁴ göre her durumda üçüncü kişinin arsa payını iade etmesi gerekir. Ancak, arsa sahibi, tapudaki şerhi kaldırmakla üçüncü kişiye karşı sözleşmeden doğan haklarını ileri sürmeyeceği yönünde bir güven vermiştir. Üçüncü kişinin bu güven duygusu, tapu siciline itimat prensibini ifade eden TMK m 1023 hükmü ile korunmuştur. Arsa sahibinin sözleşmeyi baştan tapuya şerh vermediği durumlarda da üçüncü kişilerin aynı kazanımları konusunda haklarının korunduğu kabul edilmelidir.

Buna göre üçüncü kişilerin aynı hakkı korunmalıdır. Arsa sahibi, ortaklığın giderilmesi davası açarak bu kişiler üzerindeki payı, bedelini ödeyerek geri alabilir. Arsa sahibi, tapuda müteahhide satım yetkisi vermesine rağmen, sözleşmeyi tapuya şerh etmemekle kusurlu davrandığından, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Ayrıca, arsa sahibinin iyi bir müteahhit seçmemesinin de bedeli olmalıdır. Üçüncü şahıs da, bağımsız bölümün bitmiş haldeki değerini müteahhide ödemiş olmasına rağmen, inşaat halindeki durumunun bedelini geri alacaktır. Çünkü, o da taksitle ve yarım haldeki binayı alırken müteahhit hakkında inceleme yapmamış, özenli davranmamıştır. İnşaatın kat karşılığı yapıldığını bilmesi gereken üçüncü kişinin de, her durumda ödediği bedelin tamamını alması mümkün olmayacaktır.

⁶²² KIRCA, s. 96 ; DARENDE, s. 3.

⁶²³ Yargıtay'ın benzer bir tutumuna, taşınmaz satım vaadlerinde öncelik sırasının belirlenmesinde de rastlamaktayız. Yargıtay, önceki tarihli olan ancak, tapuya şerh verilmemiş satım vaadi sözleşmesi alacaklısının hakkını, sözleşmeyi şerh verdimiş, fakat sonraki tarihli satım vaadi alacaklısının hakkına üstün tutmaktadır, Y. 14. HD. 6.4.1998, 3620/3468, KARATAŞ, Satış Vaadi, s.207 ; SURLU, s. 189 ; Aksi görüşte, ÖZMEN/YÜCE, ss. 951-952 vd. Yazarlar, Yargıtay'ın bu uygulamasını şiddetle ve haklı olarak eleştirmektedirler.

⁶²⁴ KARATAŞ, Tartışmalar, s. 103 ; YHGK 25.10.2000, 1-1295/1563, İzmir Barosu Dergisi, 2002/4, s.121 vd. ; Aynı doğrultuda, YHGK 25.10.2000, 1-1280/1554, TURAN, ss. 197-198 ; YHGK 15.2.1995, 1-15/70 ; YHGK 30.11.1994, 15-552/779, TURAN, ss. 211-212 ; Y. 1.HD. 24.12.1993, 15195/15902, TURAN, s. 229.

Genelde, müteahhide devredilen arsa payları yapılan işle orantılı olduğundan, arsa sahibinin mağduriyeti de söz konusu olmamaktadır. Çünkü arsa sahibi yapılan imalatın bedelini müteahhide ödemek durumundadır. Ancak, imalat bedelini, her zaman için müteahhide devrettiği arsa paylarının bedeli ile mahsuplaştırma imkanına sahiptir.

Sonuç olarak, taraflar arasındaki iade borcu şahsi nitelikte kabul edilerek bu konuda en kapsamlı düzenleme olan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin, her iki tarafın da iade borcu için kıyasen (doğrudan değil) uygulanması ve iyiniyetle müteahhitten aynı hak iktisap edenlerin bu haklarının korunması gerektiğini düşünüyorum.

Dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu ana kadar itiniyetli zenginleşme, sonrasında ise kötü niyetli zenginleşmeye dair hükümler uygulanacaktır.

İade talepleri sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarih itibarıyla ve karşılıklı olarak muaccel hale gelir.⁶²⁵ İade borçlarına, iadenin temelinde yer alan sözleşmeye ait zamanaşımı uygulanmalıdır.

Taraflar sözleşme ile iadenin şekil ve şartlarını belirlemişlerse, artık bu sözleşme hükümleri dikkate alınarak tasfiye gerçekleştirilmelidir.⁶²⁶

Yargıtay Kararları eşliğinde tarafların iade borçları ayrı ayrı aşağıda incelenmiştir.

1.1.3.1.2.1 Arsa Sahibinin İade Borcu

Sözleşmeden dönmeye, müteahhidin yapılan işin bedeline dair talebinin hukuki dayanağı ve kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Yargıtay uygulamasına göre de, müteahhidin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi sonucu, müteahhit, dönme zamanına kadar yaptığı işin bedelini BK m 61 vd.uyarınca sebepsiz iktisap (nedensiz zenginleşme) (haksız iktisap)⁶²⁷ kurallarına göre arsa sahibinden talep edecektir.⁶²⁸

⁶²⁵ BUZ, Dönme, s. 235 ; ÖZ, Dönme, s. 257 ; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, ss. 149, 173-174 ; ERTAŞ, Fesih, ss. 394-395 ; AYAN, ss. 261-262 ; KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 14-15 Şubat, 1986 (Tartışmalar), s. 108 ; PALABIYIK, Fevzi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BTHAE, 1986/III (Tartışmalar), ss. 109-111.

⁶²⁶ REİSOĞLU, Seza, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, (Sebepsiz İktisap), s. 36 ; ERMAN, İnşaat, s. 107 ; YILDIRIM, Ayça Akkayan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 49-86, İstanbul, 2004, (Temerrüt), s. 57 ; PALABIYIK, Tartışmalar, s. 111 ; Y. 15. HD. 3.12.1986, 894/4099, KOSTAKOĞLU, s. 689.

⁶²⁷ Sebepsiz zenginleşmede, iyi niyetle zenginleşenin, elde kalanla sorumlu olmasının bazen hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması mümkünse de (bkz. SEROZAN, Haksız Zenginleşme, s. 322 vd.), BK m 43-44 hükümleri dikkate alınarak bu dengesizlik giderilebilir (ULUSAN, s. 223). Ancak arsa sahibinin iade ile yükümlü olduğu bina, dolayısıyla da bina bedeli konusunda böyle bir durumla karşılaşılması istisnaidir. Bir başka anlatımla iade konusu taşınmazın, tüketilmesi, eksilip, yokolması ihtimali pek mümkün değildir.

⁶²⁸ "Sözleşmenin feshinde yüklenici davacının kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir. Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi hükmünde öngörülen seçimlik haklardan birisi olan "sözleşmenin feshine" yönelik hakkını kullanan arsa sahiplerine karşı; yüklenici davacı, Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri hükümleri ve haksız iktisap kuralları uyarınca doğmuş ise alacak haklarını ileri sürebilir.", Y. 15. HD. 15.7.2008, 4079/4808, İBD, 2008/5, ss. 2494-2496 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 21.7.2005, 2182/441, YKD 2006/1, ss. 83-85 ; Y. 15. HD. 13.2.2006, 2005/8012, 653, Yargı Dünyası Dergisi, 2006/10, ss. 96-98 ; Y. 15. HD. 7.11.2002, 5265/4997, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 18.6.1996, 3086/3477, UYGUR, C II, s. 620.

Müteahhidin yaptığı imalatın bedeli, arsa sahibinin dönmede haklı olması şatiyla, dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an olan, dönme beyanının müteahhide ulaştığı tarih itibarıyla belirlenmelidir.⁶²⁹ Çünkü bu tarih itibarıyla geri verme borcu muaccel olmaktadır.⁶³⁰

Ancak, daha önce de belirtildiği üzere, Yargıtay'ın son görüşü, tarafların dönme konusunda iradelerinin birleşmemesi durumunda, bu konudaki mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibarıyla iade borcunun doğacağı (muaccel olacağı) ve yapılan imalatın bedelinin belirlenmesi yönündedir.⁶³¹

Talep edilebilecek bedelin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre nasıl belirleneceğinin tespiti de önemlidir. Bu bedel,

a) Sözleşmede kararlaştırılan ücrete yapılacak bir kıyaslamaya göre mi ?

b) Müteahhidin masraflarına (fakirleşmesine) veya ediminin objektif değerine göre mi?

c) Arsa sahibinin malvarlığındaki objektif artışa göre mi ?

belirlenecektir.⁶³²

a) Sözleşmede Kararlaştırılan Ücrete Göre İadenin Belirlenmesi Görüşü⁶³³ ve Buna Dair Kararlar

Yargıtay, bedel karşılığı inşaatlar bakımından, iş sahibinin haklı olarak (veya müteahhidin haksız bir şekilde) sözleşmeden dönmesi halinde dahi, götürü ücretin dikkate alınarak müteahhidin alacağına belirlenmesi gerektiği görüşündedir.⁶³⁴

⁶²⁹ AYAN, s. 262 ; ERTAŞ, Fesih, ss. 394-395.

⁶³⁰ "... sözleşmenin feshine ilişkin bölümü onanmıştır. Bu durumda davacı yüklenici yaptığı işlerin bedelini faydalı ve kullanılabilir olduğu takdirde haksız iktisap hükümlerine göre iade zamanındaki piyasa rayiçlerine göre isteyebilir. Olayımızda iade zamanı davalı iş sahibinin açmış olduğu ve yüklenicinin karşı çıktığı sözleşmenin feshine ilişkin davanın açılma tarihi olan 23.5.1991 tarihidir.", Y. 15. HD. 5.6.1996, 1965/3174, UYGUR, C II, s. 621 ; "Müteahhidin yaptığı işin bedelinin tespitinde iş sahibinin fesih iradesini müteahhide ulaştığı tarihin esas alınması gerekir. Fesih iradesi tek taraflı bir beyan olup, karşı tarafa ulaşması ile bir hüküm ifade eder. Hüküm ifade etmesi karşı tarafın kabulüne bağlı değildir.", Y. 15. HD. 1.10.1990, 518/3696, UYGUR, C II, s. 539 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 17.11.1987, 474/3975, UYGUR, C II, s. 597.

⁶³¹ " Eldeki davada uyuşmazlık konusu olan husus yapılan imalatın bedeliyle ilgilidir. İmalat tutarı hangi tarih itibarıyla belirlenmelidir...Somut olayda taraflar feshin kabulü yönünde uyuşmamışlardır. Sadece dava dilekçesinin karşı tarafa ulaşması feshin gerçekleşmesi için yeterli değildir. Yanlar arasındaki sözleşme mahkeme kararıyla feshedilmiş ve bu husus 13.9.2000 tarihinde kesinlik kazanmış olup anılan tarih itibarıyla tarafların fesih sonucunda ne gibi haklarını kullanabilecekleri ortaya çıkmıştır. Bu nedenle dava konusu alacağın 13.9.2000 tarihindeki mahalli rayiçlerden hesaplanması gerekmektedir. Daire'mizin kararlılık kazanan yerleşik uygulaması ve ilkesi de bu yöndedir.", Y. 15. HD. 9.5.2005, 752/2851, www.kazanci.com.tr.

⁶³² AYAN, s. 258-259, Dipnot 365.

⁶³³ AYAN, ss. 263-265, 294-295, Sayın Yazar, kat karşılığı ve bedel karşılığı inşaat sözleşmesi ayrımı yapmaksızın, karşı edim olarak belirlenen şeyin geri verilecek edimin objektif değerine uygun olduğu karinesinden yola çıkarak, yarım kalan inşaatın değerinin hesabında götürü bedelin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Oysa, götürü ücretin belirlendiği tarihteki şartlarla dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarihteki şartlar aynı olmayacağı gibi, sözleşmede müteahhitlik karının piyasa koşullarının çok üzerinde belirlenmesi de mümkündür. Ayrıca, inşaatın bitim oranına göre, sözleşmedeki götürü ücrete itibar edilmesi, dönmenin niteliği ile bağdaşmamaktadır. Yazarın, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından götürü bedel olarak, müteahhide kalan bağımsız bölümlerin sadece arsa payı değeri yerine, tüm değerini dikkate alması da eleştiriye açıktır. Ancak, Sayın Yazarın, daha sonra menfi zararlar ilgili (s. 281) ve dönme konusunda Yargıtay uygulamasını eleştirdiği bölümde (s. 294-295) sadece arsa payını dikkate aldığı görülmektedir.

Müteahhidin yapmış olduğu işten dolayı alacağına, kayıtsız şartsız işin fiziki oranlamasına ve götürü bedele göre belirlenmesi tartışma yaratabilir. Bu hesap tarzı, sözleşmeden dönülmediği durumlarda, bir başka anlatımla, aynen ifaya bağlı olarak müteahhidin alacağına belirlenmesinde veya müspet zararının tazmininde ya da fesih halinde söz konusu olabilir. Aksi halde, sözleşmedeki götürü ücretin piyasa rayicinin üstünde olması durumunda, temerrüt halindeki müteahhidin dönmeden karlı çıkması sonucu doğar. Bir başka anlatımla, iş sahibine, götürü ücretin, müteahhidin kişiliğine, yapacağı inşaatın kalitesine, iktisadi kapasitesine vs. güvenerek piyasadaki rayiçten daha yüksek belirlendiğini iddia ve ispat edebilme imkanı tanınmalıdır. Genellikle uygulamada götürü ücret piyasadaki rayicin ya altında kalmakta ya da rayice uygun belirlendiğinden bu konuda bir sorun yaşanmamaktadır. Kaldı ki, ücretin rayicin üstünde belirlenmesi durumunda, aradaki farkın menfi zarar kapsamında müteahhitten talep edilmesi ile dengesizlik giderilebilir⁶³⁵. Menfi zararın istenmesi için ise müteahhit temerrüde düşmede kusurlu olmalıdır. Sonuç olarak, ancak ve sadece bedel karşılığı inşaatlar bakımından götürü ücrete göre müteahhidin yaptığı kısmi imalatın karine olarak piyasadaki rayiç değere tekabül ettiği kabul edilebilir. Fakat bunun aksinin ileri sürülebilmesi ve kanıtlanması imkanının da iş sahibine tanınması gerekir. Götürü ücretin, piyasa rayicinin altında kalması durumunda bir sorun yaşanmaz. Çünkü temerrüt halindeki müteahhidin, kararlaştırılan ücretin, kısmi imalata tekabül edeninden daha fazlasını alması hakkaniyete aykırıdır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından ise, sözleşmeden dönmede, kısmi imalatın değerinin götürü ücrete göre belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü, arsa sahibinin müteahhide ödeyeceği götürü ücret, arsa payıdır. Yapılan imalatın, toplam imalat içindeki oranı dikkate alınarak, buna tekabül eden arsa payının verilmesi fesih niteliğinde olur. Bu durumda, arsa payının aynı değil de nakdi değeri üzerinden değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülebilir⁶³⁶. Bu da dönmenin niteliği bağdaşmaz. Kaldı ki, yapılan imalatın içinde müteahhide kalacak bağımsız bölümler de vardır. Bu bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa payının da dikkate alınması gerekir. Örneğin, üzerine 10 daire yapılacak arsa sahibinin arsası dönme tarihinde 200.000-TL ve %60 müteahhide (6 daire) kalacak şekilde kat karşılığı verilmiş olsun. Bu durumda müteahhidin alacağı arsa payı değeri $200.000 \times \%60 = 120.000$ -TL dir. İnşaatın geldiği %50 seviyesinde sözleşmeden dönülmüş ise, müteahhide yaptığı imalat karşılığı 60.000-TL verilmeyecektir. Çünkü, bu 60.000-TL sadece arsa sahibine kalan 4 adet dairenin %50 seviyesine tekabül eder. Halbuki müteahhide kalan 6 adet daire de %50 seviyesinde arsa sahibine bırakılacaktır. Bu durumda arsa sahibi, 4 adet dairenin %50 seviyesi için 60.000-TL ve 6 adet dairenin %50 seviyesi için de 90.000-TL olmak üzere toplam 150.000-TL müteahhide verecektir. İnşaatın %70 seviyesinde iken sözleşmeden dönülmesi durumunda, müteahhidin arsa payına göre alacağı;

$$4 \text{ adet dairenin } \%70 \text{ seviyesi için } 120 \times \%70 = 84.000\text{-TL}$$

$$6 \text{ adet dairenin } \%80 \text{ seviyesi için } (84/4) \times 6 = 126.000\text{-TL}$$

+-----

$$210.000\text{-TL}$$

⁶³⁴ AYAN, s. 264 ; KARATAŞ, s. 201 vd. ; KOSTAKOĞLU, ss. 811, 822 ve devamındaki içtihatlar ; UYGUR, C I, s. 924 ve devamındaki içtihatlar ; "... davacı iş sahibinin işin başkasına tamamlattırıldığına dair belgeleri de dosyaya ibraz edilmiştir. Kaldı ki yüklenicinin çektiği ihtardan bile işin yarım bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda kalan işin davalı yanca tamamlandığı yolundaki mahkeme kararı yerinde olmadığından mahkemece tesbit raporunda yapıldığı belirlenen işlerin tüm işe göre fiziki oranının saptanması, bulunacak fiziki oranın götürü bedel olarak kabul edilen 7.250.000.000 TL Ü KDV'ye uygulanarak yüklenicinin hak ettiği bedel belirlenmeli ve böylece açılan davalar sonuçlandırılmalıdır.", Y. 15. HD. 18.7.2005, 3685/4321 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 19.6.2002, 1799/3309 ; Y. 15. HD. 16.11.1992, 1606/5313, www.kazanci.com.tr.

⁶³⁵ AYAN, ss. 265, 281.

⁶³⁶ AYAN, s. 281

olacaktır. Görüldüğü gibi, müteahhide kalacak bağımsız bölümler için de arsa payı üzerinden bedel verilmesi gündeme gelmektedir. Oysa, taraflar arasında götürü bedel (arsa payı verilmesi) sadece müteahhidin arsa sahibine yapacağı bağımsız bölümler için kararlaştırılmıştır. Arsa sahibine kalan bağımsız bölümler bakımından arsa payı değeri, müteahhide kalanlar bakımından ise imalat bedelinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülebilirse de bu tür bir hesaplamının karışıklığa ve çekişmelerin boyutunun artmasına sebebiyet vereceği açıktır.

Bedel karşılığı inşaatlarda müteahhidin alacağı ücret, yapılan işle orantılı belirlenebilir. Çünkü müteahhidin alacağı paradır. Ayrıca inşaat süresi çok uzun değildir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, müteahhidin alacağı olan arsa payıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın teslim süreci yıllara yayılmaktadır. İnşaat maliyetine oranla, sözleşmenin yapıldığı tarihteki arsa değeri ile dönme anındaki arsa değeri çok farklı olabilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, götürü bedel (arsa payı) dikkate alınarak yarım kalan imalatın değerinin belirlenmesi mümkün değildir.

b)Müteahhidin Masraflarının veya Ediminin Objektif Değerinin İadede Dikkate Alınması

Yargıtay'ın bir kısım kararlarında, müteahhidin yaptığı inşaat için talep edebileceği bedelin müteahhitlik karından arındırılmış tutar olduğu belirtilmiştir.⁶³⁷ Bir başka anlatımla müteahhidin inşaat için yaptığı harcamaların (cebinden çıkan turarın) arsa sahibinden istenmesi gerekir. Müteahhidin harcamaların ise inşaatın objektif maliyetine denk gelmesi olağan sayılabilir.⁶³⁸

Uygulamada müteahhidin yaptığı işin bedelinin hesabı bilirkişilerce çok basite indirgenmiş durumdadır. Şöyle ki; bilirkişiler inşaatın gerçekleşme seviyesini yüzde olarak tablodan belirleyip bunu da ait olduğu yıla ait yapı yaklaşık birim maliyeti ile çarpıp, 1,25'e bölerek veya 0.92 ile çarparak (yani müteahhitlik karını düşerek), müteahhidin alacağını hesaplamaktadırlar. Bu hesaplama tarzı ancak imalatın değerinin belirlenmesi için fikir verebilir. Ancak gerçek bedeli göstermez.

Yapılan İmalatın Bedelinin Tespitinde Müteahhitlik Karı Nasıl Dikkate Alınmaktadır?

Öncelikle birim fiyatlar konusu üzerinde durmak lazımdır. Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayımlanan “*Mimarlık ve Mühendislik Hizmet Bedellerinin Hesabında Kullanılacak Yılı Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri Hakkındaki Tebliğ*” lerde, adından da anlaşılacağı üzere yaklaşık maliyet belirlemesi yapılmaktadır. Bu tebliğlerdeki birim maliyetler, Tebliğin adından da anlaşılacağı üzere, inşaat ruhsatı alınırken hazırlanan proje,

⁶³⁷ Aynı görüşte, ÖZ, İnşaat, s. 151 ; KOSTAOĞLU, s. 686.

⁶³⁸ Sözleşme, davalı iş sahibi tarafından feshedilmiş ve bu fesih davalı yüklenici tarafından da kabul edilmiştir. Ani edimli sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinin feshi kural olarak geriye etkili sonuç doğurur. **Bu nedenle, yüklenicinin yaptığı imalatın bedeli hesaplanırken fesih tarihi itibarıyla artık ortadan kalkmış bulunan sözleşmenin bedele ilişkin hükümleri gözönünde bulundurulamaz. İmalat maliyeti, malzeme ve işçilik bedellerinden ibaret olup, yüklenici karı bu maliyete dahil değildir.** İmalat bedeli hesaplanırken de, mevcut imalat, eksik ve kusurlu haliyle hesaplanacağından, bağımsız bir dava olan karşı davada istenen kusurlu işler bedeli, esas davada imalat bedelinin hesabından zaten nazara alınacağından, karşı davanın da buna göre sonuçlandırılarak, bir hükme varılması zorunludur.”, Y. 15. HD. 12.6.2000, 1123/2976 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 10.11.1997, 3668/4766, www.kazanci.com.tr.

kontrollük (MMHŞ hükümleri) ve yapı denetim hizmet bedellerinin (YDHK m 1/f, m5) hesabında kullanılmaktadır. Bu maliyetlerin gerçeği yansıtması mümkün değildir. Ancak bir fikir vermesi bakımından dikkate alınabilir. MMHŞ 4.4 maddesinde, yapının kesin maliyetinin: Mimarlık ve Mühendislik ücretinin hesaplanmasında hiç bir şekilde dikkate alınmayacağı belirtilmesinden de bu husus anlaşılmaktadır. Bir başka anlatımla yaklaşık maliyet kesin maliyeti ifade etmemektedir. Yarım kalmış ve kaba inşaat halindeki yapının serbest piyasada sürüm değeri olmadığından, yapı yaklaşık maliyetlerine başvurulmaktadır.

Bakanlıkça yayımlanan Tebliğlerdeki yapı yaklaşık maliyetlerinin hangi tarih itibarıyla belirlendiği açıklanmamaktadır. Bu durumda birim fiyatların bir yılın ortalamasını ifade ettiği kabul edilmelidir. Bu da o yılın temmuz başındaki veya haziran ayı sonundaki birim değere karşılık gelmelidir. O nedenle söz konusu döneme ait ortalama enflasyon oranı ya da iki dönem arasındaki fark 12 aya bölünüp, önceki yılın 1 temmuzundan sonraki aylar bakımından her ay için 1/12 arttırım veya son döneme ait temmuz ayından öncekiler bakımından 1/12 azaltım yapılması hakkaniyete daha da uygun olacaktır.

Müteahhitlik kararının birim fiyatlar dikkate alınarak hesabı şöyle yapılmaktadır.

1.8.1985 gün ve 18833 sayılı resmi gazetede yayımlanan “Mühendislik ve Mimarlık Hizmetleri Şartnamesi ;

-“Yapı yaklaşık maliyeti ; ön projeden, yoksa ihtiyaç programından bulunacak alan , hacim veya miktarlar ile Bayındırlık ve İskan bakanlığınca her yıl yayımlanacak olan birim maliyetlerin çarpımı sonucu elde edilir.” (m4)

-“Yapıdaki mesleki hizmetlerin karşılıkları ile arsa, ruhsat vb .harç, resim ve harcamalar yapı yaklaşık maliyetine katılmaz.”(m 4.2)

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğü 16.4.2003 T. 1769 sayılı Genelgesi :

-“Yapım İşleri İhaleleri Uygulama yönetmeliğinin 10 uncu (en son=2009 tarihli Yönetmeliğin 11. maddesine tekabül ediyor) maddesi doğrultusunda piyasadaki alınacak fiyatlara o iş kaleminde % 25 oranında kar ve genel gider karşılığı eklenmek suretiyle yaklaşık maliyetin tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak Bakanlığımız birim fiyat listesindeki fiyatlara %25 kar ve genel gider karşılığı dahil olduğundan ayrıca %25 ilave edilmeyecektir.”

4.1.2002 T. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ;

-“Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir.” (m9)

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği: (4.3.2009 T. 27159 sy RG)

-“İş kalemi ve/veya iş grubu şeklinde tespit edilen imalat miktarlarının, Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre belirlenen ve yüklenici karı ve genel gider ihtiva etmeyen fiyatlarla çarpımı sonucu bulunan tutar KDV hariç olarak hesaplanır ve bulunan bu tutara % 25 oranında yüklenici kar ve genel gider karşılığı eklenmek suretiyle yaklaşık maliyet tespit edilir.” (m 11)

Yapı yaklaşık maliyetleri içinde müteahhitlik karı(%10) + genel giderler(%15) = % 25 olduğu dikkate alındığında, davacı-müteahhidin yaptığı imalattan talep edebileceği tutar bulunurken ;1.15/1,25=0,92 katsayısı ile birim maliyetin çarpımı gerekir.⁶³⁹

Burada, Bayındırlık Birim Fiyatları içinde, MMHŞ m 4.2. uyarınca ruhsat harç ve masrafları bulunmadığını, aynı ruhsattan yararlanılması durumunda bunların da ayrıca dikkate alınması gerekeceğini belirtmek isterim.

Milyarlarca hatta trilyonlarca liraya malolan bir inşaatın bedelinin hesaplanmasının bu kadar basite indirgenmemesi gerekir.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı her yıl yapı yaklaşık birim maliyetlerini, yapıların mimarlık ve mühendislik hizmet bedellerinin hesabına esas alınmak üzere yayımlanmaktadır. Bu bedeller yapıların maliyetlerinde ancak bir fikir verme ve kıyaslama bakımından kullanılabilir. Bu durumda bile, bedelin tam olarak geçeceği yansıtması zordur. Çünkü :

1-Bakanlığın yayımladığı listede yapılar özelliklerine göre kabaca sınıflara ayrılmaktadır. Ancak dava konusu yapının bu sınıfların hangisinin içine gireceğinin tam olarak belirlenmesi imkansızdır. Çünkü bu sınıflara ait özellikler detaylı olarak belirlenmemiştir. Örneğin 2009 yılı için 3. sınıf B gurubu yapılardan olan asansörlü ve/veya kaloriferli konutların birim maliyeti 498,00-TL./m2 iken, 4. sınıf A gurubu bina yüksekliği 21.5 yi (8 katı) aşanların birim maliyeti 561,00-TL./m2 olarak belirlenmiştir. Ancak A ve B gurubu yapıların özellikleri detaylı olarak belirli değildir. Kaldı ki bina yüksekliği arttıkça, tek olarak yapılan asansör, kalorifer, merdiven, çatı, temel gibi ortak yerler nedeniyle maliyetin artması yerine azalması söz konusudur.

2-Ayrıca somut yapının mevcut durumu ve imar koşulları da maliyetinin hesabında önem taşımaktadır. Örneğin bitişik nizam, blok nizam veya ayrıık bahçeli nizam yapılar arasında maliyet farkları vardır. Özellikle bahçe tanziminin maliyet içindeki payı azımsanamayacak haldedir.

Yine yapılacak yapının dik bir yamaçta olması, durumunda etrafına yapılacak istinat duvarının maliyeti yapı maliyetinin %10'u kadar olabilmektedir.

Aynı şekilde gevşek veya sulu zemindeki yapının kazıklı temeli ile kaya üzerine yapılacak yapının temeli arasında büyük maliyet farkı vardır. Bu örnekler çoğaltılabilir. Sonuç olarak her yapının kendi özelliği ve yapım şekli dikkate alınarak maliyeti hesaplanmalıdır.

3-Yapıda kullanılan malzemelerinde maliyet üzerinde büyük etkisi vardır. Her iki malzemenin de TSE'li olmasına rağmen, bazen fiyat farkı 5 katına veya çok daha fazlasına ulaşabilmektedir. Örneğin binanın dış cephesinin akrilik boya yapılması ile cam mozaik kaplanması arasında böyle bir fark söz konusu olur. Yine binada yapılan kalorifer kazanı, asansör, parke, fayans, musluk vs. tüm malzemelerin değişken fiyatlar ve kalitelere olması mümkündür.

⁶³⁹ 5.10.2006 tarih ve 26310 sayılı RG de yayımlanan BKK ile yürürlükten kaldırılan "Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği (6.7.1987 T. 18450 sayılı RG.)" nde ; " Emanet-Taşeron Birim Fiyatı : %25 kar ve gider karşılığı alınmak suretiyle tespit edilen ihaleli işler birim fiyatlarının 1.15/1.25 = 0,92 katsayısı ile çarpılmasıyla bulunan birim fiyatı ifade eder." (m3) denilmekteydi.

4-Maliyet hesabında önemli bir unsurda işçiliktir. İşçilik kalitesinin de her binada dikkate alınması gerekir.

5-Bir adaletsizlikte yapılan işin karsız maliyeti bulunurken yaşanmaktadır. Karsız bedel, inşaat yaklaşık maliyetinin bir katsayı ile çarpımı veya bölümü sonucu bulunmaktadır. Oysa yapılan işlerin müteahhitlik karı dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirmede, bu kar , her kalem için değişkenlik arz etmektedir. Kaba inşaatla kar oranı daha düşükken, özellik arz eden ince işlerde bu oran %100'e kadar yükselebilmektedir.

6-Ayrıca, proje e denetim ücretini fazla alabilmek için, proje üzerinde yapı sınıf ve grupları yüksek maliyetli olan üzerinden gösterilmekte ve bu gösterim ruhsatta da yer almaktadır. Bu şekilde proje ve denetim ücretinin yüksek belirlenmesi amacını taşıyan ruhsattaki sınıf ve grubun, her zaman için gerçeği yansıtmadığı dikkate alınmalıdır.

Yukarıdaki sakıncalar çoğaltılabilir. Bu nedenle yapılan işin bedelinin hesabında daha hassas davranılması gerekmektedir. Buna göre yapılan işin bedeli hesaplanırken binanın tüm projeleri yerine uygulanması, yapılan işlerin tek tek keşfen saptanması, bunların hesap yapılan dönemdeki serbest piyasa rayiçlerine göre bedelinin bulunması ve toplam bedelin de, serbest piyasadaki rayiç tutarı yansıtmasına dikkat edilmesi, ayıplı işlerin bu tutardan indirilmesi uygun olacaktır.

Müteahhidin masraflarına göre, iade tutarının belirlenmesi, arsa sahibinin zenginleşmesi yerine müteahhidin zararının ön plana alınması anlamına gelmektedir. Bu nedenle iadede, sadece müteahhidin harcadığı tutara göre değerlendirme yapılmamalıdır. Sebepsiz zenginleşmede, adından da anlaşılacağı üzere “yoksullaşma” yerine “zenginleşme” ön plandadır. Daha açık bir anlatımla, sebepsiz zenginleşmede “yoksullaşmanın (zararın) telafisi” yerine “zenginleşmenin tasfiyesi” amaçlanmaktadır. İyi niyetli zenginleşen elinde kalanı, kötü niyetli zenginleşen de eline geçeni iade ile yükümlüdür.

Ancak, zenginleşmenin fakirleşmeden çok olması durumunda, iade, fakirleşme ile sınırlandırılabilir mi ? Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme halinde, müteahhidin fakirleşmesinin üstündeki bir bedelin temerrüde düşen ve kusurlu olan müteahhide ödenmesi hakkaniyete aykırıdır⁶⁴⁰. Bu nedenle müteahhidin iade talebinin, fakirleşmesi ile sınırlandırılması gerekir⁶⁴¹. Aksi halde müteahhit kendi kusuruna dayanarak hak elde etmiş olur.⁶⁴² Sonuç olarak iadenin fakirleşme ile sınırlandırılması hususu, taraflarının temerrüde düşme durumları, temerrüde düşmedeki kusurları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Örneğin arsa sahibinin dönmede haksız olması ve dönmeyi müteahhidin kabul ederek menfi zararını istemesi durumunda, iadenin kapsamı müteahhidin fakirleşmesi ile sınırlandırılmamalıdır.⁶⁴³ Ancak Yargıtay, yukarıdaki gerekçelerle eleştiriye açık bir

⁶⁴⁰ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 40.

⁶⁴¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 750 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 733 ; REİSOĞLU, Sebepsiz İktisap, s. 109.

⁶⁴² SEROZAN, hiç fakirleşme olmasa dahi, zenginleşmenin iadesi gerektiğini kabul etmektedir, SEROZAN, Haksız Zenginleşme, s. 259 ; ERTAŞ, fakirleşme daha fazla olsa bile, zenginleşmeden fazlası talep edilemediğinden, tersi durumda da, bir başka anlatımla, fakirleşme daha az olsa bile, sadece zenginleşme dikkate alınmalıdır, ERTAŞ, Fesih, s. 394. Ancak tarafların kusur ve temerrüt durumu dikkate alınmaksızın bu şekilde kesin kabuller her zaman adaletli sonuçlar vermez.

⁶⁴³ Doktrinde, fakirleşmeden daha fazlasının şartları varsa gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümlerine göre istenebileceği ifade edilmektedir, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 750 ; OĞUZMAN/ÖZ, s.735 ; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 41 vd.

Kararında, imalat bedeli yönünden dönmede haklı olup olmamamın bir önemi bulunmadığını açıkça belirtmiştir.⁶⁴⁴

Yukarıda açıklanan nedenlerle, yapı yaklaşık maliyetleri dikkate alınarak yapılan hesaplamalar piyasa rayicinin daha üzerinde (ortalama %20-25) çıkmaktadır. Aynı şekilde Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca, her yıl yıl başından itibaren geçerli olmak üzere yayımlanan birim fiyat rayiçlerine⁶⁴⁵ göre yapılan hesaplama da, serbest piyasa rayiçlerinin üstünde kalmaktadır. Çünkü, Bayındırlık birim fiyatlarında maliyete etki eden tüm unsurlar tek tek dikkate alınmaktadır. Oysa fiilen müteahhit bu maliyet unsurlarını yüklenmeyebilmektedir. Örneğin, hafriyat dolgusunu dışarıdan değilde, çıkan toprakla yapmakta, çatıya yeni değil de, kalıptan artan keresteyi kullanmakta, iskele fiyatını ayrıca almakta, asansör, benoniyer, vinç gibi kendi elindeki ekipmanlarını kullanmakta, ayrıca yağcı, formen çalıştırmamakta, yükleme, boşaltma, istif, taşıma gibi unsurlar ayrı ayrı ücretlendirilmekte vs. örnekler çoğaltılabilir. Bu nedenle müteahhidin fakirleşmesi genelde arsa sahibinin birim fiyatlara göre belirlenen zenginleşmesinden daha az olmaktadır. O nedenle bayındırlık birim fiyatları veya yapı yaklaşık maliyetleri sadece fikir vermesi bakımından dikkate alınabilir.

c)Arsa Sahibinin Malvarlığındaki Artışın Dikkate Alınması Gerektiği Görüşü

Burada müteahhidin malvarlığındaki azalma yerine arsa sahibinin malvarlığındaki artışın dikkate alınması gerekir. Bir başka anlatımla, müteahhidin kendisinin alması gerektiği bedel değil de, arsa sahibinin mal varlığındaki objektif artış dikkate alınmalıdır.⁶⁴⁶ Bunun için imalatın mahalli rayiçlere göre bedelinin belirlenmesi gerekir.

Arsa sahibinin iade borcuna uygulanan sebepsiz zenginleşme hükümlerinde zenginleşme esas alınmaktadır.⁶⁴⁷ Sebepsiz zenginleşme hukukunun en temel ilkesi, zenginleşenin, kazanımını “aynen” bu mümkün olmadığı taktirde “objektif değerini”, bir başka anlatımla herkes için geçerli, nesnel, soyut piyasa değerinin karşılanmasıdır⁶⁴⁸. Bu

⁶⁴⁴ “Fesih iradesinin açık bir irade beyanı ile karşı tarafa bildirilmesi mümkün olduğu gibi, bu iradenin bir eylem biçimi ile de duyurulması mümkündür. Davacı yüklenici davada gerçekleştirdiği imalat bedelinin tahsilini talep etmiştir. Davacı imalat bedelini istediğinden bu talebi ile sözleşmeyi feshettiği de anlaşılmaktadır. Davalı arsa sahipleri de davadan sonra keşide ettikleri 11.11.1999 tarihli ihtar ile sözleşmeyi feshettiklerinden fesih konusunda taraf iradeleri birleşmiştir. **Fesih iradeleri birleştiğinden imalat bedeli yönünden feshin haklı olup olmamasının önemi yoktur.** Fesih sonucu işin tasfiyesi gerekeceğinden davacı yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava tarihi itibarıyla gerçekleştirdiği arsa sahiplerinin yararlanabileceği, ekonomik değeri olan ve malvarlıklarında artış sağlayan imalat bedelini isteyebilir.”, Y. 15. HD. 19.12.2005, 7707/6899, www.kazanci.com.tr.

⁶⁴⁵ Bayındırlık Ve İskan Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında 180 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (RG: 14 Aralık 1983 - Sayı: 18251-Mükerrer) 2/n maddesi uyarınca, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, kamu yatırımları be arada inşaat işleri ile ilgili tüzük, yönetmelik, tip sözleşme, şartname, rayiç, analizleri ve birim fiyatları hazırlamak ve yayınlamakla görevlidir. KHK nin 32. Maddesi kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşları bunlara uymak ve bunları uygulamakla yükümlüdür.

⁶⁴⁶ AYAN, s. 259.

⁶⁴⁷ YAVUZ, Sebepsiz İktisap, Ankara, 1998, s. 76.

⁶⁴⁸ SEROZAN, Haksız Zenginleşme, ss. 316, 318-319, “...yüklenici tarafından gerçekleştirilen imalatın fen ve tekniğine, imar mevzuatına uygun olup olmadığı, inşaatın arsa sahiplerinin işine yarayıp yaramayacağı, ekonomik değeri malvarlıklarında artışa neden olup olmadığını ve dava tarihi itibarıyla mahalli rayiçlere göre bedelini saptamak ve sonucuna uygun bir karar vermek olmalıdır.”, Y. 15. HD. 19.12.2005, 7707/6899 ; “Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp yükleniciye iadesi düşünülemezliğine göre bunun bedelinin yükleniciye verilmesi gerekir. Bu bedel bilirkişilerce saptanmış ise de birim fiyatları esas alınarak ve fiyat farkı uygulaması suretiyle hesap yapılması doğru olmamıştır. Süregelen uygulamaya göre fesih iradesinin karşı tarafa ulaştığı dava tarihi itibarıyla arsa sahiplerinin malvarlığına geçen imalatın mahalli rayiç değerinin tayini

yöndeki kararlara göre; yapılan imalatın kusuruyla dönmeye neden olan yükleniciye maliyeti dikkate alınmadan, arsa sahibinin malvarlığına geçen imalatın gerçek değerinin dikkate alınması gereklidir. Bir başka anlatımla, imalatın değerinin saptanmasında müteahhidin yaptığı masrafın karsız değeri değil, arsa sahibinin tasfiye anındaki mal varlığında ortaya çıkan objektif artış dikkate alınmalıdır. Bu objektif artış içinde müteahhitlik karının yer alması kuvvetle ihtimaldir. Çünkü arsa sahibi yarım inşaatı başka bir müteahhide yaptırsaydı, yine karlı bedelini ona ödemiş olacaktı.⁶⁴⁹ Hatta bazen objektif değer, inşaat malzemelerindeki olağan dışı artışlar nedeniyle çok yüksek olabilir.

Görüşlerin Değerlendirilmesi : Kusuru ile temerrüde düşen müteahhide yaptığı işin karlı bedelinin ödenmesi hakkaniyete aykırıdır. İmalatın mahalli rayiçlere göre arsa sahibine maliyeti dikkate alınmalıdır. Bu şekilde müteahhidin kendi kusuruna dayanarak hak elde etmesi önlenir. Ancak, arsa sahibine kalan imalatın bir bütün olarak objektif değerinin belirlenmesi kolay değildir. Çünkü yarım kalmış inşaatın piyasa rayici yoktur. Yarım inşaatın arsa sahibinin malvarlığına katkısı, en gerçekçi şekilde, yeni bir müteahhitle anlaşma yapılması durumunda, o müteahhidin imalat için gözden çıkarabileceği bedeldir. Bu bedel, aynı zamanda, yarım imalat dikkate alınarak arsa sahibine rayiç paylaşımının üzerinde verilebilecek fazladan bağımsız bölümlerin peşin değerine karşı gelmektedir. Yeni bir müteahhidin yarım inşaat için ödeyeceği bedelin içinde, müteahhitlik karı yoktur. O halde, yarım imalatın değeri, mahalli rayiçlere göre belirlenecek inşaat maliyeti⁶⁵⁰ olmalıdır. Dikkate alınan tutardan ayıplı işlerin bedelinin de mahsubu gerekir.

Mahalli rayiçlere göre inşaatın maliyetinin nasıl belirleneceği de önemli bir sorundur. Bu durumda mahalli ticaret ve sanayi odasının, inşaat mühendisleri odasının, içinde en az bir müteahhidin ve inşaat mühendisinin yer aldığı mahkemece seçilen bilirkişi kurulunun tespit ettiği değerlerin ortalaması esas alınabilir. Bundan başka, müteahhidin harcama belgeleri ve defterleri ile Yapı Yaklaşık Maliyetleri de kıyaslama bakımından dikkate alınabilir. Örneğin kaba haldeki inşaat için dökülen betonun, alınan demirin faturası maliyet hakkında fikir verebilecektir.

İmalatın bedeli ödeninceye kadar, müteahhit, imalatı geri vermekten kaçınabilir. Bu konu, “Müteahhidin Geri Vermekten Kaçınma (Alıkoyma) Hakkı” bölümünde detaylı olarak açıklandığından oraya atıf yapmakla yetiniyorum.⁶⁵¹

Müteahhidin yaptığı imalat nedeniyle sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyeceği bedele hangi tarihten itibaren faizin işletileceği de belirlenmelidir. Bu durumda, öncelikle iade borcunun muaccel hale geldiği tarih belirlenmelidir⁶⁵². İade borcu muaccel hale geldikten sonra temerrüdün de kendiliğinden oluşup oluşmadığı hususu tartışmalıdır.

ve bunun hüküm altına alınması gerekir. Bu imalatın kusuruyla feshe neden olan yükleniciye maliyeti bir yana bırakılıp, dava tarihinde arsa sahiplerinin malvarlığında ortaya çıkan artış hüküm altına alınmalıdır.”, Y. 15. HD. 4.11.1999, 2965/3899, KARATAŞ, s. 392.

⁶⁴⁹ Y.15. HD. 4.11.1999, 2965/3899, KARATAŞ, s. 392 ; AYAN, s. 261.

⁶⁵⁰ Bunun için Ticaret ve Sanayi Odasından rayiç fiyat tespiti ve fiyat tahmini ile yaklaşık maliyetler sorulabilir (Oda Muamelat Yönetmeliği, m 35-36-37, 40, RG: 12.9.2005, Sayı 25934).

⁶⁵¹ “Esas davada inşaatın teslimi talep edilmiştir. Yeni Medeni Kanununun 994.maddesi uyarınca yüklenicinin yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderler; başka bir anlatımla, imalat bedeli, ödeninceye kadar yüklenici inşaatı geri vermekten kaçınabilir. Karşı, davada imalat bedeli hüküm altına alındığına göre, bu bedelin ödenmesi halinde, inşaatın da teslimine dair hüküm kurulması gerekirken, teslim talebinin reddi de isabetli olmamıştır.”, Y. 15. HD. 16.5.2002, 925/2598, www.kazanci.com.tr.

⁶⁵² ERTAŞ, Fesih, ss. 394-395.

Yargıtay, muaccel hale gelen iade borcu için ayrıca ihtar şartı aranmaksızın temerrüdün oluştuğu düşüncesindedir.⁶⁵³

Doktrinde ve bazı Yargıtay Kararlarında da, sebepsiz zenginleşme nedeniyle faiz talebinde bulunulabilmesi için, zenginleşenin bir ihtar ya da aleyhine dava açılmak suretiyle temerrüde düşürülmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁵⁴

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların kusur durumuna göre değerlendirme yapılmalıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden haklı nedenlerle arsa sahibinin dönmesi üzerine, imalatın bedelini müteahhide verme borcu muaccel hale gelmiş olmasına rağmen, bu konudaki iade bedeline faiz işletilmesi için temerrüde düşürülmesi gerekir. Arsa sahibinin dönmeye bir kusuru veya kötü niyeti olmadığı için, haksız fiil hükümlerinin kıyasaen uygulanması mümkün değildir.⁶⁵⁵ Ayrıca müteahhidin dönmeye karşı gelerek tasfiyenin uzamasına neden olması durumunda, imalatın bedeline faiz eklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağı da açıktır. Fakat, müteahhidin iade borcu bakımından, dönme anından itibaren faiz işletilebilmelidir. Çünkü temerrüt ve kusuru ile dönmeye neden olan müteahhittir. Sonuç olarak, dönmeye bağlı iade taleplerinde, tarafların dönmedeki temerrüt ve kusur durumu dikkate alınarak faizin başlangıcının belirlenmesi uygun olur.

1.1.3.1.2.2 Müteahhidin İade Borcu

Sözleşmeden dönmeye müteahhidin de arsa sahibinden aldığı bağımsız bölümlere ait arsa payını iade etmesi gerekir. BK m 108/1 de; “Akitten rücu eden alacaklı, vaadolan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir” denilmektedir. Arsa sahibinin, önceden kısmen veya tamamen yerine getirdiği tapuda pay geçiriminin, kendisine dönmesi gerekir.⁶⁵⁶

⁶⁵³ “...İlke olarak, sebepsiz zenginleşmeden doğan geri verme borcunda gasp eden sürekli temerrüt halinde bulunduğuandan, iktisap anından iade talep edilen ana kadar temerrüt faizi yürütülmesi gerekir.”, YHGK 6.2.2008, 3-40/102, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı 152, s. 81 vd.

⁶⁵⁴ Von TUHR, s. 609 ; FEYZİOĞLU, C I, s. 807 ; AYAN, s. 257 ; YHGK 13.6.2007, 18-330/350 ; “Taraflar arasındaki uyuşmazlık arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davalı-karşı davacı yüklenicinin, sözleşmenin feshi ile üzerine geçirilen tapunun iptal edildiğine göre; yaptığı inşaatın bedelini istemeye hakkı vardır. Davalı yüklenicinin işten el çektiği tarihteki m2 rayiç bedelinin tespiti ile uzman bilirkişi aracılığı ile yüklenici alacağı saptanarak hasil olacak sonucu uygun bir karar verilmesi gerekirken m2 si 100.000 TL. üzerinden maliyet bedelinin tespiti ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. 3 - Muaccel bir borcun borçlu alacaklıının ihtar ile mütemerrit olur "B.K. md. 101". Böylece alacağın muaccel olması temerrüt faizine hükmedilmesi için yeterli değildir. Davalı yüklenici karşılık davadan önce davacı özel idareyi direngen duruma düşürdüğünü iddia ve ispat edememiştir. Öyleyse davalı ve karşı davacı yüklenici yararına karşılık dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken alacağın doğum tarihi olan 27/08/1986 gününden itibaren temerrüt faizine hüküm kurulması da yasaya aykırıdır.”, Y. 15. HD. 5.6.1996, 1965/3174, UYGUR, C II, s. 621 ; Y. 15. HD. 25.3.1998, 868/1178 ; Y. 15. HD. 10.12.1990, 1315/5386 ; Y. 4. HD. 23.2.1988, 8954/1723, www.kazanci.com.tr.

⁶⁵⁵ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 176.

⁶⁵⁶ “Taraflar arasındaki uyuşmazlık arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır....Sözleşmenin 9. maddesine göre davalı yüklenici yüklenimini 31.12.1988 tarihinde yerine getirerek davacıya ait dairelerin anahtarını teslim etmesi gerekir. Oysa yaptırılan bilirkişi tetkikatı sonucu alınan raporlarda dava konusu inşaatın aşgari 5 yıl süre sonunda bitirilebileceği açıklanmıştır. Böylece davalının yüklenimi 31.12.1988 tarihinde muaccel olmuş ve davacının Konya 1. Noterliğinin 28.12.1988 tarih 56373 sayılı ihtar ile davalı mütemerrit duruma düşmüştür. Öte yandan mahkemece davalının temerrüdü sebebiyle taraflar arasındaki sözleşmenin feshine karar verilmiş olmakla, dava konusu tapuların da iptali ile davacı adına tesciline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle bu isteğin reddine karar verilmesi yasaya aykırı olup, karar bozulmalıdır.”, Y. 15. HD. 18.3.1991, 4258/1291, UYGUR, C II, ss. 597-598.

Yargıtay uygulamasına göre, eğer müteahhit tarafından arsa payları üçüncü kişilere devredilmişse, bu arsa paylarının da arsa sahibine iadesi söz konusudur. O nedenle tapuda isimleri geçen kişilerin de sözleşmeden dönme nedeniyle haklarının etkilenmesi söz konusu olduğundan davada yer almaları gerekir.⁶⁵⁷

Uygulamada, müteahhidin üzerine aldığı arsa paylarını kendisine finans sağlamak üzere üçüncü kişilere devrettiği görülmektedir. Bu nedenle arsa paylarının geri verilmesinde üçüncü kişilerin durumun özel olarak incelenmesi söz konusu olmaktadır. Üçüncü kişilerin durumunun incelenmesi tez konusunun kapsamını çok genişleteceğinden bu konuda bir değerlendirmeye girilmemiştir.

1.1.3.1.3 Menfi Zarar

Menfi zararın talep edilebilmesi için müteahhidin kusuru⁶⁵⁸ ile temerrüde düşmesi ve sözleşmeden dönülmüş olması gerekmektedir.

Temerrüde düşen müteahhit hakkında arsa sahibinin seçimlik haklarından biri de sözleşmeden dönmektir. Müteahhidin temerrüdü gerçekleştikten sonra bu hakkını kullanmak isteyen arsa sahibi derhal dönme beyanında bulunmalıdır (BK m 106/2).

Müteahhidin ihtarla temerrüde düşürülmesinin gerektiği durumlarda dahi (örneğin inşaat süresinin hiç veya net bir şekilde belirlenmemesi durumunda), BK m 107' deki hallerden biri mevcutsa, ayrıca, ihtarla temerrüde düşürme şartı aranmadan arsa sahibi derhal sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

Dönme beyanının hüküm ve sonuçlarının doğduğu tarih itibarıyla menfi zarar hesabının yapılması söz konusudur⁶⁵⁹. Ancak, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, bu konuda Yargıtay'ın aksi görüşte olduğu daha önceden ifade edildi. Sözleşmeden dönmeye dair irade beyanı tek taraflı bozucu yenilik doğuran haklardan olup, karşı tarafa ulaşması ile hüküm doğurur. Hüküm ifade etmesi karşı tarafın kabulüne de bağlı değildir . Bu seçimlik hakkın kullanılmasından sonra iradeyi fesada uğratan herhangi bir sebep olmadıkça, artık bundan tek taraflı olarak dönülemez.

Menfi zararı ispat yükü arsa sahibine aittir.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ “Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan binayı ikmal ve teslim borcunu yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, BK'nın 358. maddesi uyarınca, arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteme hakkı doğar. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerinde olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaattan daire satın alan kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekaletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.”, Y. 15. HD. 27.10.2005, 375/5775, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 24.3.2004, 4015/1657, KARATAŞ, s. 391.

⁶⁵⁸ ERGÜNE, s. 257.

⁶⁵⁹ Doktrinde, tazminatın hüküm anına en yakın tarih dikkate alınarak belirlenmesi fikri hakimdir (ERGÜNE, s. 350-352).

⁶⁶⁰ ERGÜNE, s. 130, 321 vd. ; “Akdin icrasına inanılarak yapılan giderlerin, bunları yaptığını iddia eden tarafça somut olarak kanıtlanması gerekir. Bu hususta bilirkişi incelemesi yapılarak bir sonuca varılamaz.”, Y.15. HD. 5.11.1999, 2653/3919, KARATAŞ, ss. 430-431.

Sözleşmede ayrıca müspet zararlarında ödeneceği kararlaştırılmışsa bunların da (Örneğin kira kaybı + noksan işler bedeli gibi) talep edilmesi mümkündür.⁶⁶¹ Aksi halde, müspet zara kalemleri sözleşmeden dönme ile birlikte iztenemez⁶⁶².

Menfi zarar “Sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır”⁶⁶³. Konu ile ilgili olarak YHGK 17.01.1990 T., 1990/13-392 Esas, 1990/1 sayılı kararında menfi zarar kapsamına giren hususları şöyle sıralamıştır⁶⁶⁴.

a-Sözleşmenin yapılmasına ilişkin noter harçları ve ücreti ile pul ve posta masrafı gibi giderler.

b-Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılıklı edanın kabulü için yapılan masraflar (Örneğin arsa sahibinin arsası üzerinde bulunan evin yıkılması için yaptığı masraflar ve evin değerinin toplamı)⁶⁶⁵

c-Sözleşmeye göre ifa edilen bir edim dolayısıyla uğranılan zarar (Örneğin; arsa sahibinin kendi oturduğu tek katlı evin bulunduğu arsayı kat karşılığı vermesi sonucu kiraya çıkması nedeniyle ifa döneminde ödediği kiralar)⁶⁶⁶.

d-Sözleşmedeki edimin ifa edileceğine inanılarak akit tarihi itibariyle yapılan başka bir teklif veya rayiç fiyatlarla, başka bir sözleşme yapılmış olması dolayısıyla uğranılan zarar.

e-Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar (Örneğin; arsa sahibi kendisine teslim edilecek bloğu otel olarak kiraya vermeyi 3. kişiye taahhüt etmiş ve bu taahhüdünü yerine getirememesi halinde 3. kişiye cezai şart olarak belli bir parayı ödemeyi kabul etmişse, bu parayı ödemek zorunda kalan arsa sahibi menfi zararını müteahhitten talep edebilir.)

Yukarıda (Hukuk Genel Kurulu Kararında) belirtilenlerden başka şunların da menfi zarar kapsamından değerlendirilmesi gerekir ;

f- İnşaat imar mevzuatına aykırı ise bunun düzeltilmesi için gereken masraflar. Örneğin inşaatın bir kısmının veya tamamının imar mevzuatına aykırı olması halinde, yıkım veya imar mevzuatına uygun hale getirme masrafları⁶⁶⁷ veya yapının ruhsatsız olması nedeniyle uygulanan imar para cezası⁶⁶⁸

⁶⁶¹ UYGUR, C II, s. 547 ; KOSTAKOĞLU, ss. 441, 714-715, 711-712 ; ANIK, Gülgün, Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBBD, 2005, Sayı 59, s. 227.

⁶⁶² ERGÜNE, ss. 258-259 ; “Davacı arsa sahipleri sözleşmeyi haklı nedenlerle feshetmiş olduklarından varsa menfi zararları ve yapılan fazla ödemelerin tahsilini isteyebilirler. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça akdin feshi halinde müspet zararların akdi fesheden tarafça istenmesi mümkün değildir. Yanlar arasında düzenlenen sözleşmenin dördüncü sahifesinde gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel ve cezayı aşan gecikme tazminatı ifaya bağlı müspet zarar kapsamındadır ve akdin feshi halinde dahi istenebileceğine dair sözleşmede hüküm bulunmamaktadır. Bu hale göre, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı ve akdin feshi de talep edilip feshe karar verildiğinden gecikme tazminatına dayanan alacak isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamıştır.”, Y. 15. HD. 20.3.2006, 2005/7960, 1539, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 14.3.1991, 1990/4177, 1240, KOSTAKOĞLU, ss. 711-712 ; Y. 15. HD. 21.5.1990, 2175/2339, KOSTAKOĞLU, ss. 714-715.

⁶⁶³ KOSTAKOĞLU, s. 440 ; UYGUR, C II, s. 485.

⁶⁶⁴ KOSTAKOĞLU, ss. 499-504 ; UYGUR, C II, s. 577.

⁶⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 341 ; Y. 15. HD. 23.10.2003, 1873/4992, KARATAŞ, s. 388.

⁶⁶⁶ Y. 15. HD. 23.10.2003, 1873/4992, KARATAŞ, s. 388.

⁶⁶⁷ Y. 15. HD. 10.6.2004, 2499/3245, www.kazanci.com.tr ; AYAN, s. 260.

⁶⁶⁸ Y. 15. HD. 23.10.2003, 1873/4992, KARATAŞ, s. 388.

g- İnşaatın süresinde bitirilmemesi ve ruhsat müddetinin dolması veya kamu hukukundan kaynaklanan nedenlerle imar durumundaki menfi bir değişimin, kendisine verdiği zarar. Örneğin sözleşme yapıldığında 5 kat imar varken, daha sonra kat adetinin 3'e düşürülmesi sonucu, arsa sahibine kalacak daire adetindeki azalmadan müteahhit sorumlu olmalıdır.

h- Arsa sahibinin yarım bir inşaata başka bir müteahhidin devam etmesini sağlamak için fazladan vermek veya katlanmak zorunda olduğu giderler de menfi zarar kapsamında olmalıdır.

Sonuçta bir zararın menfi olup olmadığı şöyle belirlenmelidir. Eğer sözleşme yapmasaydımfırsatı(nı) kaçırmayacaktım veyaedimi(ni) yerine getirmeyecektim. Bu cümledeki boşluklara tekabül eden zarar kalemleri menfi zararı ifade eder. Yani menfi zarar ; 1- Kaçırılan fırsat ve 2- Sözleşmeye güvenilerek yapılan (Yani fiilen gerçekleşen) harcamalar olmak üzere iki kalemden oluşmaktadır.⁶⁶⁹

Kira Kaybı Menfi Zarar Kapsamında Değerlendirilebilir Mi?

BK m 108 de , akitten rücu eden alacaklının "akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini" talep edebileceği belirtilmiştir. Bir başka anlatımla, sözleşmeden dönen taraf, sözleşmenin ifasına bağlı zararları, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça talep edemez. Sadece sözleşmenin geçersizliği nedeniyle uğradığı zararlarını talep edebilir. Kira kaybı, müteahhidin sözleşmeden doğan teslim borcunun geç ifa edilmesi sonucu istenebilir. Arsa sahibinin bir yandan , tarafların birbirinden aldıklarını iade etmeleri sonucunu doğuracak şekilde sözleşmeden dönerken, diğer yandan da işin ifasının sonunda teslim edilecek bağımsız bölümlerin kira kaybını talep etmesi çelişkili davranış yasağına tabidir ve Kanuna (BK m108) aykırı olup, Kanunda (BK m 106) öngörülen ayrımı da bertaraf edicidir.⁶⁷⁰

Kaçırılan Fırsat Kapsamında Kira Kaybı Var mıdır ?

Bu mümkün olmalıdır. "Eğer sözleşme yapmasaydım fırsatı(nı) kaçırmayacaktım" formatındaki boşluğun genişletici yorumla doldurulması sonucu bu husus saptanmalıdır.

Arsa sahibinin tasfiyeden sonra , yeni bir müteahhitle yapacağı sözleşmeye göre belirlenen inşaatın bitim tarihi ile eski kusurlu müteahhit arasındaki sözleşmenin yapıldığı tarihte, başka bir müteahhitle yapılacak sözleşmeye göre belirlenmesi gereken tarih arasındaki zaman kaybına tekabül eden zararın menfi zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Eğer arsa sahibi, kusurlu müteahhitle sözleşme yapmasaydı, başka bir müteahhitle sözleşme yapacak ve inşaatın bitirilmesi gerektiği tarihten itibaren kira alacaktı. Oysa şimdi inşaatın bitirileceği tarih; kusurlu müteahhitle tasfiyenin bitirilip, yeni müteahhide inşaatın teslim edildiği tarihten sonra, inşaatın bitirilmesi gerektiği tarihe kadar uzamaktadır. **İste**

⁶⁶⁹ SEROZAN, menfi-müspet zarar ayrımına şiddetle karşı çıkmaktadır, SEROZAN, Dönme, s. 582 vd. ; Aynı doğrultuda, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, ss. 970-971 ; ÖZDEMİR, ss. 95, 97.

⁶⁷⁰ "Akdi fesheden alacaklı (davacı) müspet zarar kapsamındaki kira tazminatını isteyemez. Zira BK nun 108. maddesine göre akdin feshi halinde ancak menfi zararlar istenebilir (Yargıtay HGK'nun 17.01.1990 Tarih E.13-392 K. 1 ve Dairemizin yerleşmiş itihatları)...", Y. 15. HD. 4.11.2003, 1996/5202, KARATAŞ, ss. 435-436 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 1.3.2005, 977/1120, Legal Hukuk Dergisi, 2005/4, s. 1438 ; Y. 15. HD. 16.9.2003, 578/3937, İBD, 2004/1, ss. 371-372.

başka bir müteahhitle sözleşme yapılsaydı onun inşaatı bitirebileceği tarih ile eski müteahhitle tasfiyenin sağlanmasından sonra, yeni müteahhide verilen inşaatın bitirilmesi gereken tarih arasındaki döneme isabet eden kira kaybı menfi zarar kapsamında kabul edilmelidir.⁶⁷¹

Somut bir örnek vermek gerekirse ; kusurlu müteahhit ile yapılan sözleşmeye göre inşaatın bitim süresi sözleşme tarihi 1.1.2000 den itibaren 40 aydır (süre sonu : 1.5.2004) ve bu süre başka bir müteahhitle anlaşma yapılmasında dahi geçerli olabilecek makul bir süredir. Ancak bu müteahhit, süre dolmasına rağmen inşaatı %40 seviyesine getirdiğinden arsa sahibi sözleşmeden haklı nedenlerle derhal dönmüş ve müteahhidin yaptığı imalatın bedelini içinde yeterli teminatı göstermiştir. Müteahhit, sözleşmeden dönmeye karşı çıkmış ve bu konudaki dava da 2 yıl sürmüş ve müteahhidin inşaatın el çekmesi ancak 1.10.2006 tarihinde sağlanmıştır. 1.10.2006 tarihinden 5 aylık makul bir süre sonra da yeni bir müteahhitle anlaşma yapılması ve inşaatında 24 aylık bir sürede mümkündür. Bir başka anlatımla, yeni müteahhit inşaatı 1.3.2009 tarihinde bitirebilecektir.

Buna göre ; Arsa sahibi diğer bir müteahhide arsasını kat karşılığı vermiş olsaydı, kendisine kalacak bağımsız bölümleri teslim alacağı 1.5.2004 tarihi ile inşaatın bitebileceği 1.3.2009 arasındaki 58 aylık kira kaybını menfi zarar kapsamında isteyebilirdi.

Burada dikkat edilecek ve vurgulanması gereken husus; arsa sahibinin kusurlu müteahhidin ifasına bağlı olarak kira kaybını istemediğidir. Bir başka deyişle, kusurlu müteahhit sözleşmeye göre edimini ifa ve zamanında bağımsız bölümleri teslim etmediği için kira kaybı istenmemektedir. Aksine kendisi ile sözleşme yapıldığı tarihte 3. bir müteahhitle sözleşme imzalsaydı onun inşaatı bitirebileceği tarihten itibaren sözleşmenin tasfiyesine karşı çıkarak, yeni bir müteahhide işin verilmesini engellediği süre ile işin yeni müteahhit tarafından bitirilmesi için geçecek makul süre toplamı kadar bir zaman dilimi için kaçırılan fırsat kapsamında kira kaybı talep edilmektedir. Burada kusurlu müteahhitle yapılan sözleşmedeki paylaşım oranı, inşaat süresi ve diğer şartlar dikkate alınmamaktadır. Aksine kusurlu müteahhitle sözleşme yapıldığı sırada, başka bir müteahhidin teklif ettiği şartlar ya da farazi olarak teklif edebileceği makul şartlar kaçırılan fırsat kapsamında dikkate alınmaktadır.

Daha açık olarak arsa sahibinin döndüğü sözleşmeye dayanarak o sözleşmeden kaynaklanan talepleri ileri sürmesi söz konusu değildir.

Sonuç olarak, daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zarar dikkate alınırken, bu daha elverişli sözleşmenin doğuracağı sonuçların görmezden gelinmesinin gerekçesi net bir şekilde ortaya konulmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; sözleşmeden dönme halinde de müspet zararın tazmininin kabulü halinde, BK m 106' daki ayırımın bir anlamı kalmayacağını, bu nedenle de Yargıtay'ın öteden beri benimsediği müspet – menfi zarar ayırımının terk edilemeyeceğini söz

⁶⁷¹ Benzer doğrultuda, ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 155 ; Kira gelirin, ancak eser sözleşmesinin ifasına bağlı olarak istenebileceği gerekçesi ile bu görüşe karşı çıkanlar da vardır (ERGÜNE, s. 300). Oysa, kusurlu müteahhitle yapılan sözleşmenin ifasına bağlı bir talep söz konusu değildir. Ayrıca, kusurlu müteahhidin dönmeye karşı gelerek, arsa sahibinin arsasını başka bir müteahhide vermesini engelleyici tutumu ile başka bir müteahhidin işi geç teslim edecek olması arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Bu zararın hangi kapsamda kaldığının açıklanması gerekir. Hem kaçırılan fırsatın menfi zarar kapsamında değerlendirileceğini kabul etmek, hem de başka bir müteahhide işin verilmesini engelleyici tutumu kaçırılan fırsat kapsamında görmemek çelişki oluşturmaktadır. Arsa sahibi, kusurlu müteahhidin engelleyici tutumu nedeniyle başka bir müteahhide işi belli bir süre önce yaptırma fırsatını kaçırmıştır.

konusu emsal Kararında⁶⁷² belirtmiştir. Bu görüşe, yukarıda açıklanan şekilde kat karşılığı inşaat yapım, sözleşmelerinde menfi zararın kapsamının genişletilmesi gerektiği gerekçesi ile katılmıyorum⁶⁷³.

Kira kaybının yukarıda belirttiğim şekilde menfi zarar kapsamında dikkate alınması, menfi – müspet zarar ayrımının terk edilmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü, yukarıdaki kabul ile menfi zarar kapsamına, ayıplı ve eksik işler bedeli, ifaya ekli cezai şart, nama ifa gibi hususlar gündeme getirilmemektedir. Bu hususlar yine aynen ifa veya müspet zarar kapsamında kalmaktadırlar.

Ayrıca aynen ifadaki gecikme tazminatının kapsam ve konusu ile buradaki kira kaybı birbiri ile örtüşmemektedir. Şöyle ki; menfi zararda kaçırılan fırsat kapsamında kira kaybı belirli dönemle sınırlandırılmışken, aynen ifa ve gecikme tazminatında, bağımsız bölümlerin fiilen teslim tarihine kadar istenebilmektedir. Hatta aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde dahi, nama ifa, eksik işler bedelinin tahsili veya inşaatın noksanı ile teslim alınması ya da aynen ifanın hiçbir şey yapılmadan beklenmesi durumlarında dahi kira kaybı istenen dönemler farklılık göstermektedir.

Aynı şekilde aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmini talebinde de kira kaybı bu iradenin muhatabına ulaştığı ana göre belirlenmektedir.

Kira kaybının doğrudan müspet zarara karşılık geldiği iddiasına katılmak mümkün değildir. Sözleşmenin ifasına güvenerek kat karşılığı verilen arsa üzerinde oturduğu evinin yıkılması sonucu kiraya çıkan arsa sahibinin ödediği kira bedelinin de, zararın niteliğini dikkate almadan, sırf bu “kira” tabiri nedeniyle menfi zarar kapsamında olmayacağını iddia etmek nasıl tutarlı değilse, sözleşmeden dönmede yukarıda açıklanan şekilde belirlenen menfi zararın reddine dair yaklaşım da o oranda tutarlı değildir.

Hiç Bir Şekilde Kira Tazminatının Menfi Zarar Kapsamına Girmeyeceğinin Kabulü Ne Gibi Olumsuz Sonuçlar Doğuracaktır ?

Konuyu somut bir örnekle açıklamak gerekirse; arsa sahibi boş olan arsasını müteahhide kat karşılığı vermiştir. Paylaşım %40 arsa sahibi, %60 müteahhitte kalacak şekildedir. Sözleşmenin yapıldığı sırada da o bölgede arsa sahiplerine verilen rayiç %40 dır. Kusurlu müteahhit hakkında sözleşmeden haklı nedenlerle dönüldüğünde, dönme tarihinde o bölgede paylaşım oranı da aynı kalmışsa, arsa sahibinin talep edebileceği menfi zararı, Yargıtay’ a göre sadece noter masrafları ve pul giderleri olacaktır.

Esasen hayatın olağan akışına uygun olan, arsa sahiplerinin arsalarının rant kazanması, özellikle konumu iyi olan yerlerde zaman geçtikçe paylaşım oranının arsa sahipleri lehine artmasıdır.

Yukarıdaki somut örnekte dönme tarihinde rayiç paylaşım oranının %50’ye yükseldiği farz edilirse, bu artış sebebiyle, müteahhit, zararın denkleştirilmesini talep edebilecek, arsa sahibi belki pul ve noter parasından da yoksun kalacaktır !

Ayrıca müteahhidin dönmeye karşı çıkması durumunda, bununla ilgili davanın kesinleşmesine kadarki geçecek süredeki arsa sahibinin zararları nasıl karşılanacaktır ? Menfi

⁶⁷² YHGK 17.1.1990, 13-392/1, KOSTAKOĞLU, s. 499 vd. ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 15.6.1989, 177/2845, www.kazanci.com.tr.

⁶⁷³ TEKİNAY / AKMAN BURCUOĞLU / ALTOP :Borçlar Hukuku Genel Hükümler,1993, s.970 vd.

zarar kapsamının dar tutulması kötü niyetli müteahhitlerin işini kolaylaştırmakta, adeta arsa sahibinin dönme hakkının gaspı sonucunu doğurmaktadır.

Sözleşmedeki Edimin İfa Edileceğine İnanılarak Akit Tarihi İtibariyle Yapılan Başka Bir Teklif Veya Rayiç Fiyatlarla, Başka Bir Sözleşme Yapılmış Olması Dolayısıyla Uğranılan Zararın Belirlenmesi, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Nasıl Olacaktır ?

Bunu somut bir örnekle açıklamak gerekirse; sözleşmenin yapıldığı tarihte 20 daireli inşaatın müteahhit 10 daireyi arsa sahibine vermiştir. Oysa aynı tarihte başka bir müteahhit 8 daire vermeyi teklif etmiştir veya o bölgede rayiç oran %40 (arsa sahibine 20 x %40 =8 daire) kalacak şekildedir.

Arsa sahibi haklı olarak sözleşmeden döndüğünde, dönme tarihinde yeniden arsasını müteahhide vereceği zaman, deprem, ekonomik kriz ve sair nedenlerle arsa sahibine teklif edilen pay %20' ye ($20 \times 20 = 4$ daireye) düşmüş ise, arsa sahibi kaçırdığı fırsatın doğurduğu menfi zarar olan (8 daire – 4 daire) = (20 x %40) - (20 x %20) farkı olan 4 dairenin dönme tarihindeki değerini menfi zarar olarak talep edebilir kanaatindeyim. Çünkü arsa sahibi kusurlu müteahhide güvenip onunla sözleşme yapmasaydı, 4 daire daha fazla elde etme imkanını kaçırmamış olacaktı.⁶⁷⁴

Seyrekte olsa ekonomik kriz, deprem korkusu, savaş beklentisi ve sair nedenlerle inşaat talebin azalması sonucu, dönme tarihinde arsasını daha düşük oranda veya adetteki bağımsız bölüm karşılığı müteahhide verebilmektedir.

Ancak Yüksek Mahkemenin bu tür menfi zararın somutlaşmadan istenemeyeceğine dair kararları⁶⁷⁵ vardır.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ “Menfi zarar, iş sahibinin yüklenici tarafından üstlenilen işin yerine getirileceği inancıyla onunla sözleşme yaptığı tarihte bir başkasıyla yükleniciye göre ikinci derecede müsait sözleşme yapma imkanı varken, bu imkanı kaçırmaması ve bu kez de yüklenicinin işi yapmamasından dolayı işin bir başka kimseye yaptırılması nedeniyle aradaki farktan soğan zarardır. Rakamla örneklemek gerekirse, müteahhit 49.500 DM a yaparken, bir başkası o tarihte işi 52.000 DM ye yapacak idiyse, bu kez iş 70.000 DM ye yapılıyorsa, $70.000 - 52.000 = 18.000$ DM davalının menfi zararıdır” (UYGUR, C II, s. 569) ; “Mahkemece davalı yüklenicinin temerrüdü nedeniyle yanlar arasındaki 4.8.1999 tarihli Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin feshi ile birlikte sözleşmenin 5. maddesi uyarınca davacı arsa sahibine teslimi gereken üç adet dairenin teslim edilmemesi nedeniyle iki aylık gecikme cezası karşılığı 1.200.000.000 TL.nin de tahsiline karar verilmiştir. Karşılıklı edimleri havi sözleşmenin feshi halinde davacı ancak olumsuz (menfi) zararını isteyebilir. Olumsuz zarar ilk sözleşme yapılırken davalının teklifinden sonra verilen en uygun teklif ile fesihden sonra yapılan sözleşmedeki fiyat arasındaki farktan ibarettir. Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığından akdin feshi ile birlikte olumlu (müsbet) zarar kapsamındaki gecikme cezasına hükmedilmesi doğru olmamış, karar bu yönden bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 15. HD 1.3.2005 977/1120, Legal Hukuk Dergisi 2005/4, s.1438 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 19.4.2004, 2003/5541, 2201, www.kazanci.com.tr.

⁶⁷⁵ “...Davacı arsa sahipleri davacı ve karşı davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayı, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmayı arsanın bulunduğu yer ve o tarihlerdeki rayiçler gözetilerek arsasına karşılık inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm alabilecekler ise **sonradan bir başka yükleniciyle yaptığı sözleşme objektif şartlarla yapılmış ve daha az sayıda bağımsız bölüm sağlanmışsa, arsa sahipleri menfi zarar olarak bu iki sözleşme arasındaki farkın parasal değerini, menfi zarar olarak yükleniciden isteyebilir.**”, Y. 15. HD. 19.4.2004, 2003/5541, 2201, Yargı Dünyası Dergisi, 2004/7-8, s. 159 vd. ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 10.6.2004, 2499/3245, www.kazanci.com.tr ; Y 15. HD. 28.6.2004, 2003/6730, 3623, Yargı Dünyası, 2005, Tanıtım Sayısı, s. 229 ; “Bu bakımdan, sözleşmeden dönen iş sahibinin kaçırılan fırsat adı altında olumsuz zararını isteyebilmesi için yapılmayan işi bir başkasına yaptırması ve bunun parasını da ödemesi gerekir.”, Y. 15. HD. 1.3.1999, 5056/705, KARATAŞ, s. 427.

⁶⁷⁶ Aynı görüşte, KARATAŞ, ss. 427, 430 ve oradaki içtihatlar. ÖZ, “İş sahibi, olumsuz zararının tazminini isterken, sadece o zamanki piyasa durumuna göre, eseri başkasına yaptırsaydı elde edeceği kazancı ispat etmekle yetinemez. Zira bu kadar geniş tutulan bir talep olanağı, ifaya olan çıkarın (olumlu zararın)

Sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamalar somut ve gerçekleşmiş olduklarından tespiti mümkündür. Ancak kaçırılan fırsat bakımından da zararın somutlaşmasının aranmasının gerekçesini anlamak güçtür.

Müteahhit dönmeye karşı gelmez, inşaatı arsa sahibine teslim ederse veya daha önce işten el çekmişse, arsa sahibi ; bu tarihler itibarıyla , inşaatın yarım bir halde olduğu da dikkate alınarak arsanın yeniden bir müteahhide verilmesi durumundaki ya da müteahhide verilmemişse, en geç verilmesi için geçecek makul süre sonundaki paylaşım şekline göre kaçırılan fırsat kapsamında doğan zararını talep edebilmelidir. Arsa sahibinin arsasını yeni bir müteahhide vermemesi durumunda, zararın somutlaşmadığından bahisle, kaçırılan fırsat kapsamındaki zararın dikkate alınmaması, arsa sahibini yeni bir müteahhitle sözleşme yapmaya, mülkiyet hakkını belirli bir yönde kullanmaya zorlamak suretiyle sözleşme ve mülkiyet hak ve özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin müteahhidin arsa üzerindeki imalatın bedelinin ödenmesi için açtığı davada, arsa sahibi yarım inşaatı müteahhit bulmakta zorlandığını, yeni bir müteahhit yapacağı sözleşmede paylaşımın aşırı derecede aleyhine olduğunu, bu nedenle de menfi zararının karşı dava veya itiraz şeklinde , imalatın bedelinden mahsup edilmesini istediğinde, mahkeme tarafından yeni bir müteahhitle sözleşme yapılmaması nedeniyle bu konudaki talep reddedileceğinden, arsa sahibi, böyle bir sözleşme yapmaya zorlanmış olacaktır.

Oysa, kaçırılan fırsat konusundaki zararın belirli bir ana göre (dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu ana göre), somutlaşma şartı aranmaksızın, objektif olarak belirlenmesi, arsa sahibinin bu konuda yapacağı spekülasyonların önüne geçilmesi bakımından da zorunludur. Menfi zarar arsa sahibi ile müteahhidin subjektif tutumuna göre değil de objektif kıstaslara göre belirlenmelidir. Örneğin, arsa sahibi, önceki müteahhidin işi yarım bırakması nedeniyle müteahhitlere karşı güveninin azaldığı bu nedenle çok güvenilir olduğuna inandığı ancak rayiç paylaşımın çok altında pay veren başka bir müteahhitle sözleşme yaptığında, rayiç paylaşım ile subjektif olarak belirlenen paylaşım aradaki farktan eski müteahhidin sorumlu tutulmaması gerekir.

Esasen hayatın olağan akışına uygun olan, arsa sahiplerinin arsalarının rant kazanması, özellikle konumu iyi olan yerlerde zaman geçtikçe paylaşım oranının arsa sahipleri lehine artmasıdır. Ancak deprem ve olumsuz ekonomik koşullar belirli bir dönemde böyle bir zararın doğmasına sebep olmuştur.

Arsa sahibi, müteahhidin yapılan imalatın bedeline dair talebine karşı ödemezlik defii kapasamında menfi zararını ileri sürebilmelidir.⁶⁷⁷

sözleşmeden dönme üzerine istenememesi kuralının dolanılmasına yol açabilir. Olumsuz zararının tazminini isteyen iş sahibi, hiç olmazsa kaçırıldığını ileri sürdüğü elverişli fırsatı, sonradan döndüğü sözleşme bağı bulunmasaydı, gerçekten değerlendirecek olduğunu güçlü bir olasılık şeklinde gösterebilmeli, inandırıcı somt delillerle ispatlayabilmelidir. Gene ayrıca iş sahibi, sözleşmeden döndükten sonra aynı işi başkasına daha pahalıya yaptırmış veya yaptıracığı kesin olmalıdır.” (ÖZ, Dönme, s. 290). AYAN, “İspat ölçüsünün bu kadar yükseltilmesi yerinde değildir. Çünkü serbest piyasa koşullarının uygulandığı bir sistemde, iş sahibinin mevcut yükleniciyle sözleşme yapmasaydı, o tarihte başka bir yüklenici bulabileceği çok açık bir biçimde ortadadır. Bunun ayrıca somut bir teklif şeklinde somutlaştırılmasının gerekmediği de kabul edilmelidir. Budurumda iş sahibi, dönülen sözleşmenin yapıldığı sıradaki ortalama sözleşme koşulları (bedel) ile dönme tarihindeki ortalama sözleşme koşulları (bedel) arasında bir farkın bulunduğunu kanıtlayarak, bunu menfi zarar kalemi olarak talep edebilir. Fakat iş sahibi ayrıca, dönülen sözleşme olmasaydı, diğer bir yükleniciyle bir sözleşme yapacağını da kanıtlamakla yükümlüdür.” demektedir, AYAN, ss. 279-280.

⁶⁷⁷ “Sözleşmeden dönme üzerine tarafların ellerindeki iade borçları doğar ve bu derhal talep edilebilir. Bu iade borçları bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmamakla birlikte, gene de bunlar arsında işin niteliğinden doğan bir karşılıklılık (sinallagma) vardır. Zira amaç eski hale iadeyi sağlayacak bir tasfiyedir ve bu tasfiye işlevsel (fonksiyonel) olarak iki tarafa aynı sonucu gerçekleştirmek için yüklenmiş borçların ifasıyla yapılacaktır. Şu

O halde, dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarihteki imalatın bedeli ile menfi zararın mahsuplaştırılması gerekir. Arsa sahibi, fiilen gerçekleşme şartı aranmadan belirlenecek menfi zararının mahsubu yapılmadan, müteahhide ait imalatın bedelini ödemekten kaçınabilmelidir.

Arsa sahibinin eski müteahhitle yapılan anlaşmadan daha iyi veya kötü şartlarda bir anlaşma yapıp yapmamasının da sonuca bir etkisi olmamalıdır. Zarar objektif olarak dönme tarihi itibarı ile belirlenmelidir.

Örneğin ; sözleşme karşılıklı olarak veya mahkeme kararı ile sonlandırılmış ve arsa sahibi ilk sözleşmede 10 daire alırken dönme tarihinde 8 daire, inşaat piyasasındaki durgunluk nedeniyle de dönmeden 3 yıl sonra yeni müteahhitle yaptığı anlaşma gereği 5 daire almaktadır. Burada ilk müteahhit, dönme tarihinden sonra yapılan şartların kendisini bağlamadığını, dönme ile taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bittiğini bu nedenle menfi zarardaki artışı kabul etmediğini ileri sürdüğünde haklıdır. İkinci bir sorunda menfi zararın tespitinde hangi tarihteki değer alınacağıdır. Sözleşmeden dönülmekle menfi zarar da muaccel olacağından, dairelerin bu tarihteki değerine itibar etmek gerekir. Ancak menfi zararın somutlaşmasını aradığımızda, somut zararın oluştuğu tarihteki daire değeri dikkate alınmış olmaktadır. Oysa müteahhidin yaptığı imalatın bedeli dönme tarihi itibarıyla belirlenmektedir. Görüldüğü gibi, menfi zararın parasal değerinin belirlenmesinde de bir istikrarsızlık söz konusu olmaktadır.

Müteahhidin dönmeye karşı gelmesi veya dönmeyi kabul etmekle birlikte işten bedeli ödeninceye kadar el çekmemesi durumunda, arsa sahibinin arsasını başka bir müteahhide vermesi mümkün olmayacağından, menfi zararın belirlenmesi daha da ileri bir tarihe ertelenmektedir.⁶⁷⁸ Tasfiyede çıkan uyuşmazlığın, dönme tarihi itibarıyla belirli olan zararın istenebilmesine engel olmaması gerekir.

Menfi zararın, müspet zararı aşması durumunda, talep edilebilirliği müspet zararlarla sınırlandırılabilir mi ? Yargıtay'a göre, tazmini gereken menfi zarar müspet zararı aşamaz.⁶⁷⁹

halde bu iadenin aynı anda (zug um zug) yapılması gerekir. Böylece, karşılıklı edimlerin ifasına ilişkin BK m81 hükmünün kıyasen, bu tasfiye ilişkisindeki iade taleplerine de uygulanması mümkün olmalıdır. Kıyasen uygulanacak bu hükme göre her iki taraf kendi iade borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmadıkça, karşı tarafı iadeye zorlayamayacaktır. Nitekim, gerek öğreti, gerekse uygulama, sözleşme dışı karşılıklı iade taleplerinde de BK m 81 hükmündeki "ödemezlik definin" ileri sürülebileceğini kıyas yoluyla kabul etmektedir. Sözleşmeden dönme üzerine doğan tasfiye ilişkisinde, bu ihtiyaç iyice güçlüdür.", ÖZ, Dönme, ss. 255-256 ; BUZ, Dönme, ss. 233 – 234.

⁶⁷⁸ "Arsa sahipleri inşaat yasal hale getirilmediği ve kaçak olduğu için inşaatın başka kişilere ihale olunmadığını ileri sürmektedir. Yani arsa sahiplerinin akdin feshi yüzünden bir kısım zararları bu haliyle bile gerçekleşmiş ise de , henüz başka kişilerle inşaatın tamamlanması için sözleşme yapma imkanına sahip olmadıkları için gerçek zararlarını tespit imkanı bulunmamaktadır. Gerçek menfi zararın kapsam ve miktarı açılan meni müdahale ve kal davasının sonucuna göre ortaya çıkacağından, bu davanın sonucunun beklenilmesi gerekir.", Y. 15. HD. 10.6.2004, 2499/3245, www.kazanci.com.tr.

⁶⁷⁹ "Davacı, akti feshettiğini bildirmek suretiyle uğradığı zararın giderilmesini istemiştir. Sözleşme feshedildiğine göre burada olumlu zarar yani kar yoksunluğu zarara değil, olumsuz zarar yani sözleşme kurulmamış olsaydı davacı yüklenicinin malvarlığı ne durumda olacak idiyse, sözleşmenin kurulmasından dolayı malvarlığında meydana gelen fiili eksilme tazminat olarak talep edilebilir. Menfi zarar denilen bu tazminat kalemlerine davacı yüklenicinin bu sözleşme dolayısıyla iyiniyetle yapmış olduğu giderler ile yine bu sözleşme yapılması nedeniyle kaçırmış olduğu fırsatlar, yani başka bir sözleşme yapma olanağını kaçırmış olmasından dolayı uğradığı zararlar girer. **Ancak, bu suretle hesap edilecek olumsuz zararın tutarı hiçbir durumda olumlu zarar tutarını geçemez,**" Y. 15. HD. 28.9.1993, 1992/5474, 3691, YKD, 1994/8, s. 1298.

Menfi zarara böyle bir sınırlama getirilmesi mümkün olmamalıdır. Aksi halde BK m 106 da öngörülen seçimlik haklar arasındaki denge bozulur. Menfi zararın ifa menfaatinden fazla olması ve tamamının tazminin gerekmesi söz konusu olabilir. Örneğin, arsa sahibinin imara aykırı inşaatı ortadan kaldırma masrafları, yeni müteahhitte yapılan sözleşmede alacağı bağımsız bölüm sayısının önemli oranda azalması veya imar durumundaki aşırı menfi değişim gibi nedenlerle arsa sahibinin menfi zararı müspet zararını aşabilir.⁶⁸⁰ Aradaki farkın hakkaniyete aykırı bir şekilde fazla olması durumunda, BK m 43-44 hükümleri ile sınırlandırılması mümkün olacaktır.⁶⁸¹

1.1.3.1.4 Seçimlik Cezai Şart

Sözleşme konusu borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi durumunda ödenmesi kararlaştırılmış cezai şarta uygulamada seçimlik ceza denir. Çünkü burada, borcun ifası veya ifa edilmeme nedeniyle cezanın ödenmesi konusunda seçimlik bir hakkın veya yetkinin kullanılması söz konusudur.⁶⁸²

Seçimlik bir borcun (BK m 71) varlığı söz konusu değildir. Çünkü, seçimlik borçlarda, birden fazla borç konusu olan edimlerden her biri asli borç olup, birbirlerinden bağımsızdır. Buna karşılık seçimlik ceza muaccel olmadan önce asıl borca bağımlıdır.⁶⁸³

Birden fazla edimin borçlanılmadığı, ancak, kararlaştırılan edimin yerine başka bir edimin ifası ile borcun ifa edilebildiği “seçimlik yetki” de, “seçimlik cezai şart”dan farklıdır. Seçimlik yetkide, borçlu yedek edimi ifa ederek borçtan kurtulma hakkına sahiptir.⁶⁸⁴ Seçimlik cezai şartta ise, seçim yetkisi alacaklıya aittir.⁶⁸⁵

Aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça hem borcun ifası, hem de bu cezai şartın istenmesi mümkün değildir. Bir başka anlatımla, sözleşmede, akdin ifası ile birlikte seçimlik cezanın ödeneceği hüküm altına alınabilir.⁶⁸⁶

Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, aynen ifa ve gecikme tazminatı ile birlikte seçimlik ceza talep edilemez.⁶⁸⁷

⁶⁸⁰ ERGÜNE, s. 357.

⁶⁸¹ BUZ, Dönme, ss. 278-279 ; ERGÜNE, ss. 364-366.

⁶⁸² TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, ss. 106-107 ; KOCAAĞA, ss. 179-180 ; GÜNAY, ss. 137-139.

⁶⁸³ EKİNCİ, ss. 126-128 ; TUNÇOMAĞ, ss. 32-33.

⁶⁸⁴ Kanundan doğan seçimlik yetkiye BK m 83 hükmü gösterilebilir. Bu hükme göre, borcun konusunun yabancı para olması durumunda, borçlu, borcu, aynen veya memleket parası ile ödeme konusunda seçimlik yetkiye sahiptir, EKİNCİ, s. 130.

⁶⁸⁵ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 33 ; EKİNCİ, ss. 129-131.

⁶⁸⁶ KOCAAĞA, s. 186 ; “Dava kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile tazminat alacaklarının ödetilmesi istemiyle açılmış, davalı cevap vermemiş, mahkemece sözleşmenin feshine, %30 cezai şartın tahsiline; kira mahrumiyeti isteminin reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin **cezai şart başlıklı 8.maddesinde, yüklenici gecikme nedeniyle sözleşmenin feshine sebebiyet verdiği takdirde kira tazminatı dışında dükkanın teslim tarihindeki rayiç bedelinin %30 tutarını ceza olarak ödemeyi kabul ve taahhüt eder hükmüne yer verilmiştir. Görülüyor ki taraflar B.K.nun 158.maddesinin aksine ifaya ekli cezai şartın ve seçimlik cezanın fesih halinde dahi ödeneceğini kararlaştırmışlardır.** Sözleşme feshedilse dahi her iki cezai şartın da ayrıca ödeneceği kabul edildiğinden davacı aylık 20 milyon TL ceza isteminde de haklıdır.”, Y. 15. HD. 25.5.2005, 2647/3147 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 26.5.1999, 774/2125 ; “Sözleşmede hem akdin icrası, hem de seçimlik cezanın ödeneceği kabul edilebilir.”, Y. 15. HD. 7.3.1989, 2481/1066, UYGUR, C II, s. 375.

⁶⁸⁷ KOSTAKOĞLU, s. 435 ; UYGUR, C II, s. 371 ; “Yanlar arasındaki 21.05.1993 tarihli sözleşmenin **"Taahhüdün yerine getirilmemesi" başlıklı 19. maddesinde "kooperatif işbu sözleşme ve eklerinden**

Sözleşme şartlarına uyulmaması durumu için kararlaştırılan cezai şartı, doğrudan seçimlik ceza olarak değerlendiren kararlar eleştiriye açıktır. Çünkü sözleşmeye aykırılık, ifaya bağlı bir talebe de olanak verebilir. Bu konu ileride detaylı olarak incelenecektir.

Yenilik doğuran bir hak niteliğindeki seçim hakkı, muhatabına ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını meydana getirir.⁶⁸⁸

Seçim hakkının ne kadarlık bir süre içinde kullanılacağı konusunda kanunda düzenleme yapılmamıştır. Ancak bu hakkın uzun süre kullanılmaması nedeniyle, alacaklının spekülasyonuna engel olmak isteyen borçlunun, alacaklıyı BK m 94 uyarınca temerrüde (alacaklının temerrüdüne) düşürebileceği ifade edilmektedir.⁶⁸⁹ Bu durumda, seçim hakkını kullanmayan arsa sahibinin aynen ifayı istediği kabul edilmelidir. Fakat, arsa sahibinin aynen ifayı kabul etmemesi durumunda, alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurulabilmelidir⁶⁹⁰.

Cezai şartın talep edilmesi için asıl alacak bakımından temerrüt şart değildir. Cezai şartın talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerektiğine dair kanunda bir hüküm yoktur. Bu nedenle cezai şartın istenmesi (muaccel hale gelmesi) için temerrüt zorunlu olmayıp, borcun sözleşmede öngörülen şekilde ihlali yeterlidir.⁶⁹¹

Alacaklının seçim hakkını cezai şart yönünde kullanmasından sonra⁶⁹², borçlu, asıl borcun ifasından kurtulmuş, alacaklı da borcun ifasından vazgeçmiş sayılmalıdır.⁶⁹³

Aksi durumda ise, bir başka anlatımla, alacaklının, borçlunun temerrüdü üzerine, asıl borcun ifası yönünde hareket etmesi durumunda, cezai şartı isteme hakkı düşmemelidir.⁶⁹⁴ Ancak bu durumda, seçimlik cezai şartın talep edilebilmesi için borçluya ifa konusunda mehil verilmelidir. Aynen ifadan sonra, mehil verilerek, diğer seçimlik haklar kullanılabiliriyken, seçimlik cezai şartı isteme hakkının da kullanılabilmesi mümkün olabilmelidir.⁶⁹⁵

doğan keyfiyetlerini yerine getirmediğinde, inşaatı hiç yapmadığında, yarım bıraktığında veya sözleşme hükümlerine uymadığında yer sahiplerine 5.000.000.000.- TL cezai şart ödemeyi kabul ve taahhüt eder'' hükmü yazılıdır. Görülüyor ki, bu maddede belirlenen ceza, BK'nun. 158/1. maddesinde düzenlenen seçimlik cezadır. BK'nun 158/1. maddesi gereğince, aksine sözleşmede hüküm bulunmadığından alacaklı ya akdin İcrasını veya cezanın ödetilmesini isteyebilir. Somut olayda davacı arsa sahibi eksik ve kusurlu işler bedelini istemekle sözleşmenin ifasını istemiş olduğundan, ayrıca seçimlik cezayı davalıdan talep edemez.", Y. 15. HD. 24.7.2006, 2961/4723 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 24.12.1997, 5032/5572 ; Y. 15. HD. 15.2.1988, 1994/569 ; Y. 15. HD. 15.2.1988, 1987/2399, 574 ; Y. 15. HD. 29.12.2005, 2004/6307, 7110 ; Y. 15. HD. 17.6.1996, 2702/3402, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 06.12.1995, 5240/7034, UYGUR, C II, s. 378 ; Y. 15. HD. 6.12.1995, 5420/7034, KARATAŞ, s. 284.

⁶⁸⁸ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, ss. 107-108 KOCAAĞA, ss. 181-182 ; GÜNAY, ss. 78-79.

⁶⁸⁹ KOCAAĞA, s. 185 ; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 108 ; GÜNAY, s. 1228 ; EKİNCİ, s. 276.

⁶⁹⁰ DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007, s. 158.

⁶⁹¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, ss. 95-96 ; KOCAAĞA, ss. 57, 161 ; GÜNAY, ss. 105-106 ; KARAGÖZ, s. 39 ; EKİNCİ, s. 240 ; GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk, Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul, 2007, ss. 60, 67 ; Aksi görüşte: AYAN, s. 197 ; Değişik görüşte, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349, Yazarlar, Seçimlik cezanın istenebilmesi için, ifanın halen mümkün olması kaydıyla, önceden ihtarin gerektiğini, ancak mehil verme ve derhal aynen ifadan vazgeçme bildirimine gerek olmadığı görüşündedirler. Aynı görüşte, DİRİCAN, s. 151 ; Ayrıca bkz KOCAAĞA, s. 189 Dipnot 133.

⁶⁹² Daha doğrusu bu beyanın borçluya varmasından sonra.

⁶⁹³ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, ss. 108, 111 ; KOCAAĞA, ss. 181-182.

⁶⁹⁴ Aksi görüşte, TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, ss. 108-109 ; KILIÇOĞLU, Borçlar, ss. 535-536 ; EREN, C III, s. 369 ; GÜNAY, ss. 78-79 ; KARATAŞ, s. 285 ; EKİNCİ, s. 279.

⁶⁹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349 ; KOCAAĞA, ss. 183-184.

Alacaklının asıl borcun ifası yönünde iradesini kullandıktan sonra, borçlunun kusuru ile imkansızlık doğarsa, alacaklı cezai şartı ve borçlunun kusurunu ispatlayarak cezai şartı aşan zararını borçludan talep edebilmelidir.⁶⁹⁶

Alacaklı, aksi sözleşmede kararlaştırılmamış olması şartıyla, asıl borçla birlikte seçimlik cezai şartın da ifasını istediğinde, alacaklının ifadan vazgeçmediği dikkate alınarak, ifanın kabulü ; cezai şart talebinin ise reddi gerekir.⁶⁹⁷ Sözleşmenin ifası yönündeki yorum yoluyla da aynı sonuca varılır.⁶⁹⁸

Seçimlik cezai şartın da talep edilmesi için asıl alacak bakımından temerrüt şart değilse de, kusurun bulunması gerekir.⁶⁹⁹

Alacaklının seçimlik cezai şartı talep etmesi için, BK m 106 daki seçimlik haklardan, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini kullanması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁰⁰ Bu görüşün altında, sözleşmeden dönme ile birlikte, geçmişe etkili olarak ortadan kalkan sözleşmeye bağlı ferî hakların da, sona erdiği düşüncesi yatmaktadır (BK m 161/2, BK m 113/1).⁷⁰¹

Oysa, Kanunda, zararın niteliği dikkate alınmaksızın, zarar ile cezai şart arasında sıkı bir ilişki kurulmuştur. Şöyle ki, zarar, cezai şarttan fazla ise, bu fazlalık, borçlunun kusurlu olması şartıyla talep edilebilir (BK m 159/2). Görüldüğü gibi zararlar cezai şart içindedir. BK m 158/1 de alacaklının ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebileceği belirtilmiştir. Bir başka anlatımla, cezanın ödenmesini istemek için akdin ifasından vazgeçilmesi yeterlidir. Sözleşmeden dönme hakkından da vazgeçilmesi şartı yoktur. Sözleşmeden dönüldüğünde, BK m 108/2 uyarınca talep edilebilen menfi zararın, cezai şart ile mahsubuna olanak tanıyan BK m 159/2 hükmü dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, aynen ifadan vazgeçildikten sonra, müspet zararın veya sözleşmeden dönülerek menfi zararın tazmini ile birlikte seçimlik cezai

⁶⁹⁶ KOCAAĞA, s. 188-189 ; EKİNCİ, s. 280.

⁶⁹⁷ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 110 ; KOCAAĞA, s. 184 ; EKİNCİ, s. 275.

⁶⁹⁸ “Davacı taraf davasında, davalının sözleşmeye uygun şekilde işi ifa etmemesi nedeniyle namına yaptırdığı iş bedelinin gecikme cezası ile birlikte tahsilini istemiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 7. maddesinde öngörülen ceza BK.nun 158. maddesinin 1. fıkrasında sözü edilen seçimlik ceza olup, aynı fıkra hükmü gereğince akdin icrasını isteyen yüklenici cezanın tediyesini isteyemeyeceğine göre, mahkemece davalı taşaron aleyhine cezaya hükmedilmemesi gerekmektedir. Mahkemece bu hususlar gözardı edilerek yazılı şekilde seçimlik cezanın da tahsiline karar verilmesi asal ve yasaya aykırı bulunmuştur.”, Y. 15. HD. 5.4.1990, 1989/4187, 1594 ; EKİNCİ, Yargıtay’ın önceleri seçimlik cezaya ilişkin olarak alacaklının hem ifa hem de cezayı birlikte talebi durumunda, bu hususun alacaklıdan açıklattırılması yönünde kararlar vermekteyken (Y. 15. HD. 2.3.2987, 2096/790 ; Y. 15. HD. 1.6.1983, 1282/1525, www.kazanci.com.tr), sonradan böyle bir talebin akdin ifasının istenmesi niteliğinde yorumlandığını (Y. 15. HD. 25.5.1987, 3875/2021, www.kazanci.com.tr) ifade etmektedir, EKİNCİ, s. 275, dipnot 100.

⁶⁹⁹ DİRİCAN, ss. 150, 155-156.

⁷⁰⁰ KOCAAĞA, s. 190 ; KARAGÖZ, s. 43 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 905 ; TEKİNAY /AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 349 ; DİRİCAN, ss. 29, 151, 153 ; Bazı yazarlar ise, bu durmun BK m 106 daki ifa yerine tazminat istemeye benzediğini ifade etmektedirler, TUNÇOMAĞ, ss. 108-109 ; GÜNAY, s. 141 ; Seçimlik cezanın ifa yerine geçtiği dikkate alınarak, zararın, cezadan daha çok olması halinde dahi, cezayı aşan zararın talep edilemeyeceği ve cezam tenkis edilemeyeceği ileri sürülmektedir, KARATAŞ, ss. 292-293.

⁷⁰¹ AYAN, s. 193 ; DİRİCAN, ss. 26, 78, özellikle ss. 154-155 ; ÖZ, Dönme, ss. 295-296 ; KOCAAĞA, ss. 142-143 ; KARAGÖZ, s. 60 ; OĞUZMAN/ÖZ, ss. 903, 937 ; BUZ, Dönme, ss. 160-161 ; KARATAŞ, s. 280 ; GÜNAY, s. 167 ; “Davacı iş sahibi, BK.nun 106.maddesindeki seçimlik hakkını sözleşmenin feshi doğrultusunda kullanmıştır. Taraflar arasındaki 16.10.1999 günlü sözleşmede ödenmesi öngörülen ceza ise, BK.nun 158/I.maddesinde yazılı seçimlik ceza olduğundan sözleşmeyi fesheden iş sahibi bu cezayı talep edemez.”, Y. 15. HD. 20.2.2003, 2002/4526, 775 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 20.2.2003, 2002/4526, 775 ; Y. 15. HD. 11.3.2002, 951/3257 ; Y. 15. HD. 24.6.1997, 2958/3247, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 16.5.1995, 1993/4665, 3212, EKİNCİ, s. 142.

şart istenebilir.⁷⁰² Özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmini dikkate alınarak cezai şart belirlenmemektedir. Daha çok seçimlik cezai şart dönme durumu için öngörülmektedir.

Esasen, temerrüt nedeniyle (haklı nedenlerle) sözleşmeden dönme durumunda ödenmesi öngörülen ayrı bir cezai şart düzenlemesi bulunmadığından, oluşan boşluğun, Kanunun amacına uygun olarak doldurulması gerekir. Bu boşluk da, zararın ceza ile mahsubuna olanak tanıyan BK m 159 hükmünün dikkate alınması ile doldurulmalıdır.

Yargıtay ve doktrindeki görüş, cezai şartın muaccel olmadığı bir aşamada sözleşmeden dönülmesi durumunda benimsenebilir. Çünkü, cezai şart muaccel olduktan sonra asıl borca bağlılığı ortadan kalkarak, bağımsız bir borç haline gelmektedir⁷⁰³. Sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasından önce muaccel hale gelen cezai şartın, bağımsız bir borç haline geldiği ve dönme ile birlikte talep edilebileceği kabul edilmelidir.

Nitekim Yargıtay, eski tarihli bazı kararlarında sözleşmeden dönme ile birlikte seçimlik cezanın istenebileceğini ifade etmiştir.⁷⁰⁴

KOCAAĞA, yukarıdaki kararlarda yer alan “akdin feshedilmiş (akidden dönülmüş) olması”nı, “ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmininin talep edilmiş olması” şeklinde anlamak gerektiğini ifade etmektedir⁷⁰⁵. Yargıtay görüşünün gerekçesinin dayanağı emsal kararlardan anlaşılammaktadır. Ancak, Kararlarda çok açık bir şekilde fesih ve dönmeden bahsedilerek, seçimlik ceza ile ilgili Kanun maddesi belirtilmektedir. Bu nedenle, yoruma elvermeyecek şekilde, seçimlik cezanın, sözleşmeden dönme ile birlikte talep edilebileceği ortaya konulmaktadır.

Cezai şarta hangi andan itibaren faiz istenebileceğinin de belirlenmesi gerekir. Cezai şartın ödenme biçimi sözleşmede kararlaştırılmıştır. Bu borcun zamanında ödenmemesi ile temerrüdün oluşacağı açıktır (BK m 101/2). Para borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda BK m 103 uyarınca temerrüt faizi istenmesi için ayrıca bu konuda temerrüde düşme şartı bulunmamaktadır. Bu nedenle, asıl borcun ifasında temerrüde düşüldüğü andan itibaren para borcu için faiz istenebilmelidir.⁷⁰⁶ Bundan başka borçlu temerrüde düştükten sonra muaccel hale gelen cezai şart için ayrıca temerrüt şartı aranmamalıdır.

⁷⁰² Benzer görüşte SEROZAN, Dönme, s. 565.

⁷⁰³ EKİNCİ, s. 364.

⁷⁰⁴ “Taraflar arasındaki 12.5.1980 tarihli sözleşmenin 9 uncu maddesinde geciken her ay için beher daireye 2500 TL gecikme cezası ile 12 inci maddesinde sözleşmeye aykırı hareket halinde 100.000 TL cezai şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. Görülüyor ki, gecikme nedeniyle istenebilecek ceza Borçlar Kanununun 158/2. maddesinde belirtilen ifaya ekli cezai şart olmasına karşın, sözleşmenin 12. maddesindeki ceza ise, Borçlar Kanununun 158/1. Maddesinde sözü edilen seçimlik ceza niteliğindedir. Seçimlik cezanın istenebilmesi için akdin feshedilmiş olması gerekir. Somut olayda davacı eksik işlerin tamamlanması için talepte bulunmuş olup, mehkemece eksik işler bedelinin ödetilmesine karar verilmiş olmasına göre seçimlik hakkını akdin ifası doğrultusunda kullanmış bulunmaktadır. Öyle ise feshedilmeyle ilgili bulunan seçimlik cezayı isteyemez.”, Y. 15. HD. 18.10.1989, 4097/4315, KARAHASAN, İnşaat, C II, s. 1999 ; Aynı doğrultuda, Y.15. HD. 29.1.1992, 1991/3648, 276, KOSTAKOĞLU, ss. 469-470 ; Y. 15. HD. 25.5.1987, 3875/2021, KARAHASAN, İnşaat, C II, s. 2001 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 17.11.1986, 108/3853, EKİNCİ, s. 135, Y. 15. HD. 30.12.1988, 4182/4698, EKİNCİ, s. 137 ; Y. 15. HD. 22.12.1977, 2192/2329, KARAHASAN, İnşaat, C II, s. 2002.

⁷⁰⁵ KOCAĞA, s. 190, Dipnot 137.

⁷⁰⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 937 vd. ; GÜNAY, s. 148 ; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, ss. 112, 113-114 ; KOCAĞA, ss. 191, 193-194 ; DİRİCAN, s. 29 ; Aksi görüşte EKİNCİ, s. 283.

1.1.3.1.4.1 Seçimlik Cezai Şart İle Dönme (Cayma) Cezası Arasındaki Ayrım

Seçimlik cezai şart (BK m 158/1) ile dönme (cayma) cezası (BK m 158/3) arasındaki ayrıma dikkat edilmelidir:BK m 158/3 de öngörülen dönme cezası, sözleşme ile kararlaştırılmak şartıyla, borçluya, cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme imkanı vermektedir. Söz konusu maddedeki ceza, keyfi olarak sözleşmeden cayma cezası niteliğindedir. Sonuç olarak, BK m 158/3 de öngörülen cezai şart, cezanın ödenmesi ile sözleşmeden cayma hakkı veren bir hükümdür⁷⁰⁷.

Seçimlik veya ifaya ekli ceza, borçlunun borcu ihlali karşılığında, alacaklıya talep hakkı verirken, dönme cezasında borcun ihlali şartı aranmaksızın borçluya sözleşmeyi sonlandırma hakkı tanınmaktadır.⁷⁰⁸ Dönme cezası ödeyerek dönme hakkı, alacaklıya da tanınabilir.⁷⁰⁹

BK m 158/3 de aynen; “Borçlunun cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salâhiyeti mahfuzdur” denilmek suretiyle, cezayı ödemek kaydıyla borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanındığı ifade edilmiştir. Ceza ödenmedikçe veya ödenmesi teklif edilmedikçe sözleşme sona ermez⁷¹⁰.

Haklı bir nedene dayanarak sözleşmeden dönen borçlunun bu cezayı ödemesi söz konusu değildir. Örneğin, kendisine kalacak arsa payının sözleşmede kararlaştırılan tarihte verilmemesi nedeniyle, sözleşmeden haklı olarak dönen müteahhit, dönme cezasından sorumlu olmayacaktır.⁷¹¹

Hiçbir neden gösterilmeksizin veya gösterilen nedenin açıkça haksız olması durumunda, borçlu, sözleşmede kararlaştırılmış olmak kaydıyla, dönme cezasından sorumlu olur.⁷¹²

Cayma unsurlarının bulunup bulunmadığı ve cezanın hangi taraf lehine takdir edilmesi gerektiği hususları her somut olaya göre belirlenmelidir. Özellikle tarafların haklılık durumunun tespiti önem taşımaktadır. Örneğin, arsa sahibi sözleşmeden haklı nedenle döndüğü iddiasıyla dava açmış, müteahhit de, dönmenin haklı olmadığını savunmuş ve dönme gerçekten haklı değilse, arsa sahibi lehine dönme cezasına hükmedilemez.⁷¹³

⁷⁰⁷ “Taraflar arasında 16.9.1992 tarihinde noterde düzenlenen Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre, inşaat ruhsatı "en geç" 1992 mali yılı içerisinde alınmış ve inşaat başlanmış; 4. madde uyarınca da bağımsız bölümler ruhsat tarihinden itibaren "en geç" 3 yıl içerisinde arsa sahiplerine teslim edilmiş olacaktır. 8. maddede ise, vazgeçen tarafın diğer tarafa 150.000.000 TL tazminat ödeyeceği kararlaştırılmıştır.....sözleşmenin 8. maddesinde kararlaştırılan ceza BK'nin 158/III. maddesinde öngörülen. "Dönme Cezası"dır. Yani, sözleşmeden haksız dönen tarafın diğer tarafa ödemesi gereken cezadır. Oysa, sözleşmeden dönülmediğine ve kira alacağı talep edilmek suretiyle sözleşmenin ifası istendiğine göre, anılan cezaya ilişkin istemin de reddine karar verilmesi yerine, kabulüne hükmedilmesi, yine doğru olmamış ve kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir.”, Y. 15. HD. 15.12.1997, 4630/5375, www.kazanci.com.tr.

⁷⁰⁸ KOCAAĞA, s. 154 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908.

⁷⁰⁹ KOCAAĞA, s. 155 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908.

⁷¹⁰ KOCAAĞA, ss. 155, 157 ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, ss. 352-353 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908.

⁷¹¹ KOCAAĞA, s. 157 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908.

⁷¹² KARATAŞ, ss. 292, 294.

⁷¹³ “Sözleşmede davacıya ait arsa tapusunun arsa sahibinin uygun göreceği zamanda verileceği kararlaştırılmakla birlikte, tapu devri yapılmadıkça inşaatın geciktirileceği de kabul edilmiştir. Davacı arsa tapusunu davalılara devretmediğinden, inşaatın süresi henüz işlemeye başlamamıştır. Davacı öncelikli bu edimini yerine getirmedikçe ve esasen **inşaatın süresi içinde yapılıp, yapılamayacağı şu aşamada anlaşılacağından, davacının BK 358. Maddesine dayanarak süresi bitmedenakdin feshini istemeye**

Cayma iradesinin zımni olarak ortaya konulması da mümkündür. Örneğin, müteahhidin inşaatı yarım bırakarak terk etmesi durumunda, sözleşmeden haksız dönmüş sayılması ve arsa sahibinin de dönme cezasını isteyebilmesi mümkündür.⁷¹⁴

Doktrin ve Yargıtay uygulamasına göre, dönme cezasının söz konusu olduğu durumda, tarafların sabit bir ceza içinde tüm zararlarının karşılanacağını dikkate aldıkları kabul edildiğinden, ayrıca cezayı aşan zararın istenmesi mümkün değildir.⁷¹⁵

Dönme cezasının tenkisinin de mümkün olmadığı ifade edilmektedir.⁷¹⁶

BK m 159 ve 161 de cezai şartın niteliği yönünden bir ayırım getirilmediğinden, şartları oluştuğunda dönme cezasından daha fazla tutan zararın istenmesi mümkün olduğu gibi, şartları varsa, dönme cezasının tenkisi de mümkün olabilmelidir. Daha fazla zararın istenememesi ve tenkisin mümkün olmaması, ancak “pişmanlık akçesi (BK m 156/3)” bakımından söz konusudur. Çünkü pişmanlık akçesinde, cayma nedeniyle oluşacak zararın başlangıçta sabitlenmesinin yanında, ödemesi de yapılmaktadır. Başlangıçta yapılan ödemenin, taraflar bakımından aşırı olmadığı kabul edilmelidir.

BK m 158/3 de borçlunun cezai şartı ödeme ile sözleşmeden dönme hakkını ispat edebilmesi yetkisinin saklı olduğu belirtilmiştir. Bir başka anlatımla, cezanın niteliğini ispat külfeti borçluya yükletilmiştir. Bu hükme göre sözleşmedeki cezai şartın niteliğinde tereddüt duyulduğunda, bunun seçimlik veya ifaya ekli olduğu yönünde yorum yapılmalıdır.⁷¹⁷

de hakkı yoktur. Gerçi sözleşmede cayma cezası ödenmek suretiyle akitten dönülebileceği öngörülmüş ise de, davacı bu davada cayma hakkına dayanarak fesih istemediğinden, bizatihi bu nedenle de, akdin feshi mümkün olmadığından, mahkemece akdin feshine ilişkin hükümde isabet yoktur. Kaldı ki sözleşmede cezayı cayan tarafın ödemesi kararlaştırılmıştır. Akitten cayan davalılar değil, davacıdır. Öyleyse cayma cezasının hüküm altına alınması da yerinde olmadığından, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulması gerekir.”, Y. 15. HD. 22.11.1995, 4639/6813, KARATAŞ, s. 294 ; “Sözleşmede kararlaştırılan cezai şart, tarafların sözleşmeden nedensiz dönmelerinin yaptırımıdır. Edimlerden herhangi birinin ya da bir kaçının yerine getirilmemesi, sözleşmeden dönüldüğünü göstermez.”, Y. 15. HD. 5.2.1996, 245/598, KARATAŞ s. 295.

⁷¹⁴ KARATAŞ, s. 294 ; “Yanlar arasındaki 11.7.1992 asıl ve 11.7.1992, 24.11.1992 günlü ek protokollerle işin bedeli artırılmakla beraber götürü olarak kararlaştırılmıştır. Davacı iş sahibinin, yükleniciye gerçekleştirdiği işin fiziki oranına göre fazla ödeme yaptığı da sabittir. Bu durumda, yüklenicinin 1.3.1993, 22.3.1993 ve 10.5.1993 tarihli uyarıları ile ayrıca fiyat farkı talep etmesinin haklı bir nedene dayandığı kabul edilemez. **Davalı anılan ihtarlardan sonra işi eylemli olarak terk ettiğine göre sözleşmeden haksız dönmüş sayılır.**”, Y. 15. HD 24.3.1997, 99/1565, www.kazanci.com.tr.

⁷¹⁵ KOCAAĞA, s. 155 ; KOSTAKOĞLU, s. 437 ; KARATAŞ, s. 292 ; GÜNAY, ss. 158-159 ; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, ss. 47, 122 ; FEYZİOĞLU, C II, s. 396 ; EKİNCİ, ss. 310-311 ; “Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan ceza BK 158/3. Maddesi hükmünde öngörülen dönme cezası olup, davacı ancak bu cezayı alabilir. Bunun dışında cezayı aşan zararını ispat etse dahi isteyemez.”, Y. 15. HD. 15.11.1990, 1771/4823 ve Y. 15. HD. 12.11.1990, 1727/4686, KOSTAKOĞLU, s. 463 ; Aynı doğrultuda ; Y. 15. HD. 21.11.1995, 5022/6822, KOSTAKOĞLU, s. 462 ; Y. 15. HD. 14.7.2005, 2333/4271 ; Y. 15. HD. 8.12.1999, 3885/4539, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 9.4.1987, 1893/1547, KARATAŞ, ss. 295-296.

⁷¹⁶ KARATAŞ, s. 293 ; EREN, C III, s. 373 ; KOCAAĞA, s. 158 ; Aksi görüşte, GÜNAY, ss. 155-156 ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353 ; FEYZİOĞLU, C II, s. 396 ; “Taraflar arasındaki 12.6.1996 tarihli sözleşmenin 19.maddesinde kararlaştırılan ceza, B.K.nın 158/son maddesinde düzenlenen dönme cezasıdır. Dönme cezası ile sözleşmeden dönülmesinde kusuru olmayan tarafın meydana gelen tüm zararlarının karşılanması amaçlanmıştır. Bu nedenle, anılan cezadan fahiş olduğu gerekçesiyle B.K.nın 161/son maddesi uyarınca indirim cihetine gidilemez.”, Y. 15. HD. 14.2.2002, 2001/4830, 741, www.kazanci.com.tr.

⁷¹⁷ GÜNAY, ss. 151-152 ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908 ; DİRİCAN, s. 32 ; KOCAAĞA, ss. 155-156 ; EKİNCİ, s. 189.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmeye uymayan tarafın diğer tarafa bir miktar cezai şart ödeyeceğine dair hükümlerin, her sözleşmeye aykırılık durumu için kararlaştırıldığından, belli bir cezai şart kalıbına sokulmaları mümkün değildir. Bu hükümlerdeki cezai şartlar, hem aynen ifa hem de aynen ifadan vazgeçme ile birlikte istenebilir. Fakat Yargıtay bunların seçimlik ceza niteliğinde olduğu görüşündedir⁷¹⁸.

Ancak, cezai şartın tutarının yapılan işin bedeline yakın veya onu aşan nitelikte olması durumunda, ifaya bağlı değil de dönme veya seçimlik ceza niteliğinde olduğu kabul edilmesi uygun olur. Kanun, sözleşmede kararlaştırılan yerde ve zamanda yapılmayan ifa için kararlaştırılan cezai şartın ifaya ekli cezai şart niteliğinde olacağına dair bir karine ortaya koymuştur (BK m 158/2)⁷¹⁹. Fakat bu doğrultuda kararlaştırılan cezai şartın seçimlik nitelikte olması da mümkündür. Örneğin sözleşmedeki, “*müteahhit işi zamanında teslim edemezse, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki değerinin 2 katını cezai şart olarak ödeyecektir*” şeklindeki cezai şartın aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmini ile birlikte istenebileceği kabul edilmelidir. Aynı şekilde belirli bir teslim zamanı öngörülmesizin sadece eserin teslim edilmemesi durumu için öngörülen ve edimin değerine yakın orandaki cezai şart ifaya ekli nitelikte kabul edilmeyebilir. Fakat, inşaatın tesliminin gecikmesi durumunda gecikilen her gün için bu gecikmeye bağlı olarak bir cezanın öngörülmesi durumunda, ifaya ekli cezai şart söz konusudur. Çünkü, hem borcun ifası, hem de gecikilen süreye bağlı muhtemel zararların ödenmesi hüküm altına alınmaktadır⁷²⁰.

Bundan başka, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde dönme halinde kararlaştırılan cezanın dönme (cayma) cezası mı, seçimlik ceza mı olduğu yönündeki değerlendirmede, cezanın tutarının büyüklüğü yanında sözleşmenin niteliği ve edimin değeri de dikkate alınmalıdır. Örneğin, eser sözleşmesindeki, dönme halinde o yılki mukavele bedelinin 3 mislinin tazminat olarak ödeneceğine dair hüküm, cayma cezası niteliğinde kabul edilebilir.⁷²¹

Kanunda, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, alacaklıya hem asıl alacağı, hem de kararlaştırılan cezai şartı talep hakkı tanınmamıştır (BK m 158/1). Çünkü, bu hüküm ile, seçimlik ceza ve ifadaki menfaatin birbirine yakın ya da cezanın daha fazla olacağı öngörülmektedir.⁷²²

Cezai şartın müspet zarar tutarına oranla önemli derecede az olması veya tarafların cezai şartla müspet değil de menfi zararın giderilmesini amaçladığı anlaşıldığında buna göre

⁷¹⁸ Y. 15. HD. 15.2.1988, 1994/569, EKİNCİ, ss. 135-136 ; Y. 15. HD. 15.12.1988, 2399/574, EKİNCİ, s. 136 ; Bu konudaki eleştiriyi dikkate alan Karar ise şöyledir; “Taraflar, inşaat mukavelesini, başlıklı sözleşme ile davacılar malik oldukları arsaya daire karşılığı davalılara vermişlerdir. Yapılacak dairelerden üçü davacılar diğerleri davalılara ait olacaktır. Sözleşmede dairelerin teknik özellikleri belirlendikten sonra, binanın arsa tesliminden itibaren 20 ay içinde teslim edileceği kararlaştırılmış olup, davacıların **sözleşmenin 19. maddesinde, yukarıdaki şartlara riayet etmeyen taraf diğer tarafın zarar ve ziyamından başka 500.000 – TL cezai şart vermeyi kabul ve taahhüt eder, denilmiştir.** Davacılar dava dilekçelerinde eksik kalan kısımlar tazminatı dışında, inşaatın zamanında bitirilmemiş, iskan ruhsatı alınmamış ve sözleşmeye uyulmamış olmaları nedeni ile **19. Maddede yazılı 500.000-TL cezai şartın da tahsilini istemişlerdir. 19. Madde tüm koşulları kapsamakta olup, BK m 158/II de öngörülen ifaya bağlı cezai şart niteliğindedir. Şu halde davacı hem ifayı, hem de cezai şartı isteyebilir.**”, YHGK 28.2.1986, 15-520/177, EKİNCİ, ss. 155-156.

⁷¹⁹ DİRİCAN, s. 33.

⁷²⁰ DİRİCAN, s. 33.

⁷²¹ Y. 15. HD. 8.12.1999, 3885/4530, KARATAŞ, ss. 295-296.

⁷²² EKİNCİ, s. 119 ; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 29.

değerlendirme yapılmalıdır⁷²³. Aynı şekilde, ifa menfaatinin cezaya oranla çok yüksek olduğu durumlarda, cezanın ifaya eklenmesi gerektiği kabul edilebilir⁷²⁴.

Görüldüğü gibi, cezanın niteliği ve hangi durumlarda istenebileceği konusu tartışmaya açıktır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin özellikleri dikkate alınarak bu konuda yorum yapılmalıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazminine dair seçimlik hakkın kullanıldığına pek tanık olmamaktayız. Çünkü arsa sahibinin amacı, arsasına karşılık bağımsız bölüm almaktır, para almak değildir. Yargıtay uygulamasında müspet zararın fark teorisine göre tazminine sıcak bakılmamaktadır. Bu nedenle arsa sahibine, kendisine kalacak bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki değeri verilerek, tazminat mübadele teorisine göre belirlenmektedir. Ancak sözleşmeyi ifa edemeyen müteahhidin, genelde bu bedeli ödeme gücü de olmamaktadır. Sonuçta, uygulaması sık olmayan ve sözleşmenin kurulması sırasında da öngörülmeleyen bir durum için cezai şartın kararlaştırıldığı kabul edilmemelidir. Bu durumda cezai şartın sözleşmeden haklı nedenlerle dönülmesi durumu için kararlaştırıldığı kabul edilmelidir.

1.1.3.1.4.2 Seçimlik Cezai Şart İle İfaya Ekli Cezai Şart Arasındaki Ayrım

İfaya ekli ceza (BK m 158/2) ve seçimlik ceza (BK m 158/1) ayırımına da dikkat edilmelidir; İfaya ekli cezai şart, aktin belirlenen zamanda ifa edilmemesi hali için kararlaştırılan cezai şarttır. Örneğin “*İnşaat sözleşme tarihinden 36 ay sonra bitirilmiş olmaz ise aylık 1 milyar lira gecikme cezası ödenecektir*” ya da “*İnşaat 31.12.2004 tarihinde yapı kullanma izni alınmış olarak teslim edilmez ise müteahhit arsa sahibine 50 milyar lira ceza verecektir*” gibi hükümler ifaya ekli cezai şart niteliğindedir. İfaya ekli cezai şart maktu veya dönemsel nitelikte olabilir. Seçimlik cezada sadece sözleşme şartlarının ihlali (aktin ifa edilmemesi veya eksik ifası) cezai şartın konusunu oluşturur. Oysa ifaya ekli cezai şartta, inşaatın zamanında teslim edilip edilmemesi, cezai şartın konusunu oluşturur.⁷²⁵

Yargıtay’ın bazı kararlarında lafzen “ifaya ekli cezai şart” niteliğindeki hükümleri, “seçimlik ceza” olarak da yorumladığı görülmektedir.⁷²⁶ Bu Kararlarda, “daire inşaatı 1 yıl

⁷²³ GÜNAY, s. 78.

⁷²⁴ EKİNCİ, s. 155 ; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 47.

⁷²⁵ “Taraflar arasındaki 12.05.1980 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde geciken her ay için beher daireye 2.500-TL. gecikme cezası ile 12. maddesinde sözleşmeye aykırı hareket halinde 100.000-TL. cezai şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. Görülüyor ki gecikme nedeniyle istenebilecek ceza Borçlar Kanununun 158/2. maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza olmasına karşın, sözleşmenin 12. maddesindeki ceza ise Borçlar Kanununun 158/1. maddesinde sözü edilen seçimlik ceza niteliğindedir. Seçimlik cezanın istenebilmesi için, aktin feshedilmiş olması gerekir. Somut olayda davacı eksik işlerin tamamlanması için talepte bulunmuş olup, mahkemece eksik işler bedelinin ödetilmesine karar verilmiş olmasına göre seçimlik hakkını aktin ifası doğrultusunda kullanmış bulunmaktadır. Öyle ise, feshesine bağlı bulunan seçimlik cezayı isteyemez.”, Y. 15. HD. 18.10.1989, 4097/4315, UYGUR, C II, s. 372.

⁷²⁶ “Keşidecisi davacı yüklenici, lehtar davalı arsa sahibi olan 15.10.1999 vadeli 5 milyar lira bedelli senet metninde " bu senet Ali Şen tarafından tanzim ve imzalanarak Fadıl Sevinç'e teminat olarak verilmiş olup, **daire inşaatı 1 yıl sonra teslim edilmediği takdirde Fadıl Sevinç tarafından işleme konacaktır.**" ibaresi yazılıdır. Görülüyor ki, cezai şart amacı taşıyan bu hükümlerle bir akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bir miktar paranın ödenmesi kararlaştırılmıştır. Bu ceza mahkemenin kabulünün aksine ifaya ekli ceza değil, BK.nun 158/I. maddesinde düzenlenen seçimlik cezadır.”, Y. 15. HD.17.3.2004, 2003/4482, 1486, www.kazanci.com.tr ; “ Yanlar arasındaki 1.9.2000 günlü ek sözleşmenin 6.maddesinde yer alan "belirtilen ... tarihte bitirilmezse bu sözleşmede adı geçen mal sahiplerine 2'şer milyar tazminat ödenecektir..." şeklindeki hüküm BK.nun 158/I.maddesinde düzenlenmesi yapılan seçimlik cezaya ilişkindir.”, Y. 15. HD. 3.3.2003, 2002/4752, 985, www.kazanci.com.tr ; “Yanlar arasındaki sözleşmede yer alan (... şayet verilen süre içinde bu iş tamamlanmazsa iş sahibine 500 milyon

sonra teslim edilmediği takdirde” ; “belirtilen ... tarihte bitirilmezse bu sözleşmede adı geçen mal sahiplerine 2’şer milyar tazminat ödenecektir...” ; “... şayet verilen süre içinde bu iş tamamlanmazsa iş sahibine 500 milyon TL. tazminat ödemeyi kabul ve taahhüt eder” şeklindeki ifadeler, ifanın belirli bir zamanda yapılmaması halinde ödenmek üzere kararlaştırılmış olduklarından, ifaya ekli cezai şart (BK m 158/2) kapsamında kalmaktadırlar Ancak, bu cezanın ifa menfaatine yakın olması durumunda seçimlik ceza olarak nitelendirilmeleri mümkündür. Fakat kararlardan ifa menfaatinin ne olduğu anlaşılamadığından net bir değerlendirme yapılamamaktadır.

Aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça, ifaya ekli cezai şartın istenmesi için, ifayı kabulde (örneğin inşaatın tesliminde) cezai şartı talep hakkının saklı tutulduğunun belirtilmesi gerekirken (BK m 158/2), seçimlik cezai şartı talep bakımından böyle bir zorunluluk yoktur.⁷²⁷ Çünkü, seçimlik cezai şartı talep için ifadan vazgeçilmesi gerekir. Ancak, sözleşme ile seçimlik cezanın aynen ifa durumunda da talep edilebileceğinin kararlaştırıldığı durumlarda, teslimde ihtirazi kayda gerek vardır.

1.1.3.1.4.3 Seçimlik Cezai Şartın Aynı Bir Edim Olarak Kararlaştırılması

Genellikle bazı sözleşmelerde arsa sahibinin haklı nedenlerle sözleşmeden dönmesi halinde o zamana kadar yapılmış inşaatın tamamının bedelsiz olarak arsa sahibine bırakılacağına dair hüküm bulunmaktadır. Yargıtay eski kararlarında bu hükmü geçerli saymaktaydı.⁷²⁸

Yargıtay sonradan görüş değiştirerek, inşaatın bedelsiz olarak arsa sahibine terk edileceğine dair sözleşme hükmünü ahlaka adaba aykırı bulmuştur. Ahlaka adaba aykırılık nedeniyle, böyle bir hüküm geçersiz kabul edilmelidir.⁷²⁹

Oysa, yapılan inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak böyle bir cezai şartın geçerli olup olmayacağı hususu tartışılmalıdır. Eğer inşaatın seviyesi düşükse bu cezai şart aynen veya tenkis edilerek geçerli sayılması kabul edilebilir.

TL. tazminat ödemeyi kabul ve taahhüt eder.) şeklindeki hüküm, BK.nun 158/I. maddesinde öngörülen ceza niteliğindedir.”, Y. 15. HD. 12.11.2002, 2181/5094, www.kazanci.com.tr.

⁷²⁷ KARATAŞ, s. 283.

⁷²⁸ “Sözleşmenin 9. maddesinde “Yüklenicinin herhangi bir sebeple inşaatı yarım bırakması halinde yaptığı iş ve masraflardan hiçbir hak talep etmeyecek, işleri bila bedel arsa sahibine bırakacaktır” hükmü varsa da bu hüküm müteahhidin payına düşen daireleri 3. kişilere geçerli şekilde satmış olması halinde uygulanmaz.”, Y. 15. HD. 18.05.1990, 2007/2293, KOSTAKOĞLU, s. 715; “-“Sözleşme süresi sonunda bitmeyen inşaat nedeniyle, iş sahibinin akti feshetmeye ve sözleşmede ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı üzere, müteahhidin yaptığı inşaatın bedelsiz terkinin istemeye hakkı vardır.”, Y. 15. HD. 29.05.1985, 1840/1879, KOSTAKOĞLU, s. 719.

⁷²⁹ “Yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 4. maddesi uyarınca arsa sahipleri arsa alanının % 37’sini, davalı yükleniciler ise % 63’ünü alacaklardır. Sözleşmedeki % 37 - % 63 paylaşım oranına göre davalı yükleniciler kendilerine isabet edecek bağımsız bölümlerden 9 adedini dava dışı üçüncü kişilere tapuda devretmişlerdir. Davacılar satışı yapılan bu 9 bağımsız bölüm dışında kalan 17 adet villanın kendilerine ait olduğunun tespitini talep etmişlerdir. **Davacılar bu taleplerini sözleşmenin 7. maddesi hükmüne dayandırmış iseler de, "fesih halinde yapımının hiçbir hak talep etmeden inşaatı olduğu haliyle arsa sahibine devredeğine" dair hüküm davalı yüklenicilerin ekonomik yönden mahfına neden olacak nitelikte olduğundan batıldır.**”, Y. 15. HD. 4.7.2008, 2007/3434, 4508, Yargı Dünyası Dergisi, 2008/12, s. 49 vd. Aynı doğrultuda; Y. 15. HD. 18.12.2000, 4004/5556 ; Y. 15. HD. 3.7.2001, 2880/3661, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 10.06.1999, 1658/2437, YKD, 2000/3, s. 405 ; Y. 15. HD. 7.4.1997, 248/1981, UYGUR, C II, s. 618 ; Y. 15. HD. 16.11.1995, 3766/6618, UYGUR, C II, s. 623 ; Y. 15. HD. 24.6.1992, 5216/3281, UYGUR, s. 421.

Doğrudan doğruya böyle bir cezai şartın geçersizliğine hükmetmek sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması demektir. Örneğin inşaatı %5 oranında yapıp sonrada terkeden müteahhit hakkında sözleşmeden dönülmesi durumunda bedelsiz terkle ilgili cezai şartın geçerliliğine karar vermek gerekir. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında bedelsiz terkle ilgili cezai şartın inşaatın geldiği seviye itibarıyla geçerli olamayacağı belirtilmektedir.⁷³⁰

Peki inşaatın hangi seviyesine kadar yapılacak imalat bakımından, bu cezai şart geçerli kabul edilebilecektir ?

Cezai şartın, fahişlik sınırı ve bunun üstünde de iktisaden mahva neden olma sınırı bulunmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan müteahhit, TTK m 12/3 de her çeşit imal ve inşa işleriyle uğraşmak üzere kurulan müesseselerin ticarethane sayılacağı hükmünden hareketle “tacir” niteliğinde olacağından cezai şartın tenkisi gündeme gelmeyecektir. Tacirin iktisaden mahvının sınırı ise, her tacirin ekonomik durumuna göre belirlenecektir. Bu belirlemede esas alınacak en önemli kıstas ise yapılan işin büyüklüğüdür. Yapılan işin büyüklüğü müteahhidin iktisadi gücünün bir göstergesidir. İfaya ekli cezai şartın tenkisi ilgili bölümde de belirttiğimiz üzere, inşaat maliyeti içinde %25 müteahhitlik karı ve genel giderler vardır. O halde iktisaden mahvolmanın alt sınırı, objektif olarak inşaatın %25 lik oranı olarak dikkate alınabilir. Buna göre sözleşmede yer alan bedelsiz terk ile ilgili kayıtlar inşaatın %25 bitim oranına kadar geçerli sayılmalıdır.

İnşaatın bitim oranının %25 den daha yüksek olduğu durumlarda ise cezai şart tamamen geçersiz sayılmayıp, BK m 160 kıyasen uygulanarak, inşaatın %25 lik oranına teakabül edecek şekilde tenkis edilmesi mümkün olabilmelidir. Çünkü, BK m 160/1 de, cezai şartta ilişkin hükümlerin, kısmen yapılan ödemenin, dönme halinde alacaklıya kalması şartını içeren sözleşmeye de uygulanacağı belirtilmiştir. Müteahhidin yaptığı kısmi inşaat, kısmi ödeme gibi düşünülebilir⁷³¹. Aynı sonuca BK m 20/2 den de varabiliriz. Cezai şartın kısmi butlanı mümkündür.⁷³²

Ahlaka adaba aykırı cezai şartın tamamen geçersiz sayılması yerine, hukuka uygunluk sınırına çekilmesi daha doğrudur. Sözleşmenin tüm şartları ve unsurları ile birlikte ayakta tutulması yönünde yorum yapılarak ve tarafların iradesine itibar edilerek sonuca ulaşılması gerekir. Tarafların iradesi sözleşmede cezai şartın yer alması yönünde birleşmiştir. Bu cezai şartın tamamı yerine, emredici kurallara aykırı bölümünün geçersiz sayılması ile tarafların iradesi dikkate alınmış olur.

⁷³⁰ “Yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 10. maddesinde (**inşaatın süresinde teslim edilememesi halinde yapılan imalatın arsa sahiplerine kalacağına**) **dair cezai şart hükmüne yer verilmiş ise de inşaatın getirildiği seviye itibarıyla davalının iktisaden mahvına neden olacağı, ahlaka ve adaba aykırı nitelik de bulunmakla geçersiz olup**, mahkemenin inşaatın davacılar bırakılmasına dair kararı yerinde görülmemiştir.”, Y. 15. HD. 25.4.2007, 2006/2466, 2730 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 4.2.2005, 2004/7507, 505 ; Y. 15. HD. 8.3.2000, 4206/1116 ; Y. 15. HD. 13.1.2005, 2004/2891, 133, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 5.5.1999, 1120/1768, YKD, 1999/11, s. 1555 ; Y. 15. HD. 5.5.1999, 1119/17691, YKD, 2000/1 s. 68.

⁷³¹ Aynı görüşte, AYAN, s. 256, Dipnot 353.

⁷³² EREN, C I, ss. 411-412 ; Cezanın tenkisininin, akdin kısmen iptali sayılabileceğine dair görüş için bkz. Von Tuhr, s. 227

1.1.3.2 Sözleşmenin Feshi (İleriye Etkili Sona Ermesi)+ Her Türlü Zarar Ziyan Talebi

1.1.3.2.1 Kavram Ve Tartışma

Asli edimleri ani edim olan borç ilişkileri ani edimlidir. Borcun ifası sırasında alacaklının ifaya olan çıkarının zaman birimiyle ölçülemeyecek bir an içinde gerçekleştiği durumlarda ani edim söz konusudur. Örneğin alım – satım aktindeki borçlar genelde böyledir.

Borçlar Kanununun diğer hükümleri gibi, temerüdü düzenleyen 106-108. maddeleri de ani edimli sözleşmeler için konmuştur. Bu hükümlerdeki düzenlemeler sürekli sözleşmelerin özelliği ile bağdaşmamaktadır.

Eser sözleşmesine, esere (ani edim sonucuna) kavuşacak alacaklı yönünden değil de, sürekli edimi ile eseri yaratacak müteahhit açısından yaklaşıldığından sürekli sözleşme ilişkilerine özgü hukuksal sonuçlarla karşılaşmaktadır. Özellikle BK m 360, 368, 369, 370 ve 371. maddelerde işin tamamlanmış kısmına değer veren düzenlemeler yer almaktadır.⁷³³

Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibinin tapuda pay geçirim borcu ani bir edimdir. Müteahhidin inşaatı tamamlama borcu zamana yayılmış olduğundan ani bir edim sayılamaz denirse de, müteahhidin borcu teslim anına kadar arsa sahibi açısından ifa değeri taşımayacağından ani edim sayılabilir. Bir örnek vermek gerekirse oto boyacısının arabanın rengini komple değiştirip arabayı teslim etme borcu da zamana yayıldığı halde alacaklının çıkarı bakımından bu süre teslim anına kadar ifa değeri taşımaz. Sözleşmenin konusuna iş görmenin kendisi değil de, sonucu olarak yaklaşılması söz konusudur⁷³⁴.

Ani edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme geriye etkili sonuç yaratır ve sözleşme hiç yapılmamış gibi sonuç doğurur. Taraflar edimlerini iade ederler. Müteahhit bu durumda yaptığı işin bedelini BK m 61 vd. sebepsiz iktisap hükümlerine göre talep eder. Arsa da arsa sahibine üzerindeki bina ile birlikte geri döner.

Bir borç ilişkisinde asli borçlardan en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa, o borç ilişkisine sürekli borç ilişkisi adı verilir⁷³⁵. Kira akti, hizmet akti, ticari mümessillik akti vs. sürekli borç ilişkisine örnek teşkil etmektedir. Bu tür borç ilişkisinde taraflardan en az birinin edim yükümlülüğü sürekli ve bu tarafın zaman içinde devam eden aralıksız bir davranışını gerektirir. Bu asli edim yükümlülüğü, sözleşme devam ettiği müddetçe sürmekte ve alacaklının ifadaki menfaati her an gerçekleşmektedir. Sürekli sözleşme hükümlerinin dönme ile geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması zor ve gereksizdir.⁷³⁶

⁷³³ SEROZAN, Dönme, s. 166.

⁷³⁴ TANDOĞAN, eseri bitirmemiş olan müteahhidin durumunu, şeyi teslim etmemiş olan satıcının durumuna benzetmektedir (TANDOĞAN, BATİDER, 1981/1, s. 30).

⁷³⁵ BUZ, Dönme, s. 319.

⁷³⁶ Dönme ile fesih arasındaki farklar için bkz. YILDRIRIM, Temerrüt, s. 51-52 ; SEROZAN, Dönme, s. 115 vd. ; ÖZ, Dönme, s. 25 vd. ; BUZ, Dönme, s. 80 vd.

Bir örnek vermek gerekirse; bir işçi hizmet akti ile çalıştığı iş yerinden, iş vereninin maaşını ödememesi nedeniyle iş aktini haklı olarak feshederek ayrıldığında, feshin sözleşmenin yapıldığı ilk tarihe (10 yıl öncesine) kadar geriye etkili olarak sonuçlarını doğuracağı kabul edildiğinde, işverenin, işçinin hizmet edimlerini, işçinin de aldığı ücreti iade etmesi düşünülemez.

Aynı şekilde kira sözleşmesinin feshinde kiracının kiralananı kullanma edimi nasıl iade edilecektir ? Aynen iadesi mümkün olmayan zamana yayılmış sürekli edimin değerinin iadesi düşünülebilirse de, bunun mantıksız olacağı şüphesizdir.⁷³⁷

Sürekli sözleşmenin ifasına başlandıktan sonra borçlunun temerrüde düşmesi halinde, sözleşmenin sona erdirilmesi ileri etkili sonuçlar doğurur. Bu durumda borçlunun daha önce yerine getirdiği sürekli edimler geçerliliklerini muhafaza ederler. Alacaklının da bu edimlerin sözleşmede kararlaştırılan karşılıklarını ödemesi gerekir.

Müteahhidin imal borcu bakımından sürekli, müteahhidin teslim ve arsa sahibinin de pay geçirim borcu bakımından da ani edimli borcun söz konusu olduğu kabul edilerek olayın özelliğinin gerektirdiği durumlarda, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi gündeme gelebilmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 25.01.1984 T. 1983/3- 1984/1 K. sayılı kararında “*İstisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş (arsa) sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlığın kural olarak BK 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK. 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi ileri etkili sonuç doğurur*” demiştir.

Ancak taraflar arasındaki sözleşmede, sona ermenin her halde geriye etkili olacağı kararlaştırılmışsa, fesih imkanı bulunmayacaktır.⁷³⁸

1.1.3.2.2 Fesih Şartları

Yargıtay 25.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında “*Olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda*” sözleşmenin sonlandırılmasının ileriye etkili sonuç doğuracağını belirtmiştir. 25.1.1984 tarih ve 1983/3 Esas, 1984/1 Karar sayılı YİBK metnindeki⁷³⁹ varılan bu sonuç için gerekçeler ve bunların değerlendirilmesi şöyle sıralanabilir.

1-İBK, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin

⁷³⁷ Bu konudaki detaylı ve doyurucu açıklamalar için, SELİÇİ, Özer, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976 (Sürekli Borç), s. 32 vd. ve özellikle s. 53, s. 210 vd.

⁷³⁸ YILDIRIM, Temerrüt, s. 57 ; ERMAN, s. 107 ; KOSTAKOĞLU, s. 689 ; “...ancak feshin karar verilirken, tarafların bu konuda sözleşmeye yansıyan iradeleri de gözetilmek gerekir. Anılan sözleşme maddelerinde, yüklenicinin inşaatı yapmaktan vazgeçmesi veya yarım bırakması halinde, kendisine terk edilecek hissenin mal sahiplerine geri verileceği kaydedilmiş olmakla, feshin geriye yönelik sonuç doğurmasının taraflarca kabul edildiğini göstermektedir. Tarafların bu gerçek iradesi doğrultusunda karar verilmelidir.”, Y. 15. HD. 3.12.1986, 894/4099, KOSTAKOĞLU, s. 689.

⁷³⁹ KOSATKOĞLU, s. 774 vd.

iş sahibi tarafından feshi halinde doğacak sonuçların belirlenmesi konusundaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek için verilmiştir.

Kararın içeriği ve karşı oylar birlikte değerlendirildiğinde, İBK'nın kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin işi zamanında bitiremeyerek temerrüde düşmesi ve arsa sahibi tarafından sözleşmeden dönme ile ilgili olarak verildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kararda genel olarak tüm inşaat sözleşmelerinden bahsedilmesi yanlıtıcı olmuştur.⁷⁴⁰

2 -Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde **borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanunu`nda özel bir hüküm yer almamaktadır.** Bu nedenle tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdünü düzenleyen genel hükümler (BK m 106-108) dikkate alınarak sorun çözümlenebileceğinden, ortada kanun boşluğu yoktur.

Borçlar Kanununda sözleşmeden dönme (sözleşmenin geriye etkili sonlandırılması) konusunda bir boşluk yoktur. Ancak, müteahhidin özellikle teslimde temerrüdü durumunda, yaptığı işle orantılı ücret almasına sağlayacak fesih konusunda, kanun boşluğu vardır. İleri etkili sona ermenin şartları ve tasfiyenin gerçekleşme biçimi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.⁷⁴¹

3-Kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığı altında düzenlenen Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi hükmü, kural olarak, bir eserin istenen vasıflara uygun olarak meydana getirilmemesi (yani işin ayıplı tamamlanması) hallerinde, uygulanabilir. İnceleme konusu olaylarda ise, müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmemesi yüzünden temerrüde düşmesi ve yapıyı kısmen tamamlaması söz konusudur. Bu nedenlerle, uyuşmazlık konusu olaylarda **360. maddenin doğrudan doğruya uygulanabileceği yolundaki görüş benimsenmemiştir.**

Burada 360. maddenin kıyas yoluyla uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır. Eğer bu madde kıyas yolu ile uygulanabiliyorsa, Kararın ilerleyen bölümlerinde neden TMK 2. maddesine göre çözüm üretilmiştir? O nedenle Karardaki "doğrudan doğruya" ibaresi "kıyas yoluyla" şeklinde anlaşılmalıdır.⁷⁴²

4 - Borçlar Kanunu'nun 358. maddesi genellikle iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline ilişkindir. Bu nedenle, içtihadı birleştirmeye konu **olayda 358. maddenin uygulanabileceğini kabul etmek de mümkün değildir.**

Sadece teslim zamanı gelmiş inşaatlar bakımından değerlendirme yapılarak, Kararın kapasasının daraltılması doğru olmamıştır.

5 - Borçlar Kanunu`muzda (özellikle 106-108. maddelerde) **borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir.**

6-İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa 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**

⁷⁴⁰ DOĞANAY, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 14-15 Şubat, 1986 (Sempozyum), s. 104.

⁷⁴¹ SELİÇİ, Sürekli Borç, s. 114.

⁷⁴² SUNGURBEY, YHD, 1984/6, ss. 782-783.

yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir.⁷⁴³ **O halde, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır.** Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Sonuçta, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı durumla karşılaşılmaktadır. **Aynı mesele hakkındaki bu zıt kurallar birbirini karşılıklı olarak yok eder ve böylece örtülü bir kanun boşluğu oluşur.**

İnşaat ve kat karşılığı inşaat sözleşmeleri edimin ifası bakımından “geçici-sürekli karmaşığı” nitelikte değildir. Bundan neyin kast edilmek istendiği anlaşılammamaktadır. Sürekliliği geçici bir sözleşmenin varlığını söz konusu? O zaman “karmaşığı” ile ifade edilmek istene ne? Sanırım, “geçici” ile kast edilen “ani” olmaktadır⁷⁴⁴. Arsa sahibinin tapuda pay geçirim borcu ile müteahhidin eseri teslim borcu ani bir edimdir. Müteahhidin sözleşmeye uygun imal borcu ise, sürekli niteliktedir. Ancak bu imal sürekliliği, teslim süresine kadar devam etmektedir. Bir başka anlatımla imalatın yapımı belli bir süre ile sınırlanmıştır. O halde kat karşılığı inşaat sözleşmeleri “sınırlı sürekli ve ani karmaşığı” nitelikte kabul edilmelidir.

7 -Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır.

Yapının tamamlandığı kısmının kapsamının hangi dereceye ulaştığında, BK m 106-108 hükümlerinin uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olacağı kararda açıklanmalıydı⁷⁴⁵. Kararda hiçbir somut olay ve orandan bahsedilmemesi, kararın yol göstericiliğini olumsuz etkilemiştir. Bu konuda yaratılan belirsizlik nedeniyle, uygulamada uzun süre, feshi hangi inşaat seviyesinde karar verilebileceği konusunda çelişkiler yaşanmıştır.

Müteahhidin dönme durumunda sembolik karşılıkla yetinmek zorunda kalacağına dair görüş de uygulamada gerçeği yansıtmamaktadır. Resmi taahhüt işlerinde müteahhitlik karı %10 olarak dikkate alınmaktadır. Kusuru ile temerrüde düşen ve inşaatı tamamlayamayan müteahhidin bu %10 luk kardan mahrum kalacak şekilde imalat bedelini almasında hakkaniyete aykırı hiçbir durum yoktur⁷⁴⁶. Esasen müteahhide yaptığı işle orantılı ücret verilmesi, kendi kusuruna dayanarak kar elde etmesi sonucunu doğurduğundan hakkaniyete aykırıdır⁷⁴⁷.

⁷⁴³ SELİÇİ, Sürekli Borç, s. 26.

⁷⁴⁴ SELİÇİ, Sürekli Borç, ss. 4-5 ; SEROZAN, Dönme, s. 162 ; ERMAN, s. 97.

⁷⁴⁵ AYAN, ss. 276-277, Sayın Yazar, “Bunun teorik olarak baştan belirlenmesi mümkün olmamakla birlikte, öncelikle bütün bağımsız bölümlerin birbirinden fiilen ayrılabilir kadar ortaya çıkması, ayrıca inşaatın amaca uygun olarak fiilen kullanılabilmesi için ufak tefek eksikliklerle tamamlanmış olması ve iş sahibinin yeni bir yüklenici bularak inşaatı mevcut haliyle tamamlatmasının onun bakımından zorluk oluşturmayacağı anlaşılan durumlar” olduğunu ifade etmektedir.

⁷⁴⁶ Benzer görüşte, TANDOĞAN, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 14-15 Şubat, 1986, (Sempozyum), s. 101.

⁷⁴⁷ Benzer görüşte, TANDOĞAN, YHD, 1982/4, ss. 497-499 ; Aksi görüşte, SUNGURBEY, bu adaletsizliğin, müteahhidin kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu tutulmasıyla giderilebileceği düşüncesindedir (SUNGURBEY, YHD, 1983/1, s. 23 ; YHD, 1982/6, s. 764).

8- Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (Bk. m. 98/2, 43.). BK 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar giderilmelidir.

Hakkaniyete aykırı sonuçların ne olduğu kararda açıklanmamıştır. Arsa sahibine ödenecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde kusur durumunun dikkate alınacağı tabiidir. Ancak kusurlu müteahhide sözleşme ile kararlaştırılan karşılığın verilmesi, kendi kusuruna dayanarak hak elde etmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle kısmi imalatın bedelinin hesabında kusur durumunun dikkate alınması gerekir.

9-Adalete aykırı sonuçlar, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyumsuzluğun yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyumsuzluğa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkileride olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir.

İleriye etkili feshin sonucunda, **mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.**

Olayın niteliği ve özelliğine göre haklılığın hangi kıstaslara göre belirleneceğinin kararda net bir biçimde gösterilmemiş olması, bu konuda karışıklığa neden olmaktadır. Ayrıca sözleşmeyi sonlandıran arsa sahibi bunun dönme ya da fesih niteliğinde olacağını kestiremediğinden, hukuki güvenlik ve istikrar bakımından da sakıncalar ortaya çıkmaktadır.

Bundan başka, “müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlar” ile ne kast edildiği anlaşılmamaktadır. İçtihat yoluyla kabul edilen feshin hukuki sonuçlarının daha açık olarak belirtilmesi gerekirdi.

Olayın niteliği ve özelliğinin haklı olup olmadığının tespitinde en önemli kıstas inşaatın bitim oranıdır.

İnşaatın hangi oranda bitirildiğinde, fesih yoluna başvurulabileceği kararda belirtilmediği için, bu oran konusunda somut gerekçeli olmayan bir çok karar vardır. Örneğin;

-Tevhidi içtihadı konu olan davada inşaat %85 oranında yapılmış ve bu oran fesih nedeni sayılmıştır.⁷⁴⁸

⁷⁴⁸ KOSTAKOĞLU, s. 687, Ancak Tevhidi İçtihat Kararında bu husustan bahsedilmiyor.

-YHGK 27.1.1988 T. 1987/15-509, 48 sayılı ve Y. 15. HD. 01.12.1986 T. 436/4040 sayılı kararında bu oranı %65⁷⁴⁹,

-Y. 15. HD. 24.09.1991 T. ve 1993/4323 sayılı kararında bu oranı %69⁷⁵⁰,

-Y. 15. HD. 27.9.1989 T. 989/3881 sayılı⁷⁵¹ ve Y. 15. HD. 16.09.1991 T. 1166/ 4123 sayılı kararında bu oranı %70⁷⁵²,

-Y. 15. HD. 10.10.1991 T. 1446/ 4707 sayılı kararında bu oranı %75⁷⁵³,

olarak belirlemişken,

-Y. 15. HD. 19.06.1996 T. 3158/3503 sayılı kararında %70 oranının⁷⁵⁴,

-Y. 15. HD. 14.12.2000 T. 2000/3809 – 5517 sayılı kararında %70,8 ve %74,7 oranlarının,⁷⁵⁵

-Y. 15. HD. 1.10.2004 T. 4730/4801 sayılı Kararında %77 oranının⁷⁵⁶,

-YHGK 04.04.2001 T. 14-288/ 330 sayılı kararında %81 oranının,

-Y. 15. HD. 10.3.2003 T. 492/1152 sayılı Kararında %82,03 oranının,

-Y. 15. HD. 12.12.1997 T. 3723/5352 sayılı Kararında %83 oranının,

- Y. 15. HD. 10.3.2004 T. 4328/1320 sayılı Kararında % 86 oranının⁷⁵⁷,

fesih için yeterli olmadığı belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi hangi bitim oranı ve şartlar dikkate alınarak feshin oluşacağı konusunda tartışma yaşanmıştır. 1995 yılından sonra Yüksek Mahkemenin istikrarlı olarak fesih için en azından % 90 lık bir tamamlanma oranını aradığı ifade edilmektedir⁷⁵⁸.

⁷⁴⁹ KOSTAKOĞLU, s. 688.

⁷⁵⁰ KOSTAKOĞLU, s. 688.

⁷⁵¹ KARAHASAN, İnşaat, C II, ss. 1949-1950.

⁷⁵² KOSTAKOĞLU, ss. 794-795.

⁷⁵³ KOSTAKOĞLU, s. 794.

⁷⁵⁴ YKD, 1997/2, s. 237.

⁷⁵⁵ YKD 2001/6, s. 875.

⁷⁵⁶ Yargı Dünyası Dergisi, 2005/5, ss. 116-117.

⁷⁵⁷ KARATAŞ, ss. 386-387.

⁷⁵⁸ AYAN, s. 291, Dipnot 507 ; KARATAŞ, s. 381 ; ERMAN, s. 107 ; "...akdin 25.1.1984 tarih ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ileriye ya da geriye etkili biçimde feshinin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ve davacı Mustafa'nın 4 nolu daire ile ilgili tapu iptal talebinin kabulüne ve yine 3 nolu daire ile ilgili mahkemece belirlenen bedele hükmedilmeli ve böylece akit ileriye etkili şekilde fesih ve tasfiye olunmalıdır.", Y. 15. HD. 4.2.2005, 2004/7507, 505 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 14.1.2004, 2003/3057, 88 ; Y. 15. HD. 12.12.1997, 3723/5352, www.kazanci.com.tr.

Feshin gerçekleşmesi için inşaatın objektif olarak belirli bir orana gelmesi şartının getirilmesi, uygulamada birlik ve istikrar sağlanması bakımından gereklidir.⁷⁵⁹ Buna göre sözleşmeyi feshetmek isteyen taraf, bu iradesini açıklamadan önce, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırarak inşaatın bitim oranını belirleyip, dönme iradesinin sonuçlarını önceden görebilmelidir.

Ancak bazen olayın özelliği ve niteliğinin özellikle dikkate alınması gerektiği koşullarda, bunun somut gerekçelerinin kararda gösterilmesi şartıyla bu oranın altına inmek mümkün olmalıdır.

Olayının özelliği ve niteliğinin dikkate alınması gereken durumlardan önemli bir tanesi de blok veya ayrı parseller halinde yapılan inşaatlardır. Blokların durumu ve paylaşım şekline göre fesih ya da dönme hükümlerinin uygulanması söz konusudur.⁷⁶⁰

Örneğin iki adet parselde kat karşılığı inşaat yapılacaktır. 1 nolu parseldeki bloğun tamamı arsa sahibi 2 nolu parseldeki bloğun tamamı da müteahhide ait olacaktır. Arsa sahibine ait blok %90 oranında tamamlanmış ancak müteahhidin bloğu %10 seviyesinde, tüm inşaatın (her iki bloğun) bitim oranı da %50 ise, burada da somut olayın özelliğine göre feshe karar vermek gerekecektir. Çünkü müteahhit arsa sahibine kalacak parseldeki binayı tamamlamış olsaydı, kendisine kalacak diğer parselde hiçbir imalat yapmamış olsa dahi bu

⁷⁵⁹ AYAN, İnşaatın büyüklüğüne göre değerlendirme yapıldığında böyle bir kabulün her zaman hakkaniyeti sağlamayacağını ifade etmiştir. Yazara göre, 2 kat ve toplam 4 bağımsız bölümü kapsayan bir sözleşme ile 10 kat ve 40 bağımsız bölümden oluşan bir sözleşme bir tutulamaz. Aralarında çalışma süresi ve yapılan harcama bakımından çok büyük fark olan her iki inşaat bakımından aynı seviyenin feshine neden olması hakkaniyete aykırıdır (AYAN, s. 294). İnşaat büyüklüğünün ileri etkili sona ermede dikkate alınması mümkündür. Ancak, kanımca bu büyüklük aşırı derecede olduğu zaman ileri etkili sona ermeyi sağlayan oran aşağı çekilmelidir. Örneğin 500 veya 1000 konutluk bir işte, feshi gerektirecek seviye daha düşük kabul edilebilir. Bunun dışında, yapılan işin büyüklüğüne göre müteahhidin iktisadi seviyesinin, üzerine aldığı risk ve kazancın da daha büyük olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Olağanüstü durumlar olmadıkça, toplam 4 daire inşaa edecek müteahhit ile 40 daire inşaa edecek müteahhidin iktisadi varlığı ve konumu bir tutulmamalıdır.

⁷⁶⁰ “Olayda davalı inşaatın tümünü tamamlamıştır. Akdin ileriye etkili şekilde feshedilebilecek bir seviyeye getirilip getirilmediği de araştırılmamıştır. Çünkü tüm incelemeler genelde A ve E Bloklar üzerinde yoğunlaştırılmış arsa sahiplerine ait diğer Blokların tamamlanma oranı üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle mahkemece; arsa sahiplerine ait Bloklara ait parsellerin müstakil ve bu parsellerde yükleniciye ait Blok bulunmadığı da gözetilerek ve masrafı davalı kooperatiften alınarak, 10715 ada 04 parseldeki üç Blok (krokide A, B, C) ve 10714 ada 09 parseldeki 5 adet Blokun (A, B, C, D, E) tümü üzerinde yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak bu iki parseldeki yapılaşmanın tamamına göre, E Blok inşaatı hiç yapılmamış kabul edilerek gerçekleşen fiziki oranın saptanması, bu oran saptanırken diğer bloklardaki eksik imalat ile, E Blok inşaatının yıkımı masraflarının da eksik iş kapsamına alınması, böylece oran belirlendikten sonra (kooperatife ait inşaatların, arsa sahiplerine ait inşaatların iskan ruhsatı almasına etkisi varsa o inşaatların da seviyede dikkate alınması-yoksa alınmaması) suretiyle tarafların durumu, olayın haklılık gösterip göstermediği de irdelenip akdin ileriye etkili feshini haklı gösterecek bir durum varsa akdin ileriye etkili şekilde feshine, aksi takdirde kooperatifin yaptığı imalatın bedelini alabileceği gözetilerek ve hapis hakkı bulunduğu da dikkate alınarak sözleşmenin geriye etkili feshine karar verilmeli, bu takdirde yani ileriye etkili fesih halinde yüklenicinin alamayacağı tapu miktarı (hisse de) belirlenmelidir.”, Y. 15. HD. 1.6.2005, 2004/5492, 3361, www.kazanci.com.tr ; “Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre iki ayrı parsel üzerinde yapılacak iki blok halindeki inşaatlardan müteahhide isabet edecek blokun tamamlanmış olmasına karşın, arsa sahibine ait blokun %36 oranında tamamlanmış ve sözleşme süresi de sona ermiş bulunmakla temerrüde düşürülen müteahhit hakkında aktin feshi; olayın özelliğine ve arsa sahibine ait blokun %36 oranında yapılmış olmasına göre geriye etkili sonuç doğurur.”, Y. 15. HD. 30.01.1990, 1989/5139, 267, KOSTAKOĞLU, ss. 794-797 ; “Bir bütün teşkil eden eser sözleşmesi ile davacı taraf 96 ve 97 parsellerde iki ayrı blok yapmayı üstlenmiş ve 96 parseldeki inşaatı tamamlamış, 97 parseldeki inşaat ise bilirkişi raporuna göre, %70,5 seviyesine kadar yapılmıştır. İnşaat bir bütün olarak nazara alınıp, 96 parseldeki inşaatın tümünün tamamlandığı da göz önünde tutulunca müteahhidin ediminin büyük bir bölümünü yerine getirdiğini kabul etmek gerekir. O halde tevhide içtihat kararı uyarınca olayın niteliği ve özelliği itibarıyla, sözleşmenin ileriye dönük bir biçimde feshedildiğinin kabulü zorunludur.”, Y. 15. HD. 05.02.1991 T. 4862/421, UYGUR, C II, ss. 601-603.

parselin mülkiyetine hak kazanmış olacaktır. Ancak Yargıtay'ın tüm blokların seviyesinin dikkate alınması gerektiği doğrultusunda da eleştiriye açık Kararı vardır.⁷⁶¹

Müteahhidin kendisine ait bloktaki bağımsız bölümleri tamamlayıp arsa sahibine kalanları yarım (örneğin %50 seviyesinde) bırakması durumunda, arsa sahibinin talebi ile bitmiş bloktaki bağımsız bölümlerin kendisine verilmesi ile tasfiye sağlanabilir. Aynı şekilde, birden fazla blok yapının söz konusu olduğu sözleşmelerde, bloklardaki bağımsız bölüm paylaşımı karışık olarak yapılsa bile, arsa sahibi kendisine kalacak bağımsız bölümlerin bitirilmiş bloğa kaydırılmasını isteyebilir. Müteahhide kalan bağımsız bölümlerin tamamlanıp, bu bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılması ve bu kişilerin de satın aldıkları bağımsız bölümleri fiilen kullanmaya başlamaları durumunda, fesih (ileri etkili sona erme) gündeme gelebilir.⁷⁶²

Olayın özelliği ve niteliği bakımından, tarafların kusur durumu da önemlidir. Örneğin, sözleşmenin feshinde arsa sahibi tamamen kusurlu ise, inşaatın seviyesi daha düşük olsa bile, müteahhidin fesih talebine değer verilebilir.⁷⁶³

Gerçekten, BK m 371 de müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlamadığı hallerde kendisine yaptığı işle orantılı ücret verilebiliyorken, arsa sahibinin kusuru ve temerrüdü ile işe devam edemediği durumlarda evveliyetle orantılı ücret verilebilmelidir.⁷⁶⁴

Olayın niteliği ve özelliğinin gerektirdiği bir durum da, arsa sahibinin ileriye yönelik fesih talebinde bulunmasıdır. Arsa sahibinin talebinin olması durumunda, inşaatın seviyesinin çok düşük olmaması şartıyla, yapılan imalatın bedeline karşı gelen arsa payının müteahhide devri ile tasfiyenin gerçekleşmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.⁷⁶⁵ Feshe imkan tanıyan İçtihadı Birleştirme Kararı, müteahhitleri koruma amacına yönelik çıkarılmıştır. Kararda aynen;

-“Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kasamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin

⁷⁶¹ “ Dava, kat karşılığı eser sözleşmesinin feshi ve davalıya devredilen tapu kayıtlarının iptali için açılmış, mahkemece inşaatın %95 oranında tamamlandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa dosya kapsamı ve mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporlarına göre arsa sahiplerine verilecek dairelerin bulunduğu blokun tamamlanma seviyesi %95 olup bu oran tespit edilirken diğer bloktaki inşaatın seviyesi hiç nazara alınmamıştır. Bu nedenle mahkemece, işin devam ettiğine ilişkin iddialarda dikkate alınarak ve yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan mahallinde keşif yapılmak suretiyle tamamlanma oranı işin tamamı üzerinden hesaplatılarak bu seviyeye göre olaya 25.1.1984 gün 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanarak aktin ileriye etkili biçimde feshinin hakkaniyet kurallarına uygun bulunup bulunmadığının tartışılması ...”, Y. 15. HD. 7.5.2001, 548/2453, www.kazanci.com.tr.

⁷⁶² “...mahkemenin akdin geriye etkili şekilde feshine karar vermesi kural olarak yerinde bulunmaktadır. Ne var ki yapılan inşaatı çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında akdin ileriye etkili fesih şartları da araştırılmalıdır.”, Y. 15. HD. 9.2.2006, 2005/6533, 618, www.kazanci.com.tr.

⁷⁶³ “Olayda; akit, yüklenicinin değil, bizzat arsa sahibi olan kooperatifin kusuruyla bozulmuş ve kusur durumu kesinleşmiştir. Anılan içtihadı birleştirme kararıyla yüklenicilere tanınan imkân, kusuru bulunmayan yüklenicilerin akdinin bozulması durumunda da her halükârda kabul edilmelidir.”, Y. 15. HD. 25.6.1998, 1591/2793, www.kazanci.com.tr.

⁷⁶⁴ YILDIRIM, Temerrüt, ss. 80-81, 83 ; ÖZ, ss. 220-221 ; GÜRPINAR, s. 107 ; Benzer görüşte, SELİÇİ, Sürekli Borç, ss. 36-37.

⁷⁶⁵ AYAN, ss. 274-277, 292.

kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (Bk. m. 98/2, 43.) Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?"

denilmek suretiyle, müteahhidin sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalmasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ancak uygulama, söz konusu Karardaki belirlemeye aykırı bir şekil almış, adeta geriye etkili fesih müteahhitlerin lehine bir duruma sebebiyet vermiş, hatta müteahhitler açıkça sözleşmenin geriye etkili olarak sonlandırılmasını talep eden davalar açmaya başlamışlardır. Şöyle ki; dönmede, müteahhidin yaptığı kısmi imalatın değeri, Bayındırlık Birim Fiyatları dikkate alınarak belirlenmektedir. Bundan % 10 civarındaki müteahhitlik karı düşüldükten sonra bulunan değer, müteahhidin masrafını karşılamakta ve müteahhidi mağdur etmemektedir. Tüm bunlara, Yargıtay'ın dönmede uyuşmazlık halinde, bu konudaki kararın kesinleştiği tarihler itibarıyla imalatın bedelinin belirleneceğine dair kararları ile bedel ödenmediği sürece müteahhidin imalat üzerinde alıkoyma hakkını kullanma imkanı eklendiğinde, müteahhitler, dönmeyi tercih etmeye başlamıştır. Genelde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahiplerinin inşaat yapacak sermaye ve imkanlarının olmaması söz konusudur. Böyle bir imkana sahip olsalardı, arsalarına binayı kendileri yapar veya yaptırırlardı. Dolayısıyla dönme, imalat bedelini ödeme imkanı olmayan arsa sahipleri bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Böylelikle, kusuru ile temerrüde düşen ve inşaatı yarım bırakan müteahhit adeta ödüllendirilmektedir. Bunu dikkate alan Yüksek Mahkeme, inşaatın seviyesinin düşük olduğu durumlarda dahi arsa sahibinin fesih beyanına öncelik tanıyarak, hakkaniyete aykırılığı gidermeye çalışmıştır.⁷⁶⁶

İnşaat çok büyük oranda teslim alınabilecek seviyeye gelmiş ve eksikliklerin bedeli de fazla değil ise fesih söz konusu olmaz. Örneğin müteahhide kalan bağımsız bölümlerin her biri 200.000-TL değerinde olmasına rağmen ayıplı-eksik iş bedeli 5.000-TL ise bunun arsa payı olarak verilmesi, bağımsız bölüme küçük bir hissennin sokulmasına, dolayısıyla da, taraflar arasındaki uyuşmazlığın boyutunu artmasına neden olacaktır.

-“Davalı arsa sahipleri, bu davalarında sözleşmenin 4. maddesinde hükme bağlanan toplam 990.000.000-TL. ceza ve 6. madde ile kararlaştırılan kira parası alacaklarının tahsilini ayrıca inşaat sözleşmesinin feshini istemiştir. HUMK. nun 72. ve 74. maddeleri hükümlerince hakim iki taraftan birinin talebi olmadan re’sen bir davayı tetkik halledemeyeceği gibi iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olup fazlasına veya başkaca bir şeye hüküm veremez. Yapıtılan bilirkişi incelemesine göre inşaatın gerçekleşen fiziki oranı %93.75’ tir. Eser bu oran itibarıyla reddedilmeyecek düzeydedir. Davacı arsa sahipleri kalan kısımların tamamlanması için gerekli bedelin ödetilmesini talep edebilirse de, ulaşılan seviyeye göre sözleşmenin ileri etkili olsa bile feshi mümkün değildir. Bu bakımdan mahkemece 24.11.1993 günlü sözleşmenin feshine karar verilmesi ve bunun sonucu olarak da saptanan eksiklikler tutarına karşılık 13 nolu bağımsız bölümün davacı arsa sahiplerine bırakılması HUMK.’nun 72

⁷⁶⁶ “Dava konusu olayda; inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılmamaktadır. Dairemizin içtihatlarına göre ileriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılamayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne varki davacı kendi istemiyle ileriye etkili feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir. Şu hale göre, ileriye etkili feshin sonuçları dikkate alındığında davacı arsa sahipleri, yüklenicinin işi geciktirmesinden doğan kira alacaklarını-ileriye etkili fesih istemine rağmen içtihadı birleştirme kararı uyarınca-talep edebileceklerdir.”, Y. 15. HD. 7.4.2004, 2003/4795, 1968 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 4.7.2008, 200773434, 4508, www.kazanci.com.tr.

ve 74. maddelerine aykırı olmuştur. Öte yandan davacılar 21.01.1997 günlü ihtarlarda gecikme cezasına ilişkin 724.000.000-TL. nin 10 gün içinde ödenmesini istediklerinden anılan ihtarın davalıya tebliğ tarihi araştırılarak buna 10 gün ilavesiyle 724.000.000-TL. bakımından davalı ancak bu tarihte direngen duruma düşeceğinden bu tarihten, kalan ve kira parası alacağı yönünden ise dava tarihinden, geçerli faiz yürütülmesi gerekirken her iki alacağa 24.06.1996 tarihinden faiz yürütülmesi de yanlıştır.”⁷⁶⁷

Yukarıdaki Kararda inşaatın seviyesinin %93,75 olmasının feshe dahi neden olmayacağını belirtilmesinin gerekçesi tam olarak açıklanmış değildir. Genel olarak feshi talep için en az %90 bitim oranı aranırken, %93,75 bitim oranının arsa payı verilmek suretiyle feshe dahi imkan tanımadığını kabul etmek, oranı adeta bir sayıya (%90 a) sabitlemek anlamına gelmektedir. Yukarıdaki Kararda bakiye %6,25 lik kısmın, müteahhide kalan bağımsız bölümün değerinin küçük bir kısmına karşı geldiği düşünülmektedir.

Eser teslim alınmış cezai şart alacağı ve nama ifa istenmişse artık fesih istenemez.⁷⁶⁸

1.1.3.2.3 Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinde Feshin Gerçekleşme Biçimi

Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshinde müteahhit inşaatı yaptığı oranda arsa payına hak kazanmaktadır. Bir başka anlatımla, müteahhit yaptığı işin (inşaatın) karşılığını kendisine kalacak bağımsız bölümlerin hepsi olarak değil de, inşaatın gerçekleşme oranına tekabül eden kadarını arsa payı olarak alacaktır.

Örneğin tüm dairelerin arsa payları eşit 30 dairelik bir inşaatın, 10 dairesi arsa sahibine, 20 dairesi de müteahhide kalacaktır. Arsa sahibi sözleşmeyi feshettiğinde inşaatın gerçekleşme oranı inşaatındaki noksan ve ayıplı işler dikkate alınarak %90 oranında tespit edilmişse, müteahhide kalacak 20 daireden $20 \times \%90 = 18$ dairenin arsa payları müteahhit adına tescil edilecektir.⁷⁶⁹

Arsa payı – inşaat ayrımına giderek soruna yaklaştığımızda da aynı sonuca varırız. Arsa sahibi 10 dairenin inşaatı (imalatı) için 20 dairenin arsa payını devir etmektedir. Ancak kendisine kalan 10 adet daire inşaatındaki %10 eksiklik, $10 \times \%10 = 1$ adet daire inşaatına tekabül etmektedir. 10 adet daire inşaatı için, 20 adet dairenin arsa payı devrediliyorken, eksik bırakılan 1 adet daire inşaatına, 2 adet dairenin arsa payı karşılık gelecektir.

Burada, sözleşme ile müteahhide kalıp da, arsa sahibine eksik yapılan imalat nedeniyle bırakılan 2 bağımsız bölümün arsa payı tapusu içinde, inşaat (imalat) bedelinin de yer aldığı bunun da arsa sahibinin fazladan zenginleşmesine neden olduğu dikkate alınmalıdır. Ancak uygulam ve Yargıtay Kararlarında bu hususun dikkate alınmadığı görülmektedir.

⁷⁶⁷ Y. 15. HD. 21.10.1999, 2473/3735, YKD, 2000/4, s. 570.

⁷⁶⁸ Y. 15. HD. 10.4.2003 5492/1866, KARATAŞ, ss. 425-426.

⁷⁶⁹ KARATAŞ, s. 383 ; SUNGURBEY, YHD, 1982/2, s. 186 ; “İleriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalatın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir. Dava konusu olayda kararlaştırılan bedel (arsa tapusu) ve buna tekabül edecek bağımsız bölümler olduğundan, yüklenici işi tamamen ifa etseydi alabileceği bağımsız bölüm (haliyle isabet eden tapu), işin yüklenici tarafından terkedildiği seviyesine oranlanarak bulunacak fiziki orana denk gelen bağımsız bölüm ve tapusudur. Yani işin eksik bırakıldığı oranda yüklenici tapu almaya hak kazanamayacaktır. **Bir örnek verilerek gerekirse işi tamamlayacak yüklenici on adet bölüm alacak ise ve yüklenici işi terkettiğinde yaptığı işin tamamı tüm işin % 80'i ise bu halde ileriye etkili fesihte yüklenici 8 adet bölümün tapusuna hak kazanmış olacaktır.**”, Y. 15. HD. 7.4.2004, 2003/4795, 1968, www.kazanci.com.tr.

O yüzden, 2 adet bağımsız bölümün inşaat bedelinin müteahhide ödenmesi veya arsa payı değeri ile mahsubunun yapılması gerekir. Daha da somut olarak anlatmak gerekirse, arsa sahibine kalacak 10 dairenin bir blokta, müteahhide kalacak 20 dairenin de diğer bir blokta toplandığını varsayalım. Müteahhit kendi bloğuna hiç inşaat yapmayıp, arsa sahibine ait bloktaki bağımsız bölümleri tamamlasa, kendisine 20 adet dairenin arsa payı devredilecektir. Arsa sahibine ait blok %90 seviyesinde iken, sözleşmenin feshi halinde, müteahhide 18 dairenin arsa payı tapusu verilecektir. Fakat, aynı durumda, müteahhide kalan 20 dairelik blok inşaatına başlanıp, inşaatın seviyesi yükseldikçe, arsa sahibinde kalan 2 adet arsa payına bağlı inşaatın bedeli de arsa sahibinin malvarlığında nedensiz bir artış yaratacaktır.⁷⁷⁰

Başka bir örnekle biraz daha somutlaştıralım. Arsa sahibine 10 adet villa, müteahhide 20 adet villa kalacaktır. Yatayda kat irtifakı da kurulmuştur. Arsa sahibine ait 10 adet villanın ortalama seviyesi %90 iken sözleşme feshedilmiştir. Arsa sahibi, müteahhide kalan ancak inşaatına hiç başlanmamış 2 adet villanın arsa payı tapusunu uhdesinde bırakacaktır. Ancak müteahhide kalan villaların önceden ve tamamen bitirilmiş olması durumunda ne olacaktır? İşte bu halde, arsa sahibinin kendisine kalan 2 adet villanın arsa payına denk gelen inşaat bedelini müteahhide ödemesi veya bu villaların arsa payı bedelinden mahsup etmesi gerekir. Görüldüğü gibi arsa sahibi ile müteahhidin paydaş kalarak tasfiyeyi sağlayan feshin uygulaması sorunludur.

Burada, inşaatın seviyesi ile kast edilenin, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin, ortak alanlar daki eksiklikler de dikkate alınarak belirlenen seviyesi olduğu unutulmamalıdır. Örneğin 30 dairesel bir binada arsa sahibine kalan 10 adet dairenin mevcut durumu ile ortak alanların durumu dikkate alınacaktır. Müteahhide kalan dairelerin içlerinin tamamen bitmiş olması ya da arsa sahibine kalanlardan daha eksik durumda bulunmasının bir önemi olmayacaktır.

Hangi bağımsız bölümlerin verileceği konusunda seçim hakkı, kusurlu müteahhit yerine, arsa sahibine tanınarak bu konudaki ihtilaf⁷⁷¹ çözümlenmelidir. Ancak, çekişmenin boyutunun daha da artmaması için, önceden müteahhide tapuda devri yapılmış veya müteahhit tarafından üçüncü kişilere satılarak bunların tasarrufuna bırakılmış ya da bitim seviyesi daha fazla olan bağımsız bölümlerin müteahhide öncelikle verilmesi gerekir.⁷⁷² Bu gibi durumlarda hakim taktir hakkı (BK m 43) gündeme gelecektir. Bağımsız bölümler

⁷⁷⁰ Eğer imar durumu daha müsait hale geldiği için müteahhit, 10 yerine 15 daire arsa sahibine, 20 yerine 30 daire de kendine yapıp bitirseydi, müteahhide verilecek 30 dairenin arsa payı, bu dairelerin inşaatını da kapsayacaktı. Aynı şekilde imar durumundaki menfi değişim nedeniyle, arsa sahibine 5, müteahhide 10 daire kalsa ve bunlar bitirilseydi, arsa sahibinin eksik arsa payı vermesi gündeme gelmeyecekti. Dolayısıyla tam olmak şartıyla fazladan veya azalmış ifade, bağımsız bölüm sayısı değiştiğinden ve arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin inşaatı tamamen bittiğinden, müteahhide kalacak bağımsız bölümlerdeki inşaatın seviyesinin bir önemi kalmamaktadır. Fakat, **bağımsız bölüm ve buna bağlı inşaat sayısı değişmeksizin**, arsa sahibine yapılan eksik ifade, eksik olarak verilecek arsa payları içinde bu paylara tekabül eden inşaatın da girmesi nedeniyle, denkleştirme yapma zorunluluğu doğmaktadır. Bir başka anlatımla, inşaat seviyesinin azalması, bağımsız bölümlerin, dolayısıyla da, inşaat sayısının azalması anlamına gelmemektedir. Somut örnekte, inşaatın seviyesinin %90 olması nedeniyle toplam inşaat-bağımsız bölüm sayısı da $90 \times 30 = 27$ olmamaktadır. Seviye %90 olmasına rağmen bağımsız bölüm sayısı ve inşaatı yine 30 dur. Arsa payı 30 bağımsız bölüm üzerinden belirlenmiş ve 30 bağımsız bölüme ait inşaat mevcutken, yapılan inşaat 27 bağımsız bölüme karşı gelmektedir. Bundan dolayı, iade oluncak arsa payı içindeki inşaat bedelinin ayıklanması zorunluluğu bulunmaktadır. Teorik olarak inşaat sayısının azalması ve buna bağlı olarak da inşaat bedelinin dikkate alınmaması söz konusu olabilir. Örneğin arsa sahibine yapılacak 10 villanın genel seviyesinin %90 olması veya 10 villadan 9 unun tamamen bitmiş olmasına rağmen birinin hiç yapılmaması olması ve müteahhide kalan 2 villadan da 2 sinin hiç yapılmaması durumunda, arsa sahibi bu iki villanın arsa payını kendisinde tutarak ve hiçbir inşaat bedeli ödemeksizin feshi sağlayabilir.

⁷⁷¹ TANDOĞAN, Sempozyum, s. 102.

⁷⁷² Benzer görüşte, YILDIRIM, Temerrüt, s. 81.

belirtilmeksizin verilen kararın doğrudan infazı mümkün olmayacağından, paylaşım şekli kararda yer almalıdır.⁷⁷³

Arsa sahibinin gecikme tazminatı, cezai şart gibi tüm alacak ve zararları da dikkate alınarak müteahhide verilecek arsa payı belirlenmelidir. Aksi halde sadece yapılmayan iş dikkate alınarak belirlenen arsa payına, diğer alacaklar için arsa sahibinin haciz koyup, bunları paraya çevirmek zorunda bırakılması usul ekonomisi ile bağdaşmayacağı gibi, çekişmenin de boyutunu arttıracaktır.⁷⁷⁴

Sonuç olarak arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin ortalama seviyesi dikkate alınarak müteahhide eksik olarak verilecek arsa payı belirlenecektir. Bundan başka, arsa sahibinin uğradığı her türlü zararlar ve talep edebileceği cezai şartlar fesih tarihi itibarıyla⁷⁷⁵ bulunacaktır. Bunlardan eksik olarak verilecek arsa payına tekabül eden inşaat bedeli mahsup edilerek denkleştirecektir.

Arsa sahibinin müteahhidin yaptığı imalatın bedelini ödeyecek güçte olmaması nedeniyle, inşaatın düşük bir seviyesinde iken sözleşmeyi feshetmesi durumunda ne olacaktır?

Bu durumda büyük oranda tamamlanmamış inşaatın durumunun ne olacağı, nasıl bitireceği sorunu gündeme gelecektir. Örneğin, dairelerin değerleri eşit olmak üzere 10 dairenin arsa sahibine, 20 dairenin de müteahhide kaldığı toplam 30 daireli bir bina inşaatını konu alan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, inşaatın %50 seviyesinde iken feshedildiğini varsayalım. Bu durumda, daha önceden kat irtifakı kurulmuşsa, müteahhide $20 \times \%50 = 10$ bağımsız bölümün tapusu verilecektir⁷⁷⁶, arsa sahibinde de 20 adet dairenin tapusu kalacaktır. Ayrıca arsa sahibine müteahhitten kalan 10 adet bağımsız bölümün %50 seviyesindeki inşaat bedeli ile arsa sahibinin her türlü zararı ve cezai şart alacağı mahsuplaştırılacak, kalan tutar, müteahhit lehine ise, arsa sahibinin seçimine göre ya arsa sahibince bedel olarak müteahhide ödenecek ya da arsa sahibine kalacak arsa payından mahsup edilecektir. Kalan bu tutar, arsa sahibi lehine ise, arsa sahibinin arsa payı alacağı bu oranda arttırılacaktır⁷⁷⁷. Taşınmazda kat

⁷⁷³ “Akdin feshi nedeniyle ve davacının talebi de dikkate alınarak yanlar arasındaki sözleşme 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı doğrultusunda ileriye etkili biçimde feshedilmiş ise de bu fesih sonucunda inşaatdaki hangi bağımsız bölümlerin kimlere isabet ettiği açıklanmamıştır. Oysa, fesih talebi tasfiyeyi de içerdiğinden mahkemece kabul edilen fiziki oran ve sözleşmenin eki olarak benimsenen vaziyet planı, fazladan yapılan villa varsa bunların tümü birlikte değerlendirilerek, öncelikle hangi bağımsız bölümün kime ait olduğu hakkında tarafların isticvap olunması, anlaşamadıkları bölümler yönünden sözleşmenin amacı doğrultusunda paylaşım yapıp infazı kabil bir karar verilmesi gerekirken, paylaşım ve tasfiye hususu bir tarafa bırakılarak hükmün infazını zorlaştırıcı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Y. 15. HD. 22.10.1998, 2788/3967, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 11.6.1993, 3969/2745, ERMAN, s. 105 ; Y. 15. HD. 27.11.2000, 5131/5212, www.kazanci.com.tr.

⁷⁷⁴ “Somut olayda, mahkemece inşaatın tamamlandığı % 96 oranına göre, ileriye etkili feshe karar verilmesi yerindedir. Nevar ki, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, ileriye etkili fesih nedeniyle taraflara verilmesi gereken payların belirlenmesinde hangi unsurların etken olduğu ve davacının uğradığı zararların iptal kararının oranında nazara alınıp alınmadığı, anlaşılammaktadır. Bu itibarla, bilirkişilerden ek rapor alınarak, **yüklenicinin yaptığı işin oranı ve değeri ile iş sahibinin, yüklenici temerrüdü nedeniyle uğradığı tüm zararının (eksik işler vs.) mali karşılığı ve bunların taraf paylarına yansıyan oranının tesbiti ile** bu orana tekabül eden bir bağımsız bölüm payının veya bir bağımsız bölümün şüvülandırılması suretiyle bulunacak payın, kazanılmış hak da gözetilerek, iptal ve tescili yoluyla sonuca varılması gerekirken, Yargıtay denetimine elverişli bulunmayan soyut içerikli rapora dayanılarak hüküm tesisi doğru olmaması ve kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.” Y. 15. HD. 13.3.1997, 1996/6770, 1356, www.kazanci.com.tr.

⁷⁷⁵ KARAYALÇIN, Tartışmalar, s. 108.

⁷⁷⁶ 10 adet daire inşaatı için, 20 adet dairenin arsa payı tapusu veriliyorsa, eksik inşaat kısmı olan $10 \times \%50 = 5$ adet daire inşaatı için; $(20 \times 5) / 10 = 10$ adet dairenin arsa tapusu verilecektir.

⁷⁷⁷ Çünkü inşaatı yapamayan müteahhitten bunun bedel olarak tahsili zordur. Ancak, müteahhitten bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin teklifi ile bu mümkün olabilir.

irtifakının kurulmamış olması durumunda, bağımsız bölümlerin arsa payları belirlenip, hükmen 10 adet bağımsız bölüme tekabül eden arsa payının müteahhit adına tesciline karar verilecektir. Ancak yarım inşaatın nasıl tamamlanacağı sorunu gündeme gelecektir⁷⁷⁸.

Kat irtifakının kurulmamış olması durumunda, taraflardan biri ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Yapının bitirilerek kat mülkiyeti kurulması imkanı olduğu ve uygun olmayan zamanda paylaşmanın istenemeyeceği (TMK m 698/3) karşı iddia olarak ileri sürülebilirse de, bunun için oybirliği şart olduğundan (TMK m 692), ortaklığın giderilmesinin önlenmesi zordur. Kaldı ki inşaatın onaylı projesi dikkate alınarak kat irtifakının KMK m 14 uyarınca tüm paydaşlarca rızaen kurulması gerekir. Paydaşlardan biri tarafından hükmen kurdurulması⁷⁷⁹ mümkün değildir.

Kat irtifakının önceden kurulmuş olması durumunda⁷⁸⁰, KMK m 17 ve m 26 uyarınca, kat irtifakı sahipleri, ortak arsa üzerinde yapılacak yapının, sözleşmede yazılı süre içinde başlaması ve tamamlanması için kendilerine düşen borçların yerine getirilmesini, karşılıklı olarak isteme ve dâva etme hakkına sahiptirler. KMK m 26/2 de kat irtifakı sahiplerinden birinin kendine düşen borçları, noter aracılığıyla yapılan ihtara rağmen, bu ihtar tarihinden başlayarak iki ay içinde yerine getirmemesi durumunda, diğerlerinin yazılı istemi üzerine hakim, onun arsa payının ve kat irtifakının hükme en yakın tarihteki değeri karşılığında, öteki paydaşlara, arsa payları oranında devrine karar verebileceği belirtilmiştir. Ancak KMK m 49 da; kat irtifakına konu olan arsa üzerinde, bu irtifakın kurulması sırasında verilen plana göre beş yıl içinde yapı yapılmazsa maliklerden birinin istemi üzerine, sulh hâkimi, gerektiğinde ilgilileri de dinleyerek, duruma göre kat irtifakının sona ermesine veya belli bir süre için uzatılmasına karar verir. Süre istem üzerine yeniden uzatılabilir. Kat irtifakı sahiplerinden birinin kusuru yüzünden, yapının kanuni süresi içinde yapılmaması sebebiyle kat irtifakı düşerse, kusurlu taraf diğerlerinin bu yüzden uğradıkları zararı tazminle yükümlüdür (KMK m 26/3).

Yukarıdaki hususlar birlikte değerlendirildiğinde, müteahhide arsa payı vererek, arsa sahibi ile taşınmazda ortak hale getirilmesi suretiyle fesih durumunda, aşağıdaki olasılıklar söz konusu olacaktır.

1-Müteahhit ve/veya müteahhitten bağımsız bölüm alanlarla inşaatın başka bir müteahhide tamamlanması veya kooperatif kurmak ya da doğrudan inşaatları beraberce yapmak vs. konusunda oybirliği anlaşılabilir.

2-Taraflar arasında oybirliği ile anlaşma olmazsa, ortaklığın giderilmesi yoluyla taşınmazdaki hisseler çözülebilir. Bu durumda, arsa sahibi inşaata devam edebilecek bir müteahhitle anlaşma yaparak, taşınmazı cebri icrada satın alabilir.

⁷⁷⁸ SUNGURBEY, KMK m 25. maddesindeki yaptırımın uygulanması ile bu sorunun aşılacağı görüşündedir (SUNGURBEY, YHD, 1984/6, s. 795). Oysa bu hükmün uygulanabilmesi için kat mülkiyetine geçilmiş olması, kat mülkiyetine geçmek için de yapının bitirilmesi gereklidir.

⁷⁷⁹ KMK Ek 4. maddede; Beş veya daha fazla kişi tarafından üzerinde birden çok yapı yaptırılmak amacıyla birlikte bir arsa edinilmiş olması ve pay sahiplerinden en az beşte dördünün kat irtifakına geçiş konusunda aldığı karara uyulmaması halinde, karara uymayan pay sahiplerinin gayrimenkuldeki paylarının iptaline ve bu payların, isteyen diğer pay sahipleri adına tesciline sulh mahkemesi tarafından belli şartlarda karar verileceğinin belirtilmesine ve KMK m 14 de bütün paydaşların istemde bulunma şartının getirilmesine dair hükümler birlikte değerlendirildiğinde, bir paydaşın diğerlerini kat irtifakı kurulmasına zorlaması imkanı bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Esasen paydaşların tamamına yakınının kat irtifakı kurulmasına yanaşmaması durumunda, binanın bitirilmesi de zor olacaktır.

⁷⁸⁰ Bu durumda KMK m 7 uyarınca ortaklığın giderilmesi söz konusu olmaz.

Görüldüğü gibi, inşaatın seviyesinin düşük olduğu ve tek yapının bulunduğu hallerde fesih seçeneği yeni sorun ve çekişmeler yaratmaya müsaittir.

İnşaatın seviyesinin düşük olduğu durumlarda en uygun çözüm yolu, inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak, müteahhide kalması gereken bağımsız bölümlerin tamamının arsa payının bedel olarak kendisine ödenmesidir. Sözleşmeye göre, 10 daire arsa sahibine, 20 daire de müteahhide kalmaktadır. İnşaat %20 seviyesinde iken, müteahhit bitmiş halde $30 \text{ daire} \times \%20 = 6$ daire yapmış sayılacaktır. Müteahhit 10 daire inşaatı için 20 adet dairenin arsa payını alırken, 6 adet daire için $(20 \times 6) / 10 = 12$ adet dairenin arsa payını alacaktır. Buna göre, müteahhide, fesih durumunda, arsanın toplam değerinden, yapılan toplam imalata (12 adet daireye) tekabül eden arsa payının değeri ödenerek tasfiye sağlanmalıdır. İnşaatın seviyesinin %50 olması durumunda, 15 daire yapılmış ve karşılığında da 30 dairenin arsa payının alınmış olması gerekeceğinden, arsanın tamamının bedelinin müteahhide ödenmesi söz konusu olacaktır. Bu yöntem benzer bir hesaplamayı esas alan eski tarihli bir Yargıtay Kararı vardır.⁷⁸¹

Kararda, apartmanın tamamlanma oranının müteahhide kalan pay yerine, apartmandaki tüm bağımsız bölümlerdeki arsa payına oranlanması gerekirdi. Aksi taktirde, müteahhidin kendisine kalan bağımsız bölümlerin inşaatları dikkate alınmamış olur. Çünkü müteahhide sadece arsa payı verildiğinde, kendisine kalan bağımsız bölümlerin inşaatına tekabül eden arsa payının da ilavesi gerekir. Yukarıdaki somut örnekle açıklamak gerekirse, sözleşmeye göre, 10 daire arsa sahibine, 20 daire de müteahhide kalmaktadır. Yargıtayın Kararına göre, inşaat %20 seviyesinde iken, müteahhit kendisine kalacak $20 \text{ daire} \times \%20 = 4$ dairenin arsa payı bedelini alacaktır. Oysa müteahhit, toplam 30 adet dairenin %20 si olan 6 daire inşaatı yapmış sayılmalıdır. Müteahhit 10 daire inşaatı için 20 adet dairenin arsa payını alırken, 6 adet daire için $(20 \times 6) / 10 = 12$ adet dairenin arsa payını alacaktır. Görüldüğü gibi, somut örnekteki verilere göre, Yargıtay'ın hesap tarzı ile önerdiğim tarz arasında 4 kat oranında fark vardır.

⁷⁸¹ “Yüklenici Saim Beygo 8/9/1975 günü öldüğü için sözleşme bu günde ortadan kalkmıştır. Öyleyse inşaatın ölüm günündeki durumuna göre apartmanın kaçta kaçının tamamlandığı uzman bilirkişi eliyle belirlenmeli ve bu yolla bulunacak oran, 287/1280 (kendisine kalan) paya uygulanıp, meydana getirilen inşaat nedeniyle Saim Beygo üzerinde kalması gereken pay miktarı saptanmalıdır. Böylece bulunacak pay miktarının 8/9/975 ölüm günündeki sürüm değeri uzman bilirkişiye hesaplatılmalıdır. İşte bulunacak tutar, meydana getirilen inşaatın bedeli olarak Saim Beygo'nun mirasçılara miras payları oranında ödettirilmeli ve tapu kaydının da davacılar (arsa sahipleri) adına düzeltilmesine karar verilmelidir ki, bu işlem aynı anda ve karşılıklı olarak yerine getirilmelidir. Bedelin pay olarak düşünülmesi, bütünüleyici parça kuralı gereğince inşaatın arsaya bağlı olması nedeniyle, meydana getirilen inşaatın karşılığını alan mirasçıların ayrıca arsa üzerindeki inşaatın da paydaşı durumuna gelmeleri sonucunu doğurur ki, bedelin yukarıda açıklandığı gibi saptanmasından sonra, para olarak ödetilmesine yönelik çözümün yeğlenmesinde zorunluluk vardır.”, Y. 15. HD. 30.11.1979, 1709/2437, SUNGURBEY, Sorunlar, C 4, ss. 630-631 vd. ; Bu Karar Yazar tarafından, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin amacının taşınmazdan sadece arsa payı almak olmadığı, inşaatla paydaş olma amacı da taşındığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Karara konu olayda, inşaatın %40 seviyelerinde olduğu anlaşılmaktadır (SUNGURBEY, Sorunlar, C 4, s. 457). Sayın Yazar'ın görüşü, inşaatın önemli oranda bitmesi durumunda kabul edilebilirse de, kaba inşaat aşamasındaki imalatın bedelinin arsa payı dikkate alınarak belirlenmesinde amaca aykırılık olmadığı düşüncesindeyim.

1.1.3.2.4 Feshin Sonuçları

Arsa sahibinin ne gibi hakları söz konusu olacaktır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki fesihte arsa sahibi müteahhide yaptığı işin bedelini para olarak vermemektedir. Arsa sahibi müteahhit üzerine geçirdiği arsa payına karşılık kendisine kalan bağımsız bölümler üzerinde hak sahibi olmaktadır.

Ayrıca arsa sahibi, müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecektir.⁷⁸² Ancak bunların hangi kalemlerden oluştuğu konusunda tereddütler vardır.

Buna göre, inşaatın çok büyük bir oranın bitmiş olması nedeniyle, sözleşmenin feshinde arsa sahibi;

1-İnşaatın bitmesi gereken tarihten feshin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu⁷⁸³ tarihe kadarki kira kaybını isteyebilir.⁷⁸⁴

Sözleşmenin fesih tarihi itibarı ile inşaat seviyesi dikkate alınarak taraflar arasındaki hukuki ilişki sonlandırıldığından, bu tarihten sonraki kira kaybı veya ifaya ekli dönemsel cezai şartın istenmesi mümkün değildir.

2-Ayrıca müteahhidin kusuruna bağlı olarak uğradığı diğer tüm zararlarını da feshin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarihi itibarıyla talep edebilir.⁷⁸⁵ Burada menfi zarar yerine ağırlıklı olarak müspet zararın isteneceği görüşü doktrinde hakimdir.⁷⁸⁶ Gerçekten de inşaatın önemli oranda tamamlanması ve buna karşı gelen arsa payının devri ile sözleşmenin çok büyük bir kısmının ifası sağlandığından, sözleşme yapılmıştı uğranılmayacak zarara karşı gelen menfi zarar kalemlerine itiyatla yaklaşılması gerekir.⁷⁸⁷

Özellikle fesih tarihi itibarıyla inşaatta bulunan ayıpların giderilmesi masrafları bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak bu ayıpların tamamen giderilmesi değil, fesih tarihindeki inşaat seviyesine göre giderim masrafları dikkate alınmalıdır. Örneğin duvarların bir kısmının boyanmış, ancak boyalarının dökülmüş olması durumunda, sadece bu dökülen ayıplı kısmın düzeltilmesi giderleri dikkate alınır. Yoksa boyanmamış tüm yüzeyler için bedel

⁷⁸² YİBK 25.1.1984, 3/1 sayılı Karar (RG:27.2.1984, Sayı: 18325) gerekçesinden, KOSTAKOĞLU, s. 779.

⁷⁸³ Bkz. F 2-3-3-1-1 ; SELİÇİ, Sürekli Borç, s. 129.

⁷⁸⁴ KARATAŞ, s. 385 ; ERMAN, s. 106 ; “mahkemece arsa sahibince açılan fesih ve buna karşılık davalı Kooperatifçe açılan tapu iptal ve tescil davasının sonucunun beklenmesi, **ileriye etkili feshin kesinleşmesi halinde bu dava ile ilgili olarak işin esasına girilerek davacının gecikme nedeniyle açtığı alacak davası sonuçlandırılmalıdır.**”, Y. 15. HD. 5.4.2005, 2004/5018, 2020 ; Aynı doğrultuda, Y.15. HD. 4.7.1988, 886/2520, UYGUR, C II, s. 604 vd.

⁷⁸⁵ İleriye etkili sona ermeye olanak tanıyan 25.1.1984, 3/1 sayılı (RG:27.2.1984, Sayı: 18325)YİBK da bu konuda aynen; “Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır” denilmektedir. ERMAN, bunun tam tazminat niteliğinde olduğunu belirtmekle yetinmekte, içeriğini açıklamamaktadır (ERMAN, s. 103).

⁷⁸⁶ YILDIRIM, Temerrüt, s. 52 ; SEROZAN, Dönme, s. 121 ; SELİÇİ, Sürekli Borç, ss. 125-126 ; ÖZ, Dönme, ss. 29-30 ; BUZ, ss. 84-85, Yazar bazı hallerde menfi zararın da istenebileceğini belirtmektedir. Y. 15. HD. 22.10.1998, 2788/3967 sayılı Kararında kapsamlarını açıklamaksızın, ileriye etkili fesih halinde menfi-müspet zararın tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁷⁸⁷ “İleriye etkili fesihte sözleşmeyi iş sahibi feshetmiş olmasına rağmen, olumlu zararının tazminini isteyebilir.”, Y. 15. HD. 5.2.1991, 4862/4214, UYGUR, C II, s. 601vd. ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 30.1.2002, 2001/4235, 4094, YKD, 2002/10, s. 1531.

hesabı yapılmaz. Çünkü eksik yapılmış veya hiç yapılmamış imalatların karşılığını, eksik olarak verilen arsa payı oluşturmaktadır.

Eksik kısmın tamamlanma bedeli arsa payı olarak verildiğinden ve tasfiye eksiklikler bakımından fesih tarihi itibarıyla sabitlendiğinden, bu (eksik) kısımların tamamlanması, yeni koşullar altında daha çok harcama gerektirse bile aradaki fark talep edilememelidir. Aksi halde, müteahhitte, kendisine verilmeyen arsa payındaki artışı talep edebilir.⁷⁸⁸

3-Sözleşmede kararlaştırılan ifaya ekli cezai şartı isteyebilir. BK m 158/2 de ifaya ekli cezai şartın aktin ifası ile birlikte istenebileceği belirtilmiştir. Fesihte eksik ve ayıplı işler bedelinin arsa payı olarak müteahhitten alınması yoluyla aynen ifanın sonuçları sağlandığından, ifaya ekli cezai şart talep edilebilmelidir.⁷⁸⁹

İfaya ekli cezai şartın dönemsel (örneğin aylık) belirlendiği durumlarda, inşaatın teslim tarihi ile fesih tarihindeki dönemle sınırlı istenebileceği unutulmamalıdır.

4-Arsa sahibi eksik işler karşılığını, müteahhidin arsa payından mahsup ettiğinden bunları talep edemez. İndirimli arsa sayı müteahhit adına tescil edilmeden önce, arsa sahibinin tüm tazminat ve cezai şartta dair alacakları müteahhit tarafından tazmin edilmiş olmalı veya indirimli pay bunlar dikkate alınarak belirlenmiş olmalıdır.⁷⁹⁰

5-Arsa sahibi sözleşmedeki seçimlik cezayı veya dönme cezasını isteyebilir mi? Fesih bir bakıma sözleşmenin ifası demek olduğundan, arsa sahibi, akdin ifasını ve buna bağlı olarak cezai şartı istemek dışında, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça seçimlik veya dönme cezasını talep edemez.⁷⁹¹ Ancak inşaat seviyesinin düşük olduğu sırada yapılan fesihte, dönme cezasının istenmesi mümkün olabilmelidir. Çünkü edimini büyük ölçüde ifa etmemiş müteahhitte tasfiye sağlanmaktadır.

İleriye etkili sona ermede (fesihte), müteahhit işten el çekmişse bu tarih, aksi halde feshin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarih itibarıyla değerlendirme yapılmalıdır.⁷⁹²

Yargıtay; fesihte müteahhidin feshe karşı çıkıp, işe devam etmesi durumunda, arsa sahibinin zararın artmasını önlemek ve inşaatın kendisine teslimini sağlamak için müteahhidin

⁷⁸⁸ Aksi görüşte, YILDIRIM, Temerrüt, s. 68.

⁷⁸⁹ AYAN, s. 293, KARATAŞ, s. 384 ; “İleriye etkili fesih halinde yine sözleşmenin 14. maddesinde ön görülen cezai şartta hükmedileceği, aksi taktirde yani feshe geriye etkili olarak karar verilmesi halinde ise cezai şart talebinin reddedilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır.”, Y. 15. HD. 4.6.1998, 2081/2403, YKD, 1998/12, s. 1793.

⁷⁹⁰ “Aktin ileriye etkili feshi sonucunda, arsa sahibinin kira kaybı, müteahhidin ödemesi gerekli su, elektrik, sigorta prim borçları vs. giderler ve zararlar birlikte ifa yöntemi ile giderilecektir. Bu yönleme göre müteahhidin tapu alabilmesi için, arsa sahibinin hak kazandığı miktarın ödenmesi gerekmektedir. Yani önce müteahhit arsa sahibinin alacaklarını ödeyecek, ondan sonra tapu iptali ve tescili kararı yerine getirilecektir.”, Y. 15. HD. 5.2.1991, 4862/421, UYGUR, C II, s. 601 vd.

⁷⁹¹ KARATAŞ, ss. 383-384.

⁷⁹² “İleriye etkili fesihte mahkemece yapılacak iş; müteahhitlerin “İşten el çektikleri tarih itibarıyla” yaptıkları işin, tüm işe olan fiziki oranı tespit etmek, bulunulacak oranı düzenlenen sözleşmelerde işin tümünün ikmal ve teslimi halinde müteahhitlere verilmesi kararlaştırılan ve bağımsız bölüm yada arsa payı olarak belirlenen inşaat miktarına uygulamak böylece davalılara isabet edecek bağımsız bölüm ve arsa payını saptamak, dava konusu dışında bırakılan bağımsız bölümler de hesaba katılmak suretiyle sonucuna bir uygun karar vermektir.”, Y. 15. HD. 8.7.1988, 3800/2612, UYGUR, C II, s. 615 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 7.4.1997, 248/1891, UYGUR, C II, ss. 618-619 ; Y. 15. HD. 3.2.1992, 3656/363, UYGUR, C II, ss. 544, 489 ; KOSTAKOĞLU, ss. 715, 770-771, 825.

işe devamını engellemesi ve bu konuda mahkemeden tedbir kararı alması gerektiği görüşündedir. Aksi halde fesihle, karar anındaki bitim oranı dikkate alınacaktır.⁷⁹³

Yargıtay'ın bu görüşü eleştiriye açıktır. Arsa sahibinin ihtiyati tedbir talebi reddedilirse durum ne olacaktır ? Çünkü bu konuda verilecek tedbir kararı müteahhidin müdahalesinin önlenmesi niteliğinde olduğundan, davayı esastan çözümlenecek bir karardır.⁷⁹⁴ Dönme beyanına aldırılmayıp inşaata devam eden müteahhit, bunun olumsuz sonuçlarına da katlanmalıdır. Çünkü mahkemenin tedbir kararı vermesi bir takım delillerin ve karşılıklı iddiaların değerlendirilmesi sonucu mümkün olacaktır. Ayrıca yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması da gerekebilecektir. Bu nedenle arsa sahibinin geriye etkili sonuç doğuran dönme beyanından sonra, müteahhidin işe devam etmesi ve inşaatı fesih koşullarına uygun hale getirmesi durumunda dahi, dönmeye dair hükümler uygulanmalıdır. Müteahhidin, arsa sahibinin dönme beyanından sonra yaptığı imalatlar vekaletsiz işgörmeye veya sebepsiz zenginleşme kapsamında değerlendirilmelidir.⁷⁹⁵ Ancak, Yargıtay, tek taraflı olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülemeyeceğini kabul ettiğinden olsa gerek, müteahhidin inşaa faaliyetini ifa olarak değerlendirmekte ve dikkate almaktadır.

1.2 ARSA SAHİBİNİN TEMERRÜDÜ VE BUNUN SONUÇLARI

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, genellikle müteahhidin temerrüdü söz konusu olmaktadır. Çünkü, inşaat faaliyeti kapsamında, adam çalıştırması, bir çok kalem işi üçüncü kişilere yaptırması, piyasadaki dalgalanma ve ekonomik krizlerden etkilenmesi, idare ile ruhsat ve izin alma aşamasında muhatap olması, sermaye riskinin büyüklüğü gibi nedenlerle müteahhitler sıklıkla temerrüde düşmektedirler. Oysa arsa sahibinin asli edimi sadece tapuda arsa paylarını müteahhide devretmekten ibarettir. Bu nedenle aşağıda detaya girilmeksizin arsa sahibinin temerrüdü işlenmiştir.

1.2.1 Aynen İfa Talebi

Arsa sahibinin temerrüdü durumunda müteahhidin aynen ifayı talep etmesi, durumunda, müteahhit işe devam eder ve arsa sahibinin temerrüdüne bağlı gecikme zararlarını arsa sahibinden talep eder. Arsa sahibinin sözleşmeyi dönme beyanında bulunması durumunda, müteahhidin inşaata devam etmesi beklenemez. Bu nedenle dönme ile ilgili uyuşmazlık sonuçlanana kadar inşaatı durduran müteahhide, bu süre kadar ek süre verilmelidir. Müteahhit kendisine kalan bağımsız bölümlerin kira kaybını da bu süreyle sınırlı olarak isteyebilir.⁷⁹⁶

⁷⁹³ “Davadan önce yaptırılan delil tespitine göre, inşaatın %73 seviyesinde olduğu saptanmış ve bu tespite dayanılarak eldeki fesih davası açılmıştır. Her dava kural olarak açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilir. Ne var ki delil tespitini takiben ihtiyati tedbir kararı alınmadığı ve dava dilekçesi de böyle bir talebi içermediği için yüklenici devam etmek suretiyle inşaatı %92 seviyesine getirmiş ve bu husus yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Yine dairemizin uygulamasına göre davadan sonra inşaatın %90'ın üzerinde bir seviyeye getirilmesi halinde artık geriye etkili biçimde feshe (dönme) karar verilemez.”, Y. 15. HD. 10.6.1999, 1658/2437, YKD, 2000/3, s. 405.

⁷⁹⁴ KURU, s. 4312 vd.

⁷⁹⁵ UYGUR, C II, s. 489 ; Y. 15. HD. 22.10.1998, 2788/3967, www.kazanci.com.tr.

⁷⁹⁶ “...davalı arsa sahibinin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği sonucuna varılırsa, aynen ifa davasının reddine; aksi halde, yani fesihle ileri sürülen nedenlerin haklı olmadığı ve sözleşmenin feshini gerektirmediği sonucuna

1.2.2 Müspet Zararın Tazmini Talebi

Müteahhit kendisine kalan dairelerin serbest piyasa rayiçlerine göre satım bedeli ile inşaatın toplam maliyeti arasındaki farkı talep edebilecektir. Müteahhidin bu talebi aynen ifadan vazgeçip müspet zararın istenmesi niteliğindedir. Aynen ifa veya sözleşmeden dönme niteliğinde değildir. Genellikle arsa sahibinin haksız olarak sözleşmeden dönmesi nedeniyle müteahhidin müspet zararının tazminini istemesi gündeme gelmektedir⁷⁹⁷. Arsa sahibinin sözleşmeden haksız olarak döndüğünü iddia eden müteahhit, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmektedir.⁷⁹⁸

Yargıtay uygulamasında müteahhidin kar kaybı şöyle hesaplanmaktadır. BK m 356/1 de müteahhidin sorumluluğunun genel itibarıyla işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine tabi olacağı belirtilmiştir. Bu maddenin atıfta bulunduğu BK 325. maddesinin kıyas alınması ile⁷⁹⁹, aynen ifasından vazgeçilen sözleşmeye konu inşaattan sağlanacak hasıllardan, işin yapılmamasından dolayı tasarruf edilen miktar ve diğer bir iş ile kazanılan veya kazanılmaktan kasten feragat edilen miktar mahsup edilmelidir.⁸⁰⁰

Bu yönetime göre kar kaybının hesabının eserin bitirilmiş olması gereken tarih dikkate alınarak yapılması söz konusudur.

Yargıtay'ın uyguladığı kesinti yöntemi eleştiriye açıktır. Öncelikle, BK m 356 hükmü, müteahhidin borçlarını düzenleyen bir hükümdür. İş sahibinin borç ve sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm değildir. Oysa arsa sahibinin temerrüdünde, müteahhidin alacaklı olması söz konusudur. Kaldı ki bu madde, açıkça BK m 325' e atıf yapmamaktadır. BK m 356 da, müteahhidin sorumluluğunun, genel olarak hizmet ilişkilerinde işçinin sorumluluğuna dair hükümlere tabi olduğu ifade edilmektedir. Görüldüğü gibi, BK m 356 da iş sahibinin

varılırsa davanın kabulüne yanı sözleşmenin aynen ifasına karar verilmelidir.”, Y. 15. HD. 13.10.1994, 414/5816, www.kazanci.com.tr.

⁷⁹⁷ KARATAŞ, 411.

⁷⁹⁸ “İş sahibi kooperatif tarafından sözleşme haksız olarak fesih olunmuş ve haksız fesih kabul edilmemiş ise, yüklenicinin ya sözleşmenin aynen ifasını ya da aynen ifadan vazgeçip ifa yerine geçen olumlu zararını isteyebileceği kuşkusuzdur.”, Y. 15. HD. 9.12.2004, 2003/7040, 6389, www.kazanci.com.tr.

⁷⁹⁹ BK m 325-“İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanılmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur”.

⁸⁰⁰ KARATAŞ, ss. 411-412 ; KOSTAKOĞLU, ss. 690-691 ; “**Davada haksız fesih nedeniyle kâr mahrumiyeti istenildiğine ve mahkemece de kabul edildiğine göre inşaattan beklenen kârın elde edilebilmesi proje, hafriyat, bekçi ücreti gibi masrafların da yapılmasını zorunlu kılması nedeniyle kâr mahrumiyeti yanında ayrıca kabulü doğru değildir. Öte yandan yüklenici eski binanın yıkımını da sözleşmeyle üstlendiğinden bunun için yaptığı masraflar da kâr mahrumiyeti içindedir. Sadece, arsadaki tecavüzün giderilmesi için önceden öngörülme ve davahlarında yararına olan masraflarını isteyebilir. Bu kalem dışındaki diğer masraflarıyla ilgili isteklerin reddi yerine kabulü doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.** 3- Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, kâr mahrumiyeti hesabının BK. 325. maddesindeki kesinti yöntemine göre yapılması gerekmektedir. Hükme dayanak raporda bu yöntemle zarar hesabı yapılmamıştır. Bu maddedeki yönetime göre, **yüklenicinin işi tamamlamaması dolayısıyla sağladığı tasarruf (Örneğin malzeme ve personel giderlerinden tasarruf ettiği miktar) ile boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kâr ve böylece bir iş bulmaktan kasten kaçınırsa kazanacağı miktar toplamları düşülerek yüklenicinin iş sahibinden isteyeceği ödence miktarının ortaya çıkarılması gerekmektedir.**”, Y. 15. HD. 2.7.2001, 1757/3623 ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 20.5.2002, 1274/2629 ; Y. 15. HD. 14.2.1996, 462/815, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 13.5.1991, 5167/2457, KARATAŞ, ss. 411-412 ; Y. 15. HD. 16.11.1989, 899/4803, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 8.11.1991, 1795/5335, KOSTAKOĞLU, ss. 761-762 ; Y. 15. HD. 23.6.1989, 2093/3039, KOSTAKOĞLU, s. 766.

sorumluluk ve temerrüdüne yönelik bir atıf söz konusu değildir. Ayrıca, BK m 325, hizmet akdi ile ilgilidir. Emeğe dayalı hizmet sözleşmesinin tarafı olan sabit ücretli işçi ile büyük ölçüde sermayenin kullanıldığı ve ön planda olduğu, emek-sermaye riskinin bulunduğu kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı müteahhidin bir tutulması düşünülemez.

Bu yöntemde inşaatın bitim tarihindeki değerlerin belirlenmesi söz konusudur. Bu da çok farazi bir değeri ifade eder. Özellikle inşaatın tamamlanma yüzdesinin az olduğu, bir başka anlatımla, inşaatın bitimine uzun bir zaman kaldığı durumlarda, ilerideki değer ne olacağını tahmin etmek zordur.⁸⁰¹ Tüm bunların yanında, müteahhidin işi tamamlamaması dolayısıyla sağladığı tasarruf, bir başka anlatımla, inşaatın bitirilmesi için yapılması gereken masraflar (örneğin malzeme ve personel giderlerinden tasarruf ettiği miktar) ile boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kâr veya böylece bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanacağı miktarın hesabı da tamamen tahmine ve farazi hesaplamalara dayanmaktadır.

Örneğin arsa sahibine 4, müteahhide 6 daire kalacaktır. İnşaatın bitim süresi 36 ay olup, arsa sahibi, müteahhit inşaatı başlamadan temerrüde düşmüştür (örneğin sözleşmeye göre, inşaatın başında vermesi gereken bir bağımsız bölümün tapusunu vermekten imtina etmiştir). Müteahhidin müspet zararı aşağıdaki gibi hesaplanacaktır.

1-İnşaatın bitmesi gereken 36 aylık süre sonundaki kendisine kalan 6 adet dairenin bitmiş haldeki piyasa değeri (arsa payı + inşaat) belirlenecektir (Muhtemel Değer 1),

2-Müteahhidin bakiye 36 aylık sürede inşaatı tamamlamaması nedeniyle sağladığı tasarruf= inşaatın tamamen bitirileceği seviyeye kadar kendisine olan maliyeti (Muhtemel Değer 2),

3-Müteahhidin boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kâr veya müteahhit bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa, kazanacağı miktar (Muhtemel Değer 3).

Müteahhidin Müspet Zararı = Muhtemel Değer (1 - 2 - 3) olacaktır.

Yukarıdaki ileriye yönelik tahmin edilen soyut 3 adet muhtemel değerle yapılacak farazi hesaplama itibar edilmesi beklenemez. Çünkü, arsa sahibinin temerrüdü genellikle henüz daha teslim süresinin dolmadığı bir anda gerçekleşmektedir.⁸⁰²

Örnekte, inşaat belli bir seviyeye getirilmiş olsaydı, “muhtemel değer 2” yapılmayan kısmın maliyeti olarak dikkate alınacaktı. Ayrıca, inşaatın belli bir seviyeye getirilmesi sonucu, bakiye (yapılmayan) kısım azaldığından, “muhtemel değer 3” de de bir azalma söz

⁸⁰¹ Ancak, arsa sahibinin temerrüdünün, inşaatın bitim tarihine yakın olduğu bir zamanda oluşması durumunda, bu tarih itibarıyla zararın belirlenmesi söz konusu olacaktır. Yargıtay 15. HD. 14.11.1990, 2047/4786 sayılı Kararında, arsa sahibinin temerrüdünün teslim tarihine yakın olup olmadığına değinilmeksizin, iş sahibinin sözleşmeyi haksız fesih tarihindeki eserin bedeli hesaplandıktan sonra bu bedelden yüklenici davacının işi tamamlamaması nedeniyle sağladığı, yani, kazandığı tasarruf, bu süre içinde başka bir iş bulup çalışmışsa veya başka bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanacağı miktarın tespit edilip, tüm eser bedelinden çıkarılmak suretiyle olumlu zararın belirleneceğini ifade etmiştir. KARATAŞ, haklı olarak, bitim tarihine uzun bir sürenin kaldığı durumda, eserin bitmiş rayiç değerinin arsa sahibinin fesih tarihine göre belirlenmemesi gerektiğini ileri sürerek, Y. 15. HD. 14.11.1990, 2047/4786 sayılı Kararını hatalı bulmuştur (KARATAŞ, s. 412). Gerçekten, arsa sahibinin fesih beyanında bulunduğu tarihte inşaat yarım durumdadır. Yarım inşaatın tamamlanması için geçecek süreç dikkate alınmadan tazminatın tutarı fesih tarihine indirildiğinden, müteahhidin fesihten sonra başka bir iş yapması da söz konusu olmayacağından BK m 325 hükmünün uygulanması mümkün değildir.

⁸⁰² Ancak taraflar arasındaki uyumsuzlukla ilgili yargı sürecinin uzunluğu dikkate alındığında, yargılama devam ederken, teslim süresinin dolması ile bitim tarihindeki değerlerin farazi olmaktan çıkması da mümkündür.

konusu olacaktır. Daha da somutlaştırsak, aynı örnek dikkate alındığında, inşaat %30 seviyesinde iken müteahhit müspet zararının tazminini istediğinde, bitim tarihindeki 6 adet dairenin rayiç değerinden (“muhtemel değer 1” den), 10 adet dairenin bakiye %70 lik kısmının bitirilmesi için harcanacak tutar (muhtemel değer 2) ve müteahhidin aynen ifadan vazgeçtiği tarihten bitim tarihine kadar boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kâr veya müteahhit bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa, kazanacağı miktar (Muhtemel Değer 3) düşülecektir.

Belirsiz ve farazi hesap yönteminin terk edilmesi gerekmektedir. İnşaatın yarım kaldığı veya inşaatla hiç başlanmadığı durumlarda, **aynen ifadan vazgeçme iradesinin karşı tarafa ulaştırıldığı tarih itibarıyla müteahhide kalacak bağımsız bölümlerin değeri ile müteahhidin inşaatla yapacağı toplam masrafın mahsubunun yapılarak müspet zararın belirlenmesi daha doğru olacaktır.** Bu şekilde, müteahhidin uğradığı zarar, aynen ifadan vazgeçme tarihinde netleştirilmektedir. Kısmi bir imalatın bulunması durumunda, müspet zararın hesabında müteahhidin kar kaybı dikkate alınmış olduğundan, bu imalatın sadece karsız objektif bedelinin müteahhide ayrıca ödenmesi gerekir.

Burada, müteahhide kalan bağımsız bölümlerin ileride bitirileceği tarihteki yüksek değeri yerine, sürenin dolmasından önceki tarihteki sürüm değerinin dikkate alınarak müteahhidin karının azaltılmış olduğu itirazı ileri sürülebilir. Ancak, aynen ifadan vazgeçme anındaki sürüm değerinden yine bitmiş haldeki yüksek tutarlı inşaat maliyeti yerine, aynı tarihteki tüm bağımsız bölümlerin daha düşük inşaat maliyeti mahsup edildiğinden bu konudaki itirazı kabul etmek mümkün değildir.

Müspet zararın ifa tarihi itibarıyla belirlenmesi gerektiği ikinci bir itiraz olarak ileri sürülebilir⁸⁰³. Müspet zarar, alacaklının mal varlığının, edimin ifa edilmemesi sonucu hali hazır mevcut durumu ile, edim, sözleşmeye uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifa edilmiş olsaydı içinde bulunulacağı varsayılan durumu arasındaki farktan oluşur.⁸⁰⁴ Gerçekten, inşaatın teslim tarihi gelmeden bu seçimlik hakkın kullanıldığı durumlarda, tarafların ediminin⁸⁰⁵ ifa tarihi öne alınmış olmaktadır. Ancak, müspet zararın, bu seçimlik hakkın karşı tarafa ulaştırıldığı tarih itibarıyla belirlenmesi gerekir⁸⁰⁶. Müteahhit ilerideki bir tarihte oluşacak riski artık üzerine almak zorunda tutulmamalıdır. İnşaat yapımının belli bir süre içinde gerçekleşecek olması nedeniyle bu sürenin hesaba katılması gerekmez. Aksi halde, ileri bir tarihteki ifa menfaatinin, bu günkü peşin değerinin dikkate alınması zorunluluğu doğar⁸⁰⁷. Aynen ifadan vazgeçip tazminat istemekle, müteahhidin yapma ve arsa sahibinin de pay geçirim borçları ortadan kalkmaktadır. Bu tarih itibarıyla müspet zarar muaccel hale gelmektedir. Bu nedenle, ifa menfaatini ifade eden müteahhide kalan bağımsız bölümlerin rayiç değeri, müspet zararın istendiği tarih itibarıyla dikkate alınmalıdır. Müspet zararın tazmininin istendiği tarihin, sözleşmedeki teslim tarihini aşması durumunda ise, bu konuda bir sorun yaşanmayacaktır.

Önerdiğim hesaplama yöntemine, inşaatın seviyesinin dikkate alınmaksızın yapılacak hesaplamaların hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı yönünde itirazda bulunulabilir. Bu hesap tarzında, müspet zararın istendiği tarihteki inşaat seviyesi ne olursa olsun, müteahhidin

⁸⁰³ EREN, Fikret, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATİDER, Ankara, 1996, (İnşaat), s. 95.

⁸⁰⁴ HAVUTÇU, s. 68.

⁸⁰⁵ Özellikle de müteahhidin inşaatı tamamlama ediminin.

⁸⁰⁶ BUZ, Vedat, İş Sahibinin BK. m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, Batider, C.XXI sa. 2, (BK m 369), s. 260.

⁸⁰⁷ BUZ, BK m369, s. 260.

bakiye kısmı tamamlamak külfetinden kurtulması dikkate alınmamaktadır. Gerçekten, inşaat hiç başlanmamış veya %10, %20, %70 vs. hangi seviyeye getirilmiş olursa olsun, müteahhit, bakiye kısmı yapmaktan kurtulmaktadır. Bu kısmı yapmaktan kurtulan müteahhidin alacağından indirim yapılması gerektiği, aksi halde müteahhidin yapmadığı işten para kazandığı ileri sürülebilir. Ancak, müteahhidin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istemesi, yapmadığı işten gördüğü zararı da karşılama amacına yöneliktir. Bu zarardan, müteahhidin boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kâr ve böylece bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanacağı miktarın düşülmesi ile yapılmayan kısım için müteahhide verilecek zarar anlamsızlaşmakta veya çok azalmaktadır. Bu nedenle yapılan inşaat seviyesi dikkate alınmaksızın, müteahhidin ifa çıkarı tam olarak karşılanmalıdır.

Bu arada tazminat belirlenirken hakim tarafından olayın özellikleri dikkate alınarak takdir edilmelidir. Çünkü, tazminatın belirlenmesinde borcun ihlalinin ağırlığı ve tarafların kusuru da taktir edilecektir. Sadece sözleşmede devri öngörülen 10 bağımsız bölümden birinin devrini arsa sahibinin süresinde vermemesi durumundaki tazminat ile başka bir müteahhitten daha yüksek sayıda bağımsız bölüm almak için sözleşmeyi ihlal eden arsa sahibi hakkında taktir edilecek tazminatın aynı olmaması gerekir. Müteahhidin, yarım inşaatı bırakması nedeniyle uğrayacağı itibar ve prestij kaybının veya tarafların ortak kusurunun da tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağı tabiidir (BK m 98, m 43, m 44).

Sonuç olarak, arsa sahibinin temerrüdü durumunda, müteahhit aynen ifadan vazgeçip, müspet zararının tazminini istediğinde, müteahhit, kendisine kalan bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki rayiç değerinden, bunları elde etmek için harcaması gerektiği tutarı düşerek bulunacak farkı müspet zarar kapsamında talep edebilir. Bu şekildeki hesaplama, müspet zararın tazmininde fark teorisinin uygulanmasından başka bir şey değildir.

Örneğin, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesine göre; 4 daire arsa sahibine, 6 daire de müteahhide kalacaktır. Usulüne uygun olarak aynen ifadan vazgeçip, müspet zararının tazmini yönünde seçimlik hakkını kullanan müteahhit; bu iradesini kullandığı, daha doğrusu karşı tarafa ulaştırdığı tarihteki kendisine kalacak 6 adet dairenin satım değeri ile toplam 10 adet dairenin inşaat maliyeti arasındaki farkı müspet zarar kapsamında talep edebilir.

Daha da somutlaştırırsak ; Tüm dairelerin her birinin arsa payı 1/ 10 ve bitmiş haldeki değeri de 100 bin liradır. Arsa sahibinin arsasının değeri de 200 bin liradır. Her bir dairenin inşaat maliyeti ise 50 bin liradır. Buna göre ;

Müteahhidin İfa Menfaati = 6 adet dairenin bitmiş haldeki değeridir (600.000-TL).

Müteahhidin Cebinden Çıkan = 10 adet dairenin inşaat maliyeti (500.000-TL).

Müteahhidin Müspet Zararı (Karı) = 6 DaireX100 bin – 10 daireX50 bin =100 bin lira olur.

Arsa Sahibinin Ediminin Değeri = 6x100 bin – 6x50 bin = 300 bin liradır.

Müteahhidin Ediminin Değeri = 4 daire x50 bin = 200 bin

FARK = 300 – 200 = 100 bin lira müteahhidin müspet zararındır.

Dikkat edilirse, müteahhidin arsa üzerine yaptığı binanın seviyesinin müspet zararın hesabında bir önemi olmamaktadır. Çünkü, her durumda, bu imalatın sanki tamamı yapılmış gibi, zararın hesabında, imalat bedeli dikkate alınmaktadır. Eğer inşaat belli bir seviyeye getirilmişse, bu inşaatın tamamı arsa sahibine kalmaktadır. Bu nedenle müteahhidin müspet

zararına, denkleştirme yapılarak, yaptığı imalatın maliyeti de eklenmelidir. Çünkü arsa sahibi müteahhidin yaptığı imalat kadar zenginleşmiş durumdadır. Müteahhidin yaptığı işin tamamı için kar kaybı dikkate alındığından, mevcut imalatın değerinin bulunmasında müteahhidin kar kaybı dikkate alınmaz. Somut örneğe göre müteahhit inşaatı bitirseydi, sahip olacağı 6 dairenin 600.000-TL'lik değeri içinde yaptığı tüm imalatın bedeli de yer alacaktı. Ancak bu 600.000-TL yerine 600.000-500.000=100.000-TL kar kaybını talep ettiğinden, yaptığı ve arsa sahibine kalan inşaatın seviyesine göre bulunan maliyetini de ayrıca isteyebilir.

Müteahhit temerrüde düşse ve arsa sahibi aynen ifadan vazgeçip, tazminat hakkını kullansaydı,

Arsa Sahibinin Müspet Zararı = 4 DaireX100 bin – 200 bin =200 bin lira olacaktı.

Aynı sonuca yukarıdaki bölümde belirtilen şekilde edimler dikkate alınarak da varılabilir.

Müteahhidin Ediminin Değeri = 4 Daire X100 bin – (4/10)X200 bin = 320 bin

Arsa Sahibinin Ediminin Değeri = (6/10)X 200 bin = 120 bin liradır.

FARK = 320 – 120 = 200 bin lira arsa sahibinin müspet zararıdır.

Burada dikkat edilecek husus şudur. Müteahhidin haksız dönmesi veya temerrüdü sonucu, arsa sahibinin müspet zararının tazminini istemesi durumunda hesaplanan müspet zarar ile, arsa sahibinin haksız dönmesi veya temerrüde düşmesi sonucu, müteahhidin müspet zararının tazminini talep etmesi durumunda hesaplanan müspet zarar farklı çıkmaktadır. Bir başka anlatımla müteahhidin ve arsa sahibinin ediminin değeri, müspet zararın lehine belirlendiği kişiye göre değişmektedir. Bunun nedeni ;

1)Arsa sahibinin müspet zararının hesabında, kendisinin ifadaki menfaati (örnekte 4 adet dairenin rayiç değeri 400 bin lira) ile müteahhidin müspet zararının hesabında kendisinin ifadaki menfaatinin (örnekte 6 adet dairenin rayiç değeri 600 bin) farklı olması ve

2)Yine, ifadaki menfaatlerin karşılığı olan edimlerin de farklı olmasıdır. Arsa sahibinin karı (müspet zararı) belirlenirken ifa menfaatinden arsanın değeri düşülmektedir. Müteahhidin müspet zararı (karı) belirlenirken ise, ifa menfaatinden inşaatın kendisine maliyeti düşülmektedir.

Müteahhidin müspet zararı arsa payı olarak belirlenebilir mi? Yargıtay, arsa sahibinin kusuru ile feshin söz konusu olduğu bir durumda dahi zararın arsa payı olarak belirlenemeyeceği görüşündedir.⁸⁰⁸

ERMAN, her durumda, müteahhidin alacağının arsa payı olarak verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, arsa sahibi fesih anına kadar yapılmış inşaata tekabül eden orantılı arsa payı ile sözleşmeye göre müteahhide devredilmesi gereken bakiye arsa paylarının

⁸⁰⁸ "... akdin BK 369'a göre feshedildiği iddiasıyla tapu iptali istenmiş ise de sözleşmede akdin feshi halinde yüklenicinin yapamadığı işi karşılığında tazminat olarak tapu verileceğine dair bir hüküm bulunmadığından, davacı akdin haksız feshi nedeniyle tapuya değil, tazminata "mahrum kaldığı kâra" hak kazanacaktır. Bu talep ise akdin davacının kusuruna dayanılarak feshedilmesi nedeniyle BK'nin 369. maddesine göre değil, aynı yasanın 325. maddesinde belirtilen esaslar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekeceğinden mahkemece çoğun içinde azında bulunduğu düşüncesinden hareketle haksız fesih nedeniyle uğranılan kâr kaybı bilirkişilerden alınacak bir raporla saptanıp bulunacak miktara hükmedilmelidir.", Y. 15. HD. 25.6.1998, 1591/2793, www.kazanci.com.tr.

değerinden henüz yapılmamış kısma ilişkin masraflar düşüldükten sonra bulunacak gelire karşılık gelen arsa payı toplamını müteahhide vererek aynen tazmin gerçekleşecektir.⁸⁰⁹ Bu görüş eleştiriye açıktır. Çünkü, müteahhit aynen ifadan (inşaatı yapmaktan) vazgeçme hakkında sahip oldukça, edimlerin karşılıklılığı ve bağılılığı dikkate alınarak, arsa sahibinin de aynen ifadan (tapuda devir yapmaktan) kaçınma hakkı olmalıdır. Ancak feshin gerçekleşmesi durumunda, müteahhide yapılan iş oranında arsa payı verildikten sonra, talebi halinde, müspet zararına karşılık da, ayrıca arsa payı verilebilmesi BK m 98/2 ve m 43 /1 uyarınca mümkündür. Fakat inşaat önemli oranda bitirilmiş olmadıkça veya fesih şartları oluşmadıkça arsa sahibi bakımından aynen ifa sonuçlarını doğuracak şekilde, arsa sahibini tapuda pay geçirimi ile zorunlu tutmamak gerekir.

Yukarıda, genellikle arsa sahibinin feshinin haksız olduğu iddiasıyla, müteahhidin müspet zararının tazmini talebinde bulunduğunu belirtilmiştir. Arsa sahibinin bir gerekçe göstermeden keyfi olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesini feshetmesi durumunda, BK m 369 gereği müteahhidin bütün (baliğan mabelağ) zararlarını karşılamalıdır. Ancak BK m 369 hükmünün kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından uygulanması mümkün olmamalıdır. Yargıtay ise aksi görüştedir.⁸¹⁰

Arsa sahibinin dönme iradesinin keyfi olup olmadığı, bir başka anlatımla BK m 369 kapsamında kalıp kalmadığı, dönme beyanının lafzına bakılarak belirlenemez. Ancak, iş sahibinin gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönmesi karine olarak BK m 369 daki hakkını kullandığını gösterir. Bu karinenin aksini iş sahibi ispalayabilir. Fakat, iş sahibi, gerçek iradesini müteahhidin bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlayamadıkça, BK m 369 kapsamında tazminat talebinde bulunmuş sayılacaktır.⁸¹¹

BK 369 hükmünün⁸¹², sözleşme özgürlüğü ilkesi ve işin yapılmasının müteahhit için sadece bir borç niteliğinde olduğu, müteahhide hak doğurmadığı, iş sahibinin yararına yapılan faaliyetten onun vazgeçmesinin mümkün olduğu gerekçesiyle getirildiği ifade edilmektedir.⁸¹³ ÖZ, eser sözleşmesinde taraflar arasındaki güven kanun koyucunun büyük önem verdiğini, bu nedenle iş sahibine her ne sebeple olursa olsun güven duymadığı bir müteahhitle arasındaki ilişkiyi dilediği zaman sona erdirme hakkının tanındığını ifade etmektedir.⁸¹⁴

⁸⁰⁹ ERMAN, ss. 197-198.

⁸¹⁰ "Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden MK.nun 634, BK.nun 213. Noterlik Kanununun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır; yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshi karar verir, aksi halde davayı reddederek, sözleşmeyi yürürlükte tutar. **Ancak, Borçlar Kanunu'nun 369. maddesi bundan istisnadır. Bu maddeye göre, iş sahibi, yapılan şey bitmezden önce, yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve yüklenicinin tüm zararını baliğan mabelağ (bol bol, ferah ferah) tazmin etmek koşuluyla, arsa payı karşılığı dahi olsa ve karşı taraf karşı çıksa dahi, sözleşmeyi ileriye etkili (ex nunc) biçimde feshedebilir. Bunun için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur.**", Y. 15. HD. 8.10.1998, 2263/3752, www.kazanci.com.tr.

⁸¹¹ ÖZ, Dönme, ss. 42-43.

⁸¹² BK m 369 – "Yapılan şey; bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baliğan mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir."

Maddeye göre yapılan kısmın bedeli, "menfi zarar" ; müteahhidin zarar ve ziyanı da "müspet zarar" niteliğindedir. Aksi görüşte ÖZ, Dönme, ss. 148-149.

⁸¹³ TANDOĞAN, C II, s. 343.

⁸¹⁴ ÖZ, Dönme, s. 139.

Bu görüşler eleştiriye açıktır. Sözleşme özgürlüğü tek taraflı olmaz. Müteahhidin inşaatı bitirme hakkı elinden alınmamalıdır. Kat karşılığı inşaatların bedel karşılığı inşaattan en önemli farkı, müteahhidin arsadan pay ve bağımsız bölüm olarak, arsa sahibi ile ortak yerlerde tasarruf hakkına sahip olmasıdır. Sözleşmenin ifasında arsa sahibi kadar müteahhidin de menfaati vardır. Kaldı ki, müteahhidin inşaatı bitirmede manevi yönden de çıkarları söz konusu olabilir.⁸¹⁵ Örneğin şehrin merkezinde yapılacak bir işyeri binasının kendisine kazandıracığı prestiji dikkate alarak müteahhit sözleşmeyi imzalamış olabilir⁸¹⁶.

BUZ, iş sahibinin, sözleşmeden keyfi olarak dönmesi üzerine, müteahhidin uğrayabileceği zararlardan sadece parasal olanının dikkate alınmasının ve iş sahibinin menfaatinin ön planda tutulmasının kanun koyucunun bir tercihi olduğunu belirttikten sonra, saf bir istisna akdi niteliğinde olmayan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden BK m 369' a göre dönmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁸¹⁷

Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinden arsa sahibinin keyfi olarak dönmesi ve müteahhidin de, bunu kabul ederek, BK m 369 uyarınca tazminat istemesi durumunda, söz konusu hükmün uygulanması gündeme gelebilir. Bu durumda, Yargıtay, “toplama yöntemi” nin uygulanması gerektiği düşüncesindedir. Bu yöntemde göre, müteahhidin dönme anına kadar yapmış olduğu giderler müteahhitlik karı olmaksızın menfi zarar kapsamında hesaplandıktan sonra, bu tutara inşaatın bitim tarihi dikkate alınarak elde edilecek kar eklenmektedir.⁸¹⁸ Buradaki yöntemin, yukarıda önerdiğim fark teorisine göre yapılan hesaplama farkı, müteahhitlik karının tespitinde, dönme tarihi yerine, inşaatın bitim tarihinin dikkate alınmasıdır.⁸¹⁹

BK m 359 da “Yapılan şey; bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek” şeklinde bir ibarenin bulunması nedeniyle, yapılan kısım ile ilgili olarak müteahhitlik karı dahil bedelin dikkate alınması gerektiği ileri sürülebilir. Bir başka anlatımla, yapılan kısım için müteahhidin alacağı, inşaatın tamamlanma oranı dikkate alınarak tespiti gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, müteahhidin, yarım kalan bağımsız bölümler bakımından

⁸¹⁵ ERMAN, ss. 195-196.

⁸¹⁶ BUZ, BK m 369, s. 214.

⁸¹⁷ BUZ, BK m 369, ss. 215, 223.

⁸¹⁸ ERMAN, s. 197 ; TANDOĞAN, C II, s. 348 ; ÖZ, Dönme, s. 148.

⁸¹⁹ “ Dava, istisna (eser) sözleşmesinden kaynaklanan müspet ve menfi zararın tahsili istemine ilişkindir. Davalı arsa sahibi, sözleşmeyi BK'nin 369. maddesine göre feshettiğini bildirmiştir. BK'nin 369. maddesine göre, arsa sahibi, eser sözleşmesini hiçbir neden göstermeksizin feshedebilir. **Yasa, bu fesih hakkını, arsa sahibine tanımıştır. Ne var ki, bu tür feshin bir bedeli vardır. Bu bedel de, yüklenicinin zararının baligan mabelağ tazminatıdır. Ferah ferah, bol bol anlamına gelen baligan mabelağ tazminat, en geniş kapsamlı bir tazminat biçimidir. Gerek öğretide, gerek Yargıtay uygulamasında, bu tazminatın hesabında kullanılan yöntem "toplama metodu"dur. Bu yöntemde, yüklenicinin zararı, fesih anına kadar yaptığı tüm giderlere, eser bitmiş olsaydı sağlayabileceği net kar eklenmek suretiyle tespit edilir.** Somut olayda, mahkemece izlenmesi gereken yol şudur: Sözleşmenin 19. maddesine göre inşaatın müddeti, subasman vizesinin alınmasından itibaren 24 aydır. Sözleşmenin yapılmasını müteakip subasman vizesinin hangi tarihte alınması gerektiği, teknik bilirkişiye hesaplatılarak, buna 24 ay eklenmeli ve böylece teslim tarihi bulunmalıdır. Sözleşmenin yapıldığı 4.11.1991 tarihinden, az yukarıdaki araştırmaya göre bulunacak teslim tarihine kadar, inşaatın yapıldığı yıllar itibarıyla, serbest piyasa rayici üzerinden toplam maliyet bedeli (kar hariç), eskale edilmeden, hesaplanmalı ve **sözleşme uyarınca yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin, inşaatın bitim tarihindeki serbest piyasa satış bedelinden, tüm maliyet bedeli düşülerek, yüklenicinin net karı bulunmalıdır. Bulunacak bu olumlu zarar (positive interesse) kapsamındaki net kara, yüklenicinin tümü inşaat nedeniyle yaptığı ve de kanıtlandığı giderler, başka bir anlatımla olumsuz zararı (negative interesse) - yine eskale edilmeden eklenerek, bulunacak toplam miktara, 18.1.1995 talep tarihinden itibaren işleyecek değişen oranlardaki reeskont faiziyle birlikte, baligan mabelağ zarar olarak hükmedilmelidir.** Açıklanan yöntem uygun hesaplanmayan tazminatı hüküm altına alan mahkeme kararı, bu nedenle bozulmalıdır.”, Y. 15. HD. 2.4.1998, 833/1348 ; Benzer doğrultuda, Y. 15. HD. 16.10.1989, 1623/4247, www.kazanci.com.tr.

bölünebilir bir ediminden, daha doğrusu kısmi bir ifasından bahsedilemeyeceğinden, ifa menfaatindeki bütünlük dikkate alınarak tazminatın hesaplanması zorunluluğu vardır⁸²⁰. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde BK m 369'un uygulanması, bu maddenin lafzına uygun olarak mümkün değildir.

1.2.3 Sözleşmeden Dönme

Arsa sahibinin temerrüdü nedeniyle müteahhidin sözleşmeden dönmesi durumunda, müteahhit sadece verdiği iade ile menfi zararlarını talep edebilecektir. Örneğin inşaat %50 seviyesinde iken arsa sahibinin sözleşmede bu seviyeye tekabül eden bağımsız bölümlerin tapusunu vermemesi nedeniyle haklı olarak sözleşmeden dönen müteahhit, bu %50 lık imalat için harcadığı bedel ile, sözleşme nedeniyle cebinden çıkan paraların ve sözleşmeye göre uğradığı diğer menfi zararların bedelini isteyebilecektir. Kar kaybını sözleşmeden dönme nedeniyle isteyemez. Bu nedenle arsa sahibinin temerrüdüne dayalı olarak müteahhidin sözleşmeden dönmesine uygulamada rastlanılmamaktadır.

Ancak sözleşmede kararlaştırılan dönme cezanın müteahhidin her türlü zararını karşılaması durumunda müteahhit sözleşmeden dönebilir veya arsa sahibinin dönmesini kabul edebilir.⁸²¹

1.3 KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1.3.1 Temerrüt Nedeni İle Dönme Veya Fesih Dışındaki Sona Erme Nedenleri

1.3.2 Sözleşmenin İfası İle Sona Erme

Sözleşmenin olağan sona ermesi ifa ile olur. İfanın kapsamı taraflar arasındaki sözleşme ile belirlenir.⁸²²

1.3.3 Müteahhidin Ölümü Veya Aczi İle Sona Erme

1.3.3.1 Müteahhidin Ölümü

BK m 371 hükmüne göre müteahhidin şahsı nazara alınarak sözleşme yapılmışsa, müteahhidin ölümü ile sözleşme sona erer. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın bizzat müteahhit tarafından yapımı söz konusu değildir. İnşaat yapımında sermaye büyük bir

⁸²⁰ BUZ, BK m 369, s. 258.

⁸²¹ “Taraflar arasındaki sözleşmenin 14’üncü maddesinde aynen “taraflar bu sözleşmenin tamamını ya da maddelerinden birine muhalefet eder, vazgeçerse, karşı tarafa 5.000.000 (beşmilyon) TL cezai şartı nakden ve peşinen öder” denilmiştir. Davalı-karşı davacı iş sahibi inşaatı başlanmadan sözleşmeden dönmüştür. Yukarıdaki maddede söz konusu edilen ceza BK’nun 158’inci maddesinin 3. Fıkrasında öngörülen dönme cezası olup, bu durumda davacı-karşı davacı yüklenici ancak dönme cezası olan 5.000.000-TL’si ile olumsuz zararlarını alabilirse de, kar mahrumiyetini isteyemez. Mahkemece bu hususlar göz ardı edilerek ayrıca kar mahrumiyetine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.”, Y. 15. HD. 25.10.1989, 1170/4438, KARATAŞ, s. 413.

⁸²² KARTAL, ss. 111-114.

öneme sahiptir. Bu nedenle BK m 371 hükmünün kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından uygulanması pek mümkün olmaz.⁸²³

1.3.3.2 Müteahhidin Aczi

Borçlar Kanunu'nun 82. maddesine göre: iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri borcunu ödemekten aciz kalır, özellikle iflas veya aleyhindeki haczin neticesiz kalması sebebi ile diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf, lehindeki borcun ifası temin edilinceye kadar kendisine düşen borcun ifasından kaçınabilir ve talebi üzerine uygun bir süre içinde teminat verilmez ise sözleşmeden dönebilir.

BK m 371/1 de de müteahhidin aczi halinde sözleşmenin feshi söz konusudur. Ancak bu hüküm, metninden de anlaşılacağı üzere, müteahhidin kişisel niteliklerinin dikkate alındığı sözleşmeler bakımından uygulanacaktır. BK m 82 nin uygulanması için müteahhidin kişisel nitelikleri dikkate alınarak sözleşmenin yapılmış olması şart değildir.⁸²⁴ Ayrıca BK m 82'de müteahhidin sadece ekonomik bakımdan aczi kapsama alınmıştır. BK m 371/1 ise, müteahhidin ehliyetini yitirmesi, akıl hastalığına tutulması gibi tüm acz hallerini kapsamaktadır. BK m 82 uyarınca dönme hakkı, BK m 371/1 den farklı olarak, sadece arsa sahibi için değil, müteahhit için de mevcuttur.⁸²⁵ BK m 371/1 de müteahhidin geçici olarak aczi değil, hiçbir zaman işi yapamayacak hale gelmesi düzenlenmiş olup, sözleşme doğrudan fesholmaktadır.⁸²⁶

Buna göre, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından BK m 82 uygulanma şartları şöyledir;

a-Müteahhidin inşaatı tamamlayamayacak nitelikte acze düşmesi, özellikle iflası veya aleyhindeki haczin neticesiz kalması söz konusu olmalıdır.⁸²⁷

b-Arsa sahibi, (a) şıkkındaki halin mevcut olması durumunda, müteahhit inşaatı bitirinceye kadar tapuda devirden kaçınabilir.

c-Arsa sahibi, müteahhide (iflas etmişse iflas idaresine)⁸²⁸, inşaatı bitirebileceği konusunda teminat vermek üzere uygun bir süre tanınmalıdır.

d-Uygun bir süre içinde teminat verilmez ise, arsa sahibi sözleşmeden dönebilecektir.

Yukarıdaki şartları taşımayan dönme geçerli sayılmayacaktır.⁸²⁹

⁸²³ YHGK 1.11.1995 15-652/900 ; Aynı doğrultuda, Y.15.HD. 22.4.1993 1866/1907 ; Y. 15. HD. 12.11.1990 1503/4707, www.kazanci.com.tr.

⁸²⁴ ÖZ, İnşaat, s. 123

⁸²⁵ UYGUR, C I, s. 1074.

⁸²⁶ ÖZ, İnşaat, s.123.

⁸²⁷ "Müteahhidin iflas etmesi veya aleyhine yapılan bir haczin (bu haczi iş sahibinin yapması şart değildir) sonuçsuz kalması iş sahibi lehine kesin olarak BK m 83'deki hakları doğurursa da, bunlar şart değildir. İş sahibi başka bazı inandırıcı kanıtlarla müteahhidin artık sözleşmedeki inşaatı tamamlayacak ekonomik gücü kaybettiğini veya esasen bu güce hiçbir zaman sahip olmadığını ortaya çıktığını ve ayrıca kabul edilebilir bir zaman zarfında bu güce sahip de olamayacağını ortaya koyarak bu hükme başvurabilir.", ÖZ, İnşaat, s. 123.

⁸²⁸ TANDOĞAN, C II, s. 342

⁸²⁹ "BK.unn 82. maddesi hükmü gereğince bu gibi akitlerde taraflardan biri ancak acze düştüğü takdirde veya iflas etmesi yahut aleyhindeki haczin sonuçsuz kalması karşısında diğer tarafın hakkının tehlikeye düştüğü kabul edilerek fesih yoluna gidilebilir. Yasakoyucu bu koşulları dahi yeterli görmemiş, güvenini kaybettiği ileri

1.3.3 Müteahhidin Ölümü Veya Aczi Halinde Feshin Hukuki Sonuçları

BK m 371'e göre, müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın aczi halinde, yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur. Burada yapılan işin bedelinin fesih hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Bir başka anlatımla müteahhide yaptığı iş ile orantılı arsa payı verilmelidir.

1.3.4 İmkansızlık Nedeniyle Sona Erme Ve Hukuki Sonuçları

Konunun, başlangıçtaki (sözleşme kurulurkenki) imkansızlık ve sözleşmenin kurulmasından sonraki imkansızlık olarak ikiye ayrılarak incelenmesinde fayda vardır.

1.3.4.1 Başlangıçtaki İmkansızlık

BK m 20 de konusu imkansız olan sözleşmenin batıl olduğu belirtilmiştir. Söz konusu hüküm sözleşmenin kurulması anındaki ve herkes için geçerli olan (objektif) imkansızlığı ifade etmektedir.⁸³⁰ Yani imkansızlık sadece borçlu bakımından değil, herkes için söz konusudur. Örneğin, arsa hakkında kesinleşmiş bir kamulaştırma kararının bulunması gibi. Bu durumda, geçersiz sözleşme taraflar arasında hiçbir hak ve borç doğurmaz, imkansız sözleşme nedeniyle temerrüt oluşmaz. İfa edilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir.⁸³¹

İmar durumunun elverişsizliği nedeniyle oluşan imkansızlık öncelikle BK 20 uyarınca hukuka aykırılık nedeniyle geçersizdir. Çünkü, imar kuralları emredici niteliktedir. Emredici kurallara aykırı sözleşme ise öncelikle hukuka, ahlak- adaba aykırıdır. Hukuka aykırılık nedeniyle geçersizlik ise sözleşmenin ifasını imkansız kılmaktadır. Başka bir anlatımla, dolaylı bir imkansızlık söz konusudur. Doğrudan bir imkansızlık durumu yoktur. Bu nedenle imar kurallarına aykırı sözleşmeler bakımından öncelikle ve doğrudan hukuka aykırılık

sürülen taraftan teminat istenebileceği, bu teminatın tayin edilen uygun süre içinde verilmemesi halinde fesih yoluna gidilebileceğini ön görmüştür. Somut olayda hükme bağlanan bu koşullardan hiçbiri gerçekleşmiş değildir.", Y. 15. HD. 13.9.1989, 2347/3466, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda, Y. 15. HD. 16.5.1989, 1988/1868, 2374, KOSTAKOĞLU, ss. 742-743.

⁸³⁰ KURŞAT, Zekeriya, İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, (İmkansızlık), s. 760.

⁸³¹ "Davacılar a ait 4 nolu parsel açısından işin başında daha açığı sözleşmenin yapıldığı aşamada objektif imkansızlık bulunmaktadır. Bu haliyle sözleşme geçersizdir. Geçersiz sözleşmeye dayanarak kaçırılan fırsat kapsamında olumsuz zarar istenmesi olanağı da bulunmamaktadır. Ancak geçersiz sözleşmeye rağmen taraflar kendi edimleri yönünden ifada bulunmuşlarsa sebepsiz zenginleşme ilkeleri doğrultusunda işlem yapıp iade edilmesi gerekir.", Y. 15. HD. 5.4.2006, 2005/1974, 2012, YKD 2006/12, s. 1944 vd. ; Aynı doğrultuda: Y.15. HD. 14.6.2003, 2003/6203, 3318 ; Y. 15. HD. 15.2.1994 2577/797, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 11.2.1991 3409/524, UYGUR, C II, ss. 249-250.

nedeniyle butlan söz konusu olmalıdır. Sonuç olarak, imkansızlık nedeniyle hukuka aykırılık değil, hukuka aykırılık nedeniyle imkansızlık durumu vardır.⁸³²

Başlangıçtaki imkansızlığın kısmi de olması mümkündür. Bu halde BK m 20/2 uyarınca, geçersizlik sözleşmenin sadece belli bölümlerine ilişkin ise, o bölüm geçersiz sayılır. Ancak, bu bölümler olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacağı söz konusu ise, sözleşme tamamen geçersiz olur. Örneğin, sözleşmeye konu 3 adet parsel, toplam 20+10+70 olmak üzere 100 daire yapılması konusunda anlaşılmişken, bu parsellerden, 70 dairelik olan üzerinde inşaat yapımına engel olan bir irtifak hakkı bulunması durumunda, sözleşme tamamen geçersiz sayılabilirken, aynı durumda 10 veya 20 dairelik parseller bakımından kısmi geçersizliğin bulunduğu kabul edilebilir.⁸³³ Çünkü toplam 80 dairelik bir inşaatın, sadece 10 dairesinin yapılmasındaki imkansızlık, taraflar için çekilmez, dolayısıyla da sözleşmenin ifasından vazgeçilecek boyutta değildir.

Sözleşmenin yapıldığı sırada ifa objektif olarak imkansız olmasına rağmen, taraflar ifanın sonradan mümkün hale geleceği düşüncesi ile sözleşme yapmışlarsa, bu sözleşme geçerli olacak mıdır? Eğer objektif imkansızlık mutlak⁸³⁴ veya emredici kurallara ve ahlaka aykırı (BK m 155) değilse, sözleşmeyi geçerli kabul edebiliriz⁸³⁵. Burada, objektif imkansızlığın giderilmesi şartına bağlı bir sözleşme olduğu kabul edilerek, şartın gerçekleşme anından itibaren sözleşmeye geçerlilik tanınmalıdır (BK m 149). Uygulamada, belli bir süre içinde arsanın imar problemlerinin giderilmesi yükümlülüğünü üzerine alan müteahhitlerin, bu tür sözleşmeler imzaladıkları görülmektedir. Bu durumda, ifanın mümkün hale gelip gelmeyeceğine göre değerlendirme yapılacaktır. İfa mümkün hale gelebiliyorsa, taliki şart gerçekleştiğinden sözleşme geçerli, aksi halde ise geçersiz olacaktır.⁸³⁶

Ancak sözleşme kurulurken mevcut objektif imkansızlık sonradan ortadan kalkarsa sözleşme kendiliğinden geçerli hale gelmeyecektir. Bu durumda başlangıçtaki imkansızlığın sonradan giderilmesi sözleşmede öngörülmemiş veya bu imkansızlığın giderilmesi şartına bağlı olarak sözleşme yapılmamış olduğundan, sözleşme kendiliğinden geçerli hale gelmez.⁸³⁷

⁸³² “Yanlar arasındaki 16.4.1998 günlü sözleşmenin konusu az yukarıda değinildiği üzere kamu düzeninden olan imar mevzuatına aykırı olduğundan anılan sözleşme B.K.nun 20.maddesi uyarınca batıldır.”, Y.15. HD. 30.10.2001 2953/4871 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 2.3.1998, 1997/5291, 739, www.kazanci.com.tr.

⁸³³ “Taraflar arasındaki uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davalıların imzasını taşıyan ve geçerli olan 25.1.1984 günlü sözleşmenin 19. maddesinde binanın tüm pencerelerinin panjur yapılacağı kabul edilmiştir. Buna rağmen davalıların salon penceresine teknik imkansızlık nedeniyle panjur yapmadığı anlaşılmıştır. Bu imkansızlık sözleşmenin geçersizliğini gerektirmemektedir. Anılan panjur eksikliğinden dolayı davacıların 1.338.700 TL. alacaklı olduğu bilirkişi raporu ile saptanmıştır. Davalılar sözleşme ile bağlı olmalarına ve salon penceresine panjur yapmamış bulunmaları sebebiyle davacılar 1.338.700 TL. borçlu olduklarının kabulü gereklidir. Bu yönün kararda nazarı itibare alınmaması yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”, Y. 15. HD. 1.10.1990 969/3678 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 29.6.1993, 1992/5256, 3099, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 15.12.1988 1736/4360, KARAHASAN, İnşaat, C I, s. 167.

⁸³⁴ Bir başka anlatımla, ifasının gerçekleşmesi fizik ve mantık kurallarına göre mümkün olmayan veya hayatın olağan akışına göre çok zor olan edimler. Örneğin 200 m2 lik bir arsaya taban alanı 300 m2 inşaat yapımını öngören sözleşme; inşaatın sırf ahşaptan ve 120 katlı olarak yapılmasını öngören sözleşme ; sözleşme konusu arsanın gerçekte mevcut olmaması vs.

⁸³⁵ KARAHASAN, İnşaat, C I, s.164.

⁸³⁶ PULAŞLI, Şarta Bağlı İşlemler, s. 82 ; YHGK 6.10.1993, 1-429/562 ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 1.5.1997 1995/2319, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 12.12.1989, 1543/5191, BBD, Sayı: 38, ss. 57-58.

⁸³⁷ “Borçlar Kanununun 20. Maddesine göre akdin konusu imkansız olduğundan, yeni dairenin inşa edilmesi ve oturma izni alınarak teslimi hukuken mümkün bulunmadığından sözleşme geçersizdir ve tarafları bağlamaz.”, Y.13. HD. 5.6.1987 3145/3346, UYGUR C I, s.218.

Fakat, taraflardan birinin edimini tamamen yerine getirdikten sonra, diğer tarafın başlangıçtaki geçersizliği ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağından buna itibar edilmeyebilir.⁸³⁸

Sözleşmenin kurulduğu andaki objektif imkansızlığın taraflarca bilinmesi geçersizliği etkilemez.⁸³⁹ Ancak, başlangıçtaki imkansızlığın taraflardan birinin bilmesi ve bunu diğer taraftan gizlemesi veya imkansızlığın geçici olduğu ve bunu ortadan kaldıracığını taahhüt etmesi durumunda, bu kişi, akit dışı (haksız fiil) veya akit öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) hükümlerine göre diğer tarafın menfi zararlarından sorumlu tutulabilir.⁸⁴⁰ Akit öncesi sorumlulukta zarar görenin, borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmediği gibi (BK m 96), yardımcı kişinin davranışından dolayı kurtuluş kanıtı getirme imkanı yoktur (BK m 100) ve zamanaşımı da 10 yıldır (BK m 125). Oysa haksız fiilde, borçlunun kusuru ispat edilmek zorunda olduğu gibi (BK m 41), zamanaşımı 1 yıl (BK m 60) ve adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirme imkanı vardır (BK m 55). Ancak sözleşme sorumluluğu için tam ehliyetli olmak gerekirken, haksız fiil sorumluluğu için temyiz kudretinin bulunması yeterlidir.⁸⁴¹

Bu arada, yukarıda anlatılanların tümü sözleşmenin kurulması sırasındaki objektif imkansızlıkla ilgilidir. Sözleşmenin yapılması esnasında, edim borçlusunun mevcut imkansızlığa rağmen, edim, bir başkası tarafından ifa edilebilir durumda ise, subjektif imkansızlık vardır. Subjektif imkansızlık ise sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyecek ve borcunu kusuru ile ifa edemeyen taraf, borcun ifa edilmemesi nedeniyle BK m 96 gereği sorumlu tutulacaktır.⁸⁴² Örneğin, arsa sahibinin, sözleşmenin imzalandığı sırada taşınmazın tapu kaydındaki malik olması şart değildir⁸⁴³. Borç doğuran böyle bir sözleşmenin ifası subjektif olarak imkansızsa da objektif bakımdan mümkündür. Sözleşmedeki edimin ifa edilmemesi halinde borçlunun müspet zararı tazmin yükümlülüğü doğacaktır.

1.3.4.2 Sonraki İmkansızlık

Sözleşmenin kurulmasından sonra oluşan imkansızlık tarafların sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır. Sözleşmeden sonraki imkansızlık, ister subjektif, ister objektif nitelikte olsun, borçlu kusurlu ise, BK m 96 gereği sorumlu olacak ve diğer tarafın müspet zararlarını karşılamakla yükümlü tutulabilecektir. Eğer sözleşmeden sonraki

⁸³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 77 ; KURŞAT, İmkansızlık, ss. 760-761.

⁸³⁹ KURŞAT, İmkansızlık, s. 760.

⁸⁴⁰ KURŞAT, İmkansızlık, s. 761 ; OĞUZMAN / ÖZ, s. 78 ; ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara, 2005, ss. 234, 238 vd. ; "...yüklenicinin gerekli basireti göstermemesi ve sözleşmenin kusurlu hareketi sonucu kurulmasına sebep olmasından dolayı, davacı işveren kooperatifin, gerçekleşeceğine güvendiği bu sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulmasına güvenilen aynı sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğradığı menfi zararı (olumsuz) davalı yükleniciden isteyebilmesi gerekir Zira burada işveren kooperatifin davalı yükleniciye karşı gösterdiği güven olumsuz zararın kaynağını teşkil etmektedir. Bu itibarla mahkemece, iki ihale arasındaki farkı oluşturan davacı kooperatifin menfi nitelikteki 2.000.000 liralık zararının davalı yüklenici Emin'den tahsiline karar verilmesi doğru görülmüştür.", Y. 15. HD. 25.5.1981 825/1234, www.kazanci.com.tr.

⁸⁴¹ ALTUNKAYA, İmkansızlık, s. 241-242 ; REİSOĞLU, Borçlar Genel, s. 340.

⁸⁴² KURŞAT, İmkansızlık, s. 760 ; KARAHASAN, İnşaat, C 1, s.164; ÇENBERCİ, s. 82 vd.

⁸⁴³ ".....Yargıtayın yerleşmiş içtihatları gereğince, bir kimsenin, başkasına karşı, malik olmadığı bir taşınmazı iktisap ederek satışını vaat etmesi, malik olduğu bir taşınmazın belirli bir parçasını parselleyip bağımsız bir taşınmaz olarak tapuya tescil edilmesinden sonra satışının vaadi ve iştirak halindeki taşınmazda belli bir payın satışı vaadi sözleşmeleri geçerli sayılmıştır." (24.4.1978 Tarih ve 3/4 sayılı YİBK gerekçesinden, RG: 10.6.1978, Sayı: 16312).

İmkansızlıkta borçlu kusursuz ise, BK m 117 hükmü uygulanacak ve taraflar sorumluluktan kurtulacak, tasfiye bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulacaktır.⁸⁴⁴

İmkansızlık temerrüt durumuna son verdiğiinden, BK m 106 daki seçimlik hakların kullanılması söz konusu olmaz.⁸⁴⁵

Sonraki imkansızlık sözleşmeden doğan borçların doğumuna değil de, devamına etki eder.⁸⁴⁶

Geçici imkansızlık halinde borç sona ermez, ancak ifası bir süre için ertelenmiş olur. Fakat tarafların işin ertelenmesine veya ertelemenin belli bir süreden fazla olması yönünde farazi iradelerinin bulunması durumunda, ifanın imkansız olduğu kabul edilebilir.⁸⁴⁷ Örneğin depremde sonra beton dökümünün geçici bir süre için (Örneğin 30 gün) yasaklanması, borcu sona erdirmez. Ama, depremde sonra bölgenin jeolojik etütlerinin yapılması, deprem haritasının çıkarılması vs. nedeniyle belirsiz süreli olarak inşaat yapımının durdurulması borcun sona ermesine neden olabilir. Ancak, taraflar bu durumda dahi, sözleşmenin ifasının mümkün hale gelmesini bekleyebilirler.

Yargıtay'ın, bir Kararında; sözleşmenin kurulmasından sonra taşınmazın heyelan bölgesine alınması söz konusudur. Yaklaşık 5 yıl geçtikten sonra taşınmaz heyelan bölgesi sınırı dışına çıkarılmış ve ifa mümkün olmuştur. İş sahipleri bu süre boyunca müteahhitten kira adı altında para almışlardır. Bu durumda Yargıtay, 5 yıl gibi uzun bir sürenin geçici ifa imkansızlığı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁴⁸

Geçici imkansızlık durumunda, iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması durumunda, iş sahibi müteahhidin müspet zararlarını karşılamak durumundadır. Örneğin, geçici imkansızlığa tahammül edilmesi gereken sürenin uzunluğu ve geçici imkansızlığın kabullenildiğini gösteren davranışlar gösterildikten sonra, sözleşmeden dönülmek istenmesi gibi durumlarda, müteahhit müspet zararının tazminini talep edebilecektir.⁸⁴⁹

⁸⁴⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorululuğu, ss. 44-45.

⁸⁴⁵ ÖZ, Dönme, s. 160.

⁸⁴⁶ KURŞAT, İmkansızlık, s.762.

⁸⁴⁷ KURŞAT, İmkansızlık, s.762.

⁸⁴⁸ Y.15.HD. 28.4.1989 993/2152, KOSTAKOĞLU, ss. 730-731.

⁸⁴⁹ “Ancak, geçici de olsa imkansızlığın ortadan kalkmasına değin belli bir süreden -tahammül süresi sonra yanlardan o sözleşmeyle bağlı kalmaları da beklenemez. Somut olayda sözleşmeyi fesheden iş sahibinin davranışı önemlidir. Kooperatif yetkililerinin imkansızlığın ortaya çıkmasından itibaren giderilmesi için çabası, 22.8.1987 olan fesih tarihinde bu çaba sonucu işlemlerin hangi aşamada olduğunun araştırılması, şayet arsada mülkiyet ve tahsis engellerinin giderileceği o tarihlerde belli olmuş ve sonucun alınmasına normal koşullarla çok kısa bir süre kalmış ise sözleşmeden dönmeye iyiniyetle davranıldığı kabul edilemez. O tarihlerde imkansızlığın giderilemeyeceği ya da bunun daha ne kadar süre alacağı belli değilse geçen süreye göre (1.12.1986 22.8.1987) sözleşmeyle bağlı kalmasının ancak kendi yararına olduğu sürece iş sahibinden bekleneceğinin kabul edilmesi gerekir. O halde, gösterdiği fesih sebepleri de dikkate alınarak, varılacak sonuca göre dönmeye kusursuz ve iyiniyetli olduğuna inanıldığında durumu başlangıçta bilebilecek olan yüklenicinin cümle isteminin reddi, değilse karın elde edilmesi için iş sahibinin mal varlığına girmeyen- şantiye vs. giderlerin yapılması zorunlu olduğundan buna dair istemin reddi, BK.nun 325. maddesi hükmü nazara alınarak benzer şekilde ve konusunda uzman bilirkişiye hesaplatılacak, icabında BK.nun 98. maddesi uyarınca aynı Kanunun 44. maddesinde takdir edilecek kar mahrumiyetine hükmedilmesi gerekirken, feshi müteakip en geç 30.12.1987'de giderildiği anlaşılan geçici imkansızlığın varlığından ötürü yazılı şekilde karar verilmesi yerinde görülmemiştir. Bu nedenle karar bozulmalıdır.”, Y. 15. HD. 1.4.1993 283/1515, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 1.4.1992 4488/1693, UYGUR, C II, s. 220.

Fakat objektif geçici imkansızlığın belirsiz veya çok uzun bir süre devam edeceğinin anlaşılması durumunda, arsa sahibinin sözleşme ile bağlı kalmasını beklemek objektif dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır. Bu gibi durumlarda, geçici imkansızlığın devamlı imkansızlıkla eşdeğer tutulması⁸⁵⁰ (BK m 117/2) veya sözleşmeden dönme hükümlerinin (BK m 108/1) uygulanması⁸⁵¹ ile verilenlerin iadesi sağlanabilir.

Başlangıçtaki imkansızlığın kısmi de olabileceğine ve bu halde BK m 20/2 uyarınca, geçersizliğin sözleşmenin sadece belli bölümlerine ilişkin olması ile, o bölümün geçersiz sayılacağına değinmiştik. Ancak sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra doğan kısmi imkansızlıkta ne olacaktır ? Bu durumda da yerine getirilmesi imkansız edimler sözleşmenin bütününe ifasını imkansız kılacak nitelikte değilse, borç sona ermez. Örneğin, sözleşmede dış cephenin yurt dışından getirilen özel bir taşla kaplatılacağı yazılı, ancak bu taşın ithali yasaklanmış veya üretimi durdurulmuş ise, müteahhidin inşaatı veya dış cepheyi yapma borcu sona ermez. Muadil bir kaplamayla sözleşmenin ifası sağlanmalıdır. Fakat, yapılacak binanın taşıyıcı ve dış cephe sisteminin de özel ve ithal bir ahşap olmasının kararlaştırılması durumunda, bu malzemenin ithalinin yasaklanması, sözleşmenin tamamının geçersizliği sonucunu doğurabilecektir.

1.3.4.2.1 Kusurlu Sonraki İmkansızlık

Sözleşmenin kurulmasından sonra oluşan imkansızlıkta borçlu kusurlu ise BK m 96 gereğince sorumlu olacaktır. Bu durum genelde, proje tadilatı yapılarak imkansızlık yaratılması şeklinde gerçekleşmektedir.

Arsa sahibinin kusurlu imkansızlıktan sorumlu olduğu hallere arsa sahibi müteahhidin müspet zararlarını karşılamakla yükümlü olacaktır.⁸⁵²

Arsa sahibinin, müteahhide kalan bağımsız bölümleri satması sonucu yaratılan imkansızlık, arsa sahibinin üzerinde kalan başka bağımsız bölümlerin bulunması halinde, bunların müteahhit adına tescili ile telafi edilebilir.⁸⁵³

Aynı şekilde müteahhidin kusuru ile imkansızlığa neden olduğu durumlarda sorumluluğu söz konusudur.⁸⁵⁴

⁸⁵⁰ DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul,1976, s. 101 vd.

⁸⁵¹ DURAL, ss. 105, 108-109.

⁸⁵² "18.11.1997 tarihinde yapılan tadilat projesiyle 16 nolu dairenin garaj hakkı ortadan kaldırılmıştır. Böylece, davacıya verilmesi vaad edilen garaj yeri yönünden, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin ifası imkansız hale gelmiştir. Davalı arsa sahibinin veya haleflerinin açık veya kapalı rızası olmadan inşaat sözleşmesinde ve dolayısıyla inşaat projesinde değişiklik yapılması mümkün olmadığı gibi, tadilat projesinin alınması da mümkün değildir. Davalı Muharrem, sözleşmenin imkansız hale gelmesinde bu nedenle kusurludur; dolayısıyla, garaj yönünden davacının zararını tazminle yükümlüdür.", Y. 15. HD. 25.10.2001 2599/4820 ; Aynı doğrultuda: YHGK 21.5.1997 15-157/444, www.kazanci.com.tr.

⁸⁵³ "Sözleşme gereğince davacı yükleniciye ait olması gereken 8922 parseldeki D blok 2 nolu ve E blok 2 nolu villalar, davalı arsa sahipleri tarafından haksız olarak dava dışı kişilere satılmış ve böylelikle davacı yüklenicinin aynı villalar için tescil isteği imkansız hale gelmiş ise de, bunların yerine arsa sahipleri üzerinde kalan eşit değerde iki villanın yüklenici adına tescili, hakkaniyet kuralları ve yararlar dengesine uygun bulunduğundan tescil kararı verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle bedele hükmedilmesi de doğru görülmemiştir.", Y. 15. HD. 7.12.1995 5009/7284, UYGUR, C II, s. 221.

⁸⁵⁴ "Yanlar arasındaki biçimine uygun düzenlenen 20.5.1999 günlü sözleşmede "... arsa sahibine ait dairelerden herhangi birine bağlı olarak bodrumda bir arabalık otopark yapılacağı..." hükmü bağlanmıştır. Sözleşmenin anılan hükmün yerine getirilme olanağı bulunmadığı da Belediye'nin karşılık yazıları ile sabittir. Daha açığı, ifa imar mevzuatı açısından imkansızdır. Hal böyle olunca davalı arsa sahibi sözleşme ile kararlaştırılan ifa çıkarım parasal olarak davalıdan isteyebilir. Bu çıkarı bilirkişilerce 900.000.000 TL olarak saptandığından uyuşmazlığın var olan davada giderilmesi de yargılamanın en az masrafla ve süratle halli ilkesi gereğidir.

Yargıtay bir Kararında⁸⁵⁵, tarafların her ikisinin de imkansızlığı öngörerek sözleşme yapması durumunda, bir işe yaramayan harcamalardan, tarafların aralarındaki paylaşım oranına göre sorumlu olacaklarını belirtmiştir. Karara konu olayın özelliği dikkate alındığında, zararın paylaşılması ile ilgili Yargıtay görüşünün mantıklı ve tutarlı olduğu sonucuna varılmaktadır. Çünkü, taraflar sözleşmenin ifa edilebilirliği ile ilgili Anayasaya aykırı durumu dikkate alarak bir riske girmektedirler. Bu risk neticesinde tarafların elde edecekleri fayda oranında zarara da katlanmaları gerekir.

1.3.4.2.2 Kusursuz Sonraki İmkansızlık

Bu tür imkansızlık en çok imar durumunda sonradan oluşan elverişsizliklerden kaynaklanmaktadır. Bu durumda tarafların herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. BK m 117 de, borcun ifasının borçluya yüklenemeyen durumlar sonucu imkansızlaşması ile borcun sona ereceği açıkça ifade edilmiştir.⁸⁵⁶

Sözleşme konusu parselin sonradan kamulaştırılmasına karar verilmesi de BK m 117 kapsamında değerlendirilmelidir.⁸⁵⁷

İfanın aşırı derecede güçleşmesini BK m 117 de düzenlenen imkansızlık hali ile bir tutan ve borcun sona erdiğini kabul eden görüşler de vardır⁸⁵⁸. Yargıtay da bir Kararında bu görüşü benimsemiştir.⁸⁵⁹ Kanımca Karara konu somut olayda, imkansızlık hükümlerinin

Dairemizin yerleşik uygulamasında bu durum "birlikte ifa" kuralı olarak açıklanmaktadır. O halde dava 900 milyon liranın davacı tarafından depo edilmesi koşuluyla ve "birlikte ifa" kuralı doğrultusunda kabul edilmelidir. Taraflar arasındaki uyumsuzluğu yeni bazı davalara taşır şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından karar bozulmalıdır.”, Y. 15. HD. 2.6.2003 2522/2871 ; Aynı doğrultuda: YHGK 17.4.1996 15-135/274, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 4.3.1996 1101/1984, UYGUR, C II, s.239.

⁸⁵⁵ “Her ne kadar sözleşmenin yapıldığı tarihte inşaatın yapılması mümkün ise de, bilahare Anayasa Mahkemesinin iptal Kararı ile imkansızlık meydana gelmiştir. Bundan sonra proje onaylatılarak ruhsat alınmış ve ek sözleşme yapıldığına ve özellikle de ek sözleşmenin yukarıda belirtilen ikinci maddesindeki beyanlardan inşaatın yapılmasına birlikte karar verildiği anlaşılmakla tarafların iyiniyetinden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla oluşan zarara da birlikte katlanmaları gerekir. ...İnşaatın yapılmasında sonradan imkansızlık meydana gelmeyip, akdin gereği yerine getirilseydi, taraflar sözleşmedeki paylaşım oranına göre %32-%68 oranında yararlanacaktı. Bu durumda meydana gelen zarara tarafların aynı oranda katlanmaları gerekir.”, Y. 15. HD. 13.3.1996 6469/1340, UYGUR, C II, s.239 vd.

⁸⁵⁶ “... parsellerin bulunduğu yer imar planındaki tadilat sonucu yeşil alana dönüştürüldüğünden, davalının inşaaata başlaması mümkün değildir. Bu durum imar planında belediye tarafından yapılan tadilat nedeniyle ortaya çıktığından, imkansızlık kamu düzeniyle ilgili olup objektif ve davalının dışındadır. İmar Kanunundan doğan engel nedeniyle inşaatın yapılması mümkün olmadığından, BK.nun 117.maddesinde yer alan imkansızlık nedeniyle davalı ifaya zorlanamaz.”, Y. 15. HD. 25.4.2002, 2001/5744, 2065, www.kazanci.com.tr ; Aynı doğrultuda: Y. 15. HD. 31.1.2002 E:2001/4351, K:545, YKD. Ekim 2002 s. 1534 ; Y. 15. HD. 22.4.1993 1866/1907, www.kazanci.com.tr ; Y. 15. HD. 23.1.1992, 1991/3469, 149, KOSTAKOĞLU, ss. 744-745 ; Y. 15. HD. 4.7.1989 199/3232, KOSTAKOĞLU, s.745.

⁸⁵⁷ Y 15. HD. 12.12.1988 1381/4260, KOSTAKOĞLU, s. 745.

⁸⁵⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorululuğu, s. 45; ERMAN, Beklenmeyen Haller, s. 49 vd. bu görüşler dile getirilmiştir.

⁸⁵⁹ “Mahkemece dosya kapsamına göre akdin feshine karar verilmiştir. İzmir 5. Noterliğinde 114.4.1987 tarih ve 17337 yevmiye sayıyla düzenleme şeklinde tanzim edilen sözleşmeye göre davacılar ait arsada, davalı tarafından kat karşılığı inşaat yapılması kararlaştırılmış, belediyeden tastikli plan ve projeye göre temel üstü ruhsatının alınmasından itibaren 16 aylık süre tespit edilmiştir. Ancak, sözleşmeyi müteakip yüklenici yapı ruhsatı için belediyeye başvurduğunda, arsanın mustakilen imara müsait olmadığını, belediyeye ait yol fazlası 55,50 m2 arsa ile tevhit edildiğinde ruhsat verilebileceğini öğrenmiş, 3.330.000 TL değerindeki bu arsanın alınması için davacıları haberdar etmiştir. Davacılar ise arsanın yüklenici tarafından alınması gerektiğini savunarak olumlu yaklaşım göstermemişlerdir. Sözleşme esnasında taraflarınca düşünülmeyen ve sözleşmeyi

dikkate alınmaması gerekir. Belediyeye ait arsanın satın alınması ile inşaaata devam olanaklıdır. Ancak, arsanın satın alınması müteahhide inşaatın yapılması konusunda aşırı zorluk çıkardığında, müteahhidin sözleşmeden dönme veya uyarılama imkanının bulunduğu kabul edilmelidir. Buna karşı arsa sahibi bakımından da arsanın satın alınması kendisine büyük yük getiriyorsa, onun da sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi uyarılama hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu tür taleplerin dayanağı ise kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, BK m 365/2 veya BK m367/2 yerine TMK m 2 olmalıdır.

BK m 365/2 de ; götürü bedelli işlerde, önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça dikkate alınmayan hallerin, işin yapılmasına engel olması veya yapılmasını son derece güçleştirmesi durumunda, hakimin, sahip olduğu takdir hakkına istinaden, kararlaştırılan bedeli arttırabileceği veya sözleşmeyi feshedebileceği belirtilmiştir.

Aynı şekilde BK m 367/2 de de; iş sahibinin arsası üzerinde yapılan şeyin bedelinin yaklaşık olarak kararlaştırıldığı durumlarda, işin bedeli iş sahibinin bir etkisi olmaksızın çok fazla artarsa, iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, inşaat henüz bitmemiş ise, müteahhidin işe devamdan men ederek, yapılan kısmın bedelini hakkaniyet dairesinde vererek sözleşmeyi feshedebilir.

Yukarıdaki hükümler kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapısına uygun değildir. BK 365/2 hükmü, daha çok iktisaden zayıf durumda olduğu kabul edilen küçük zanaatlarla uğraşan müteahhitlerin korunması amacıyla getirilmiştir⁸⁶⁰.

Bilindiği üzere kat karşılığı inşaat sözleşmesi götürü bedelli bir sözleşmedir. Öncelikle BK m 365/2 hükmü götürü bedelli işlerde müteahhidin iş yükünün aşırı artması durumunu dikkate almaktadır. Ancak, iş sahibi açısından artan maliyet unsurunu dikkate alan bir düzenleme içermemektedir. Bu durumda doğan boşluğun BK m 367/2 hükmü ile doldurulabileceği ileri sürülebilirse de, bu hüküm takribi (yaklaşık) olarak iş bedelinin kararlaştırılması haline karşılık gelmektedir. Oysa, kat karşılığı inşaat sözleşmesi götürü bedelli bir sözleşmedir. Götürü bedelli işte ise arsa sahibinin bedelden indirim sağlamasına olanak tanıyan doğrudan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, yaklaşık ücretin kararlaştırıldığı, yani ücretin belli bir oranda artıp azalmasının göze alındığı bir durumda, bu bedelin aşırı artması, iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkı verirken, sabit (götürü) ücretin aşırı artmasında bu hakkın evveliyetle tanındığı kabul edilmelidir.

Yukarıdaki hususlardan başka, söz konusu hükümler sözleşmenin kurulmasından sonra, tarafların bir etkisi ve kusuru olmaksızın, gerek işin yapılmasında güçlük çıkması, gerekse işin maliyetinin artması durumuna karşılık gelmemektedirler. Bu hükümlerin uygulanabilmesi için, iki tarafça dikkate alınmayan halin; **işin yapılmasına engel olması** veya yapılmasını **son derece güçleştirmesi** ya da bedelini **çok fazla aşması** unsurları aranmaktadır. Sonuç olarak bu hükümler, her durumda sözleşmenin beklenmeyen hallere uyarlanmasına olanak vermemektedirler. Örneğin, yapılacak inşaatın kat adedinin, sözleşmeden sonra imar durumunda yapılan değişiklik nedeniyle, 8 kattan 7 kata düşürülmesi durumunda, söz konusu hükümlerin uygulanması mümkün değildir.

müteakip ortaya çıkan imkansızlık hali hakkında sözleşmede hüküm bulunmamaktadır. Her iki tarafın müşterek tutumundan doğan yeni durum nedeniyle akdin ifası imkansız hal almış olmakla, BK m 117 maddesine hüküm sonucu itibarıyla doğru bulunduğu onanmasına...”, Y.15. HD. 22.10.1990 1253/4228, KOSTAKOĞLU, s. 729

⁸⁶⁰ TANDOĞAN, C II, s. 245.

Söz konusu hükümler sözleşmeden dönmeyi gerektirecek nitelikteki güçlükleri dikkate aldıklarından ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshinin de ileri veya geriye etkili olmasında TMK m 2 hükmüne başvurulacağından, bu hükümlerdeki şartların gerçekleşmesi durumunda dahi, TMK m 2 ile sorunun çözümü uygun olacaktır.

Esasen, işin yapılmasına engel olan veya yapılmasını son derece güçleştiren nedenlerin ve özellikle de bu durumların varlığında başvurulacak yolun belirlenmesinde dürüstlük kuralları dikkate alınacaktır. Gerçekten, BK m 365/2 de hakimin taktir hakkından, BK m 367/2 de de hakkaniyet dairesinde verilecek karardan bahsedilmektedir. Müteahhidin BK m 365/2 uyarınca bedel artırım talebine karşı, arsa sahibinin de, BK m 367/2 den doğan bedelin aşılması nedeniyle sözleşmenin feshi talebinde bulunması durumunda, TMK 2'nin dikkate alınması daha da ön plana çıkmaktadır.

Kaldı ki ; BK m 365/2 ve m 367/2 de sadece bedelin arttırılıp eksiltilmesi ile sözleşmenin feshi imkanı tanınmıştır. Oysa TMK 2 hükmüne başvurulduğunda, sözleşme süresinin uzatılması, ücret artırımını ya da azaltımının para dışında arsa payı şeklinde olması veya yapılacak inşaatın niteliklerinde değişikliğe gidilmesi gibi çeşitli alternatiflerin uygulama olanağı doğmaktadır.⁸⁶¹ Örneğin, sözleşmede otoparkın parsel içinde 4 adet bodrum kat içinde yapılacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, hafriyat sırasında 2. Bodrumdan sonra sert bir kayaya rastlanmıştır. Ruhsatı veren İdare, otopark bedelinin ödenmesi suretiyle 3 ve 4. Bodrum katlarda yapılacak otoparktan vazgeçilebileceğini belirtmiştir. Ancak, arsa sahibinin otopark yapılmasında ısrar etmesi üzerine, müteahhit, sonraki 2 kat bodrum otoparkı yapılmaksızın sözleşmenin ayakta tutulmasını hakimden TMK m 2 uyarınca uyarılama yoluyla talep edebilir. Burada ücretin arttırılması söz konusu değildir. Aksine, edim borcunun niteliğinde değişiklik söz konusudur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde beklenmeyen haller nedeniyle çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde TMK 2. Maddesinin dikkate alınmasının daha uygun olacağını düşünmekteyim.

Esasen BK m 365, m 367 ya da TMK m2 hükümlerinden hangisi uygulanırsa uygulansın, sonuca önemli etkisi olmayacaktır. Her iki yöntemde de amaçlanan, sözleşmenin uyarlanarak adil bir sonuca ulaşılmasıdır. Yargıtay bir Kararında, davacı müteahhidin inşaat maliyetinin aşırı artması nedeniyle, nakit şeklindeki bedele yönelik talebinin, BK m 365. madde kapsamında, kendisine kalacak arsa payının arttırılması olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁶²

İmar durumundaki menfi değişme yanında başka faktörlerin de devreye girmesi ile sözleşme ile bağlı kalma zorunluluğu ortadan kalkabilir. Yargıtay bir Kararında iki ayrı parselde yapılacak 6 şar katlı binadan birincisine inşaatı yapıp, tamamlanmasından ve arsa sahibine bu binada kalan bağımsız bölümlerin de tesliminden sonra, imar durumundaki değişiklik ile 2. parselde yapılacak binanın 6 kattan dört kata düşürülmesi ve ayrıca bu arsanın komşu parselden tecavüzlü olması durumunda, TMK m 2 hükmünü dikkate alarak, arsa sahibinin sözleşmeyi ileri etkili olarak sonlandırabileceğini belirtmiştir.⁸⁶³

⁸⁶¹ TANDOĞAN, C II, s. 256.

⁸⁶² YHGK 5.3.2003 15-125/141.

⁸⁶³ Y.15. HD. 1.4.1986 1140/1264, KOSTAKOĞLU, ss. 747-748.

Sonraki imkansızlığın meydana gelmesinde, borçlunun kusurunun olup olmadığı belirlenerek sonuca varılması gerekmektedir. Kusurlu imkansızlıkta BK m 96, kusursuz imkansızlıkta ise BK m 117 hükmünün uygulanması söz konusudur.⁸⁶⁴

Kusursuz imkansızlıkta taraflar birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edeceklerdir (BK m 117/2).⁸⁶⁵

Müteahhit, temerrüde düştükten sonra oluşan kusursuz imkansızlıktan BK m 102 kapsamında sorumlu olacaktır. Örneğin arsa sahibine 20 villa bırakılan bir inşaatın teslim tarihi geçtikten ve müteahhit teslim konusunda temerrüde düşürüldükten sonra, imar durumunda değişikliğe gidilip parselde yapılabilecek villa sayısı 15'e düşürülürse, eksik alınan 5 villanın bedelinden müteahhit sorumlu olacaktır. Aynı husus kat adedinin düşürülmesi durumunda da gündeme gelecektir.

Doktrinde, eser sözleşmeleri bakımından sonraki kusursuz imkansızlıkla ilgili olarak öncelikle Borçlar Kanunu'nun 368, 370 ve 371. Maddelerinin uygulanması gerektiğine dair görüşler vardır.⁸⁶⁶ Ancak bu görüşler eleştiriye açıktır. Şöyle ki;

BK m 368 hükmü doğrudan imkansızlıkla ilgili olmayıp, hasarın intikali ile ilgilidir. Çünkü yapılan şeyin telef olması, her zaman o şeyin yeniden yapılamayacağı anlamına gelmez. Doğal olarak, yapılması imkan dahilinde olan şeyler bakımından da imkansızlık söz konusu olmayacaktır.⁸⁶⁷ Burada, doğan zarardan sorumluluğun kapsamı tariflenmektedir. Yoksa imkansızlık nedeniyle sözleşmenin sona ermesi söz konusu değildir⁸⁶⁸. Müteahhit eserin telef olmasından sonra da aynen ifade ısrar edebilir. Ancak eserin yeniden yapılmasının getireceği külfet dikkate alınarak, sözleşmenin tasfiyeye tabi tutulması imkanı getirilmektedir.⁸⁶⁹ Maddenin birinci fıkrasına göre, arsa sahibinin, inşaatı teslim almada temerrüde düşmemesi kaydıyla, inşaatın teslimden önce beklenmeyen bir nedenle yok olması durumunda, müteahhit, inşaat için bir talepte bulunamaz. Zaten temerrüdün bulunduğu kaza halinde sorumluluğu düzenleyen BK m 102 de aynı şeyi söylemektedir.

Müteahhidin yaptığı iş için hiçbir bedel isteyememesi nedeniyle arsa sahibinin de telef olan malzemesinin bedelini istemesi mümkün değildir (BK m 81). Sözleşmede bazı malzemelerin arsa sahibi tarafından temin edileceği kararlaştırılmış olursa, kusur olmaksızın oluşan kaza sonucu borç ortadan kalkacağı için, arsa sahibi de telef olan bu malzemeler nedeniyle müteahhitten bir talepte bulunamayacaktır. Örneğin, arsa sahibi bir demir tüccarı olup, inşaatın tüm demirlerini temin etmeyi yükümlenmiş ve bağımsız bölümlerin paylaşımında da bu husus dikkate alınmışsa (bir başka anlatımla arsa sahibine vereceği demir karşılığında bağımsız bölüm yapılması da söz konusu ise), binanın beklenmeyen bir nedenle telef olması durumunda, verdiği demirlerin bedelini müteahhitten talep edemeyecektir. Ancak, arsa sahibinin sözleşme ile malzeme teminini üzerine almadığı, yani müteahhidin bedeli ile arsa sahibinden malzeme aldığı durumlarda, malzeme bedelinden sorumluluğu devam

⁸⁶⁴ YHGK 23.1.2002, 2001/13-1039, 16, www.kazanci.com.tr.

⁸⁶⁵ “ Üzerine inşaat yapılması kararlaştırılan 1 ve 37 parsellerin tevhit işlemlerinin mümkün olmayışı nedeniyle sözleşmenin imkansız hale geldiği hususunda tarafların bir uyuşmazlıkları bulunmadığı gibi, bu yön bilirkişi raporuyla da saptanmıştır (BK. m. 117). Bu bakımdan yanlar sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca verdiklerini birbirlerinden isteyebilir.”, Y.15. HD. 12.5.1997 1139/2483, www.kazanci.com.tr.

⁸⁶⁶ KÜRŞAT, İmkansızlık, s. 768 vd.

⁸⁶⁷ ALTAŞ, s. 59.

⁸⁶⁸ SELİÇİ, Müteahhidin Sorululuğu, s. 64.

⁸⁶⁹ Sözleşmenin sonlandırıldığı, bu hükmün “Akdin Hitamı” bölümünde yer alması ve tasviyeye yönelik hükümler içermesinden anlaşılmaktadır.

edecektir. Bundan başka, arsa sahibinin telef olan yapının arsasından kaldırılması masraflarına kendisinin katlanacağı tabiidir.

Bu arada, gerek BK m 117 gerekse BK m368/1-2 kapsamında, daha önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesi gerekmektedir. Bu nedenle telef olma durumunda, müteahhit, sözleşmeyi sonlandırdığında, arsa sahibinden daha önce devraldığı bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarını iade etmelidir.

BK m 368. madde 3. fıkrasının da kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesine uygun olmadığı anlaşılmaktadır. Söz konusu fıkra göre; inşaat, arsa sahibinin verdiği malzemenin veya arsasının kusurundan yahut arsa sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise; müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar etmek kaydıyla takdirde yaptığı işin bedelini ve bu bedele dâhil olmayan masrafların ödenmesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhidin, fazla olarak zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardır.

Ancak, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, kural olarak, arsa sahibinin malzemeyi temin yükümlülüğünü içeren bir sözleşme değildir. Arsanın kusurunun ise müteahhitten gizlenmesi mümkün değildir. Çünkü yapıya ruhsat alınırken zemin etüdü yapılamakta, imar planı ve alt yapı durumu bilinmektedir. Arsa sahibinin ruhsat projesi dışındaki isteklerinin ise, müteahhit tarafından yerine getirilmemesi gerekir. İnşaat işleri ile uğraşan müteahhit basiretli davranmak zorunda ve arsa sahibinin emirleri ile değil de sözleşme ve imar mevzuatı ile bağlı kalmak durumundadır. Sözleşmenin, inşaatın yok olması tehlikesini içermesi durumunda, müteahhidin kusurlu olacağı açıktır. Müteahhit yok olma tehlikelerini zamanında ihbar etmek değil, tehlikeli işleri yapmamakla yükümlüdür. Çünkü, arsa karşılığı yapılan ve yok olması ihtimali bulunan eser, genelde basit bir yapı değildir. Büyük ihtimalle içinde yaşanan veya yaşanacak olan yapının, telef olmasının ölüm gibi ağır sonuçları söz konusudur. Bu nedenle de, imar mevzuatı, mesleki ilke ve mevzuatlar, arsa sahibinin, eserin telef olması ihtimalini yaratan imal ve inşaa ile ilgili emirlerinin uygulanmasını engeller. Borçlar Kanununun istisna akdi ile ilgili hükümleri sadece inşaat işlerini kapsamamakta, bu nedenle de geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, söz konusu hüküm kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapısı ile uyum içinde değildir.

Burada müteahhidin borcu, arsa sahibine kalacak yapının teslimi olduğundan, eserin telefi ile bu yapının tamamının telefi anlaşılmalıdır. Yapının unsurlarından bir kısmı ile ilgili emir ve talimatlar bakımından telef olma söz konusu değildir. Örneğin, arsa sahibi ile yapılan sözleşmede, arsa sahibi çatı örtüsünün ince ve hafif bir kaplama veya çatının eğiminin çok düşük olmasında ısrar etmiş, müteahhit ise, imar mevzuatı müsaade etmesine rağmen, bölgenin şiddetli rüzgara maruz kaldığını ve hafif olan çatı örtüsünün kalkabileceği yada çok fazla kar yükü altında eğim azlığı nedeniyle çatının çökebileceği konusunda arsa sahibini uyarılmış, ancak arsa sahibinin ısrarı ile bu kaplamayı yapmış veya eğimi vermiş ise, çatının rüzgarda uçması ya da karda çökmesi ile eserin telefi söz konusu olmaz. Bu durumda, arsa sahibinin kusur ile oluşan tüm zararın, BK m 96 ve m 98 kapsamında arsa sahibinden istenmesi de mümkündür. Ancak, bu durum, eserin telef olması ve yeniden yapılmasının imkansızlığı kapsamında değerlendirilemez.

Telef olmada, sözleşme konusu yapının tamamının yeniden yapılacak şekilde yok olması söz konusudur. Yukarıdaki örnekte binanın sadece çatısının uçması, telef olması anlamına gelmez. Bu husus her olayın özelliği dikkate alınarak belirlenmelidir. Örneğin toplam 7 katlı binanın yapım aşamasında 4. Katının betonunun döküldüğü sırada, deprem olması ve bu katın çökmesi halinde, binanın diğer bölümleri sağlam kalmışsa telef olma söz

konusu değildir. Ancak, bu çöken kat nedeniyle alt katlardaki kolon-kirişler de zarar görmüş ve binanın, güçlendirme yapılmaksızın tümünden yeniden yapılmasının daha ekonomik olduğu anlaşılmışsa, telef olma durumu gündeme gelecektir.

BK m 370/1 bakımından da aynı sonuca ulaşırız. Söz konusu maddede BK m 117 den farklı olarak sonraki kusursuz imkansızlık halinde, “kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafını” denilerek, müteahhidin, arsa sahibinin zenginleştiği oranda değil de, kendisinin fakirleştiği nispette talepte bulunulacağı ifade edilmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin bedeli, nakit değil, arsa olarak ödenmektedir. Bedelin başlangıçta müteahhide ödenmesinden, yani, arsa payının devrinden sonra oluşan kusursuz imkansızlıkta, müteahhidin alacağı BK m 117 kapsamında belirleniyorken⁸⁷⁰, arsa payının müteahhide devredilmediği hallerde arsa payı verilmek suretiyle BK m 370 in uygulanması⁸⁷¹ evveliyetle mümkün olmayacak ve çelişkili durum yaratılacaktır.

BK m 370 de müteahhidin yaptığı işin kıymetini alacağından bahsedilmektedir. Buna göre, yaptığı işin bedeli taşınmaz olduğundan dolayı, bunu arsa payı veya hissesi olarak mı alacaktır ? BK m 370 hükmünün kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygun olmadığı görülmektedir. Şöyle ki; doktrinde⁸⁷², arsa sahibinin devretmeyi taahhüt ettiği arsanın kamulaştırılmasının, toprak kayması, deprem gibi sebeplerle inşaaata elverişli olmaktan çıkmasının BK m 370 kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bedel karşılığı inşaatlar bakımından bu görüş benimsenebilir. Ancak kat karşılığı inşaatlarda, genel olarak, müteahhidin de yapılacak arsadan pay alması söz konusudur. Pay devri, bazen kısmi, bazen tam olarak başlangıçta yapıldığı gibi, inşaatın devamı sırasında da gerçekleşmektedir. Bu durumda söz konusu olayların müteahhit nezdinde de gerçekleştiği kabul edilecektir.

Kaldı ki; BK m 370’in bu kadar çok geniş yorumlanması, BK m 368/1’in bertaraf edilmesine de neden olmaktadır. Deprem, toprak kayması gibi tabii afetler ile yapılan eserin tamamının telef olması durumunda BK m 368/1 uygulanarak müteahhit bir şey talep edemezken, BK m 370/1 kapsamında değerlendirme de bulunulduğunda, yaptığı masrafın tamamını alabilmesinin gerekçesini açıklamak zordur. Müteahhidin talep edebileceği haklar bakımından bu kadar büyük bir uçurum yaratılmaması gerekir. Esasen, BK m 370 ile m 368 arasındaki ilişki de doktrinde tartışmalıdır⁸⁷³. Kanımca BK m 370/1 de meydana gelen imkansızlık, eserin telef olmasına değil yarım kalmasına ve bitirilmesine engel olan imkansızlıktır. Bu halde, arsa sahibinin malvarlığına katılan bir değer bulunduğundan, bundan arsa sahibinin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Fakat BK m 117, tüm bu durumları içine alan bir düzenleme içerdiğinden ve ortada saf bir istisna akdi bulunmadığından, öncelikle uygulanmalıdır görüşümdedir. BK m 370; iş sahibinin riziko alanında kalan (iş sahibinin şahsından kaynaklanan) kazalar bakımından uygulanabilir. Örneğin, kendi portresinin veya takma dişinin yapılmasını ısmarlayanın, kaza sonucu ölmesi durumunda, o zamana kadar yapılan işle ilgili ücretin ödenmesi gerekir.⁸⁷⁴ BK m 370 başlığında da “iş sahibinin yüzünden hizmetin ifası mümkün olmaması” denilerek bu durum doğrulanmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin kusuru olmaksızın şahsı ile bir nedenle ediminin imkansızlaşması söz konusu olma ihtimali düşüktür. Bu nedenle de kamulaştırma, imar durumu ve planı değişikliği, tabii afet gibi iş sahibinin şahsı ile ilgisi olmayan durumlarda da

⁸⁷⁰ Çünkü inşaat yapılmasının olanaksız olduğu bir arsa için kat irtifakı kurularak, müteahhide kalacak arsa payının adına tescili ile ücretinin ödenmesi imkanı olmadığından BK m 117 hükmünün uygulanma zorunluluğu vardır.

⁸⁷¹ KÜRŞAT, İmkansızlık, s. 775.

⁸⁷² TANDOĞAN, C II, s. 327, Kurşat, İmkansızlık, s. 771.

⁸⁷³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorululuğu, s.51 ; ALTAŞ, s.199 vd.

⁸⁷⁴ TANGOĞAN C II, s.327.

genel hüküm olarak BK m 117 hükümünün uygulanması gerektiği görüşündeyim. Nitekim, sonraki kusursuz imkansızlıkla ilgili Yargıtay Kararlarında da doğrudan BK m 117 nin uygulandığı görülmektedir.

BK m 371'in de kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Yapılacak inşaat sermaye gerektirmektedir. Şahsi bir maharet söz konusu değildir.⁸⁷⁵

Ancak müteahhidin şahsının tamamen ön planda olduğu, o müteahhit olmasa başka biriyle sözleşmenin yapılmayacağını anlaşıldığı hallerde BK m 371 uygulanabilir. Örneğin müteahhit aynı zamanda bir mimardır ve yaptığı tüm binalarda inşaat yapımı sırasında kendine has ojinallikler yaratmakta, proje tadilatları ile de bunları imar mevzuatına uygun hale getirmektedir. Böyle bir müteahhidin yaratacağı özgün nitelikli yapının başka birisi tarafından yapılmasının mümkün olmadığı dikkate alınarak BK m 371 hükmüne başvurulabilir.

Yine, sözleşmede, müteahhitten başka bir şahsın ifasının kabul edilmeyeceği açıkça belirtiliyorsa bu müteahhidin ölümü veya acz içine düşmesi (örneğin bir trafik kazası veya hastalık neticesinde akıl sağlığını yitirmesi) durumunda BK m 371 uygulama alanı bulabilir.

İflas durumunda da müteahhidin acz içinde olduğu kabul edilmelidir.⁸⁷⁶

Müteahhidin aczinin söz konusu olduğu hallerde BK m 82 uyarınca arsa sahibi uygun bir süre içinde teminat isteyebilir. Teminatın verilmeme durumunda ise, sözleşmeden dönebilir.⁸⁷⁷

⁸⁷⁵ “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacılar, davalı yüklenicinin inşaatı terk ettiğinden dolayı 5.1.1987 günlü ihtarla 30 günde inşaatı başlanmasını istemişlerdir. Oysa mahkeme, müteahhit Ahmet'in öldüğünden dolayı Borçlar Kanununun 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhidin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir. İnşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibara alınmamıştır.”, Y. 15. HD. 12.11.1990 1503/4707 ; Aynı doğrultuda: Y.15.HD. 22.4.1993 1866/1907 ; YHGK 1.11.1995 15-652/900, www.kazanci.com.tr.

⁸⁷⁶ Detaylı bilgi için TANDOĞAN, C II, ss. 341-342 ; KARAHASAN, C I, İnşaat, s. 443.

⁸⁷⁷ Y. 15. HD. 13.9.1989 2347/3466.

SONUÇ

Müteahhidin arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde yapacağı inşaat karşılığında, arsa sahibinin, müteahhide taşınmaz genellikle de bazı bağımsız bölümlerin arsa payı devrini yükümlendiği sözleşmeye; “Taşınmaz (Kat) Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi” denir.

Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesi eser sözleşmesi ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinden oluşan çift tipli karma bir sözleşmedir. Eser sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabii tutulmamışken, gayrimenkul satışı veya satış vaadi sözleşmesi resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Arsa sahibinin satım vaaadinin karşılığında aldığı bedelin resmi senette gösterilmesi gerekir. Bu bedel ise müteahhidin inşaat yapma borcuna karşılık geldiğinden, inşaat sözleşmesinin de resmi senede bağlanması zorunluluğu doğmaktadır. Şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamında kalabilir. Özellikle tarafların edimlerini karşılıklı ifa etmeleri durumunda, şekil eksikliğinin ileri sürülmesi kabul edilemez. Sözleşmenin esaslı unsurlarının değiştirilmesi de resmi şekilde yapılacak bir tadil sözleşmesi ile mümkün olur. Sözleşmenin esaslı hükümlerini tadil etmeyen, sözleşmeyi tamamlayıcı, ferî nitelikteki ek sözleşmelerin ana sözleşme ile aynı şekilde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Müteahhit, inşaatı sözleşmeye uygun yapmak, sözleşme masraflarını karşılamak, imar mevzuatı ve sözleşmeye uygun projeleri hazırlatma ve ruhsat alma, inşaatı sadakat ve özenle, özellikle de imar mevzuatına uygun yapma, sözleşmedeki şartlarda teslim borcu altındadır. Müteahhit teslimden sonra da ayıp ile eksikliklerden sorumlu olmaktadır.

Arsa sahibi ise, arsayı teslim, inşaatın yapımı konusunda vekalet verme ve en önemlisi de arsayı veya arsa payını devir borcu altındadır.

Taraflar arasında kararlaştırılan teslim süresinde, bir başka anlatımla vadede ifanın gerçekleşmemesi üzerine, seçimlik hakların mehil tanınmaksızın kullanılabilmesi kabul edilmelidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa sürecinin uzunluğu ve özelliğinden kaynaklanan nedenlerle, BK m 358 hükmü de kıyas alınarak “KESİN” vadeli sözleşmenin sonuçlarının doğacağı dikkate alınmalıdır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde genelde tam bir teslim söz konusu değildir. Teslim edilen binadaki bağımsız bölümlerin tamamı arsa sahibine ait olmadığı gibi, arsa sahibi, nama ifa talebinde bulunmadıkça, ortak yerlerde bulunan ayıpların tamamının giderilmesini isteme hakkına da sahip değildir. Müteahhide devredilecek arsa payı içinde müteahhidin yaptığı binanın da bulunduğu dikkate alınarak, arsa sahibinin saf ücret borcunu düzenleyen BK m 360 hükümleri yanında genel hükümlere de başvurulabilmektedir.

İnşaatın bitirildiği veya sözleşmeye göre arsa sahibinin devir borcunun doğduğu iddiasıyla müteahhit tarafından, kendisine verilecek bağımsız bölümlerin adına tescili için açtığı davada, arsa sahibi, devir şartlarının gerçekleşmediğini ileri sürebilir. Bu durumda devir şartlarının çok büyük oranda gerçekleştiğine ve bağımsız bölümlerin teslim alınabilir aşamaya geldiğine kanaat getiren mahkeme eksik, kusur ve zararların giderilmesi koşuluyla, müteahhidin tescil talebini kabul edebilir. Bu uygulamaya, birlikte ifa kuralı denilmektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerhi ile bu sözleşmeden doğan şahsi hakların, sözleşme konusu taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilmesi mümkün olmaktadır. Sözleşmenin tapuya şerh verilmesi durumunda, arsa sahibi veya müteahhitten tapuda pay alan üçüncü kişiler, sahip oldukları pay oranında sözleşmeye katılmış sayılarak, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerimize sahip olmalıdırlar. Burada üçüncü kişiler, sözleşmeyi kuran tarafların sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla sözleşmeye katılmış sayılmalıdırlar.

Müteahhidin temerrüdü durumunda aynen ifa ve gecikme tazminatı yanında sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini seçeneklerine uygulamada sıklıkla başvurulmaktadır.

Aynen ifada istenen gecikme tazminatının en önemli bölümünü, arsa sahibine kalan bağımsız bölümlerin kira kaybı oluşturmaktadır. Ancak, sözleşmelerde gecikme durumunda verilmesi kararlaştırılan ödemelerin ifaya ekli cezai şart mı, gecikme tazminatı mı olduğu konusunda tereddütler yaşanmaktadır. Tereddüt halinde, ifaya bağlı ödemelerin cezai şart olarak nitelendirilmesi ile sonuca varılmalıdır.

Sözleşmeden dönmede, müteahhit, arsa sahibi ile aralarındaki sözleşmeye istinaden inşaatı yaptığından, sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde yaptığı imalat bakımından iyiniyetli zilyet konumundadır. TMK m 994 uyarınca iyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir. Buna göre, yaptığı inşaatın bedeli ödenmedikçe, müteahhit taşınmazı geri vermekten kaçınabilir. Dönmede müteahhidin yaptığı imalatın bedeli kendisine sebepsiz zenginleşme hükümlerine ödenmelidir. Arsa sahibi de devrettiği arsa payının kendisine iadesini talep edebilir.

Yerleşik Yargıtay kararlarına göre, tapuda pay geçirim borcunu öngören kat karşılığı inşaat sözleşmesinden tek taraflı olarak dönülmesi mümkün değildir. Ya karşı tarafın kabulü veya bu konuda bir mahkeme kararı gerekir. Oysa, dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurması ile taraflar arasındaki sözleşmenin tasfiyesi konusundaki ayırım yapılarak sonuca varılması gerekmektedir. Örneğin, açılan davada, arsa sahibinin dönme beyanının haklılığını müteahhit kabul ettiğinde, ya da dönme beyanını kabul etmekle beraber, dönmede haklı olmadığını ileri sürdüğü durumlarda, dönme konusunda karşı tarafın açık kabulü bulunduğundan, bu beyanın müteahhide ulaştığı tarih itibarıyla dönmenin hüküm ve sonuçları doğacaktır. Ancak tasfiye bakımından çıkan uyuşmazlık, dönmenin hüküm ve sonuçlarının doğduğu tarihi etkilemeyecektir. Örneğin müteahhidin sözleşme kurulurken tapusunu aldığı bağımsız bölümü iadede kaçınması durumunda, arsa sahibinin iadeyi talep eden davası, tasfiyeye yönelik olup, bu dava sonunda verilen kararın kesinleşme tarihi ile dönme beyanının hüküm ve sonuçlarının doğduğu konusunda çekişmesiz olan, (yani dava açılmadan veya açıldıktan hemen sonra dönme beyanının müteahhit tarafından kabul edildiği) tarih arasında bir bağlantı kurulması mümkün değildir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı ile istisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş (arsa) sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlığın kural olarak BK 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümleneceği, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin sonlandırılması talebinin ileri etkili sonuç doğurabileceği kabul edilmiştir. Fesih (ileri etkili sona ermede) müteahhide yaptığı imalatla

orantılı arsa payı verilmektedir. Ancak Yargıtay uygulamasında, eksik verilen arsa payı içindeki imalatın bedelinin dikkate alınmadığı görülmektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini seçeneği pek tercih edilmemektedir. Müspet zarar “fark” ve “değişim (mübadele)” teorilerine göre belirlenmektedir. Mübadele (değişim) teorisinde; zararın sadece ifa edilmeyen edim dikkate alınarak hesaplanacağı ve hükmedilecek tazminatla alacaklının ediminin karşılıklı değişimi öngörülmektedir. Yargıtay uygulamasında mübadele teorisi benimsenmiştir. Fark teorisinde, alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi karşı edimin arasındaki fark olarak belirlenmektedir. Edimlerin değiş- tokuşu söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut : Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971
- AKİPEK Şebnem /
KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan : Sözleşmeler Rehberi, Ankara, 2000
- AKMAN Galip Sermet : Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976
- ALTAŞ Hüseyin : İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK m 358), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 98 vd. (İfadan Önce Dönme)
- ALTUNKAYA Mehmet : Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara, 2005
- ANIK Gülgün : Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi, 2005, Sayı 59, s. 214 vd.
- ANREAS Von Tuhr : Borçlar Hukuku, Ankara 1983
(Av. Cevat Edege çev.)
- ARAL Fahrettin : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003
- ATEŞ Derya : Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007
- AYAN Serkan : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008
- AYDEMİR Efrail : Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009
- Banka ve Ticaret Hukuku
Araştırma Enstitüsü : İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 1996
Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Cilt III
Ankara, 1986
- BARLAS Nami : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992
- BAŞPINAR Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998
- BURCUOĞLU Haluk : Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 283 vd.
- BUZ Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998
İş Sahibinin BK. m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi,
Batider, C.XXI sa. 2, s. 209 vd.(BK m 369)
- Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005

- ÇENBERCİ Mustafa : Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, 1973
- DALAMANLI Lütfü : Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1986
- DARENDE M. İhsan : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkileri, Erişim Tarihi: 11.4.2009 hukukcu.com/modules/smartsection/makepdf.php?itemid=169
- DAYINDARLI Kemal : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Ankara, 2003
- Alacağın Temliki, Ankara, 2000 (Temlik)
- DEMİRBAŞ Harun : Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, 2007
- DİRİCAN Gökhan : Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007
- DOĞANAY İsmail : Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 14-15 Şubat, 1986 (Sempozyum)
- DURAL Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık İstanbul, 1976
- EKİNCİ Hüseyin : Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, 2004
- Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu, THD, 2007/4, s. 21 vd. (Kusur)
- ERDEM Nafiz : Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara, 1987
- ERDENK Erdem : İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler, İstanbul, 2008
- EREL Şafak : Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, 1982
- EREN Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1994
- Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975
- İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATİDER, Ankara, 1996, s. 45 vd. (İnşaat)
- ERGEZEN Muaz : İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007
- ERGÜNE Mehmet Serkan : Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008
- ERMAN Hasan : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 1993

- ERTAŞ Şeref : Bir Sözleşmenin Haklı veya Haksız Feshinin Sonuçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008 (Fesih)
- Eşya Hukuku, Ankara, 2002
- ERTEN M. Ali : Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu, Ankara, 2000
- FEYZİOĞLU
Feysi Necmeddin : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt : I-II, İstanbul, 1976
- Borçlar Hukuku Hususi Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C I, İstanbul, 1970 (Borçlar Özel)
- Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü, İstanbul, 1961 (Zilyetlik)
- GÖKÇEOĞLU Kamil Haluk : Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul, 2007
- GÜMÜŞ Mustafa Alper : Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler
- Kısmi İfa, Prof. Dr. Fehiman Tekil Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 603 vd.
- GÜNAY Cevdet İlhan : Cezai Şart, Ankara, 2002
- GÜRPINAR Damla : Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006
- GÜRSOY Kemal Tahir : Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara, 1970
- GÜRSOY Kemal T./
EREN Fikret/CANSEL Erol : Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978
- HATEMİ Hüseyin
SEROZAN Rona
ARPACI Abdülkadir : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992
- Eşya Hukuku, İstanbul, 1991
- HAVUTÇU Ayşe : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, 1995
- İMREGÜN Oğuz : Bilirkişi Raporları, 2004
- KALYON Muharrem : Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Ankara, 2004
- KANETİ Selim : Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, 1962 (Ödemezlik)
- Hukuki İşlemleri Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul, 1972

- KARAGÖZ Veli : İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara, 2006
- KARAHASAN Mustafa R. : Türk Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri 1-5, İstanbul, 2002
Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler 1-5, İstanbul, 2003
İnşaat İmar İhale Hukuku, C I-II-III, İstanbul, 1997 (İnşaat)
Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 1996 (Sorumluluk)
- KARATAŞ İzzet : Eser Sözleşmeleri, Ankara, 2004
Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ankara, Aralık 2006, THYKS (Tartışmalar)
- KARAYALÇIN Yaşar : Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 14-15 Şubat, 1986 (Tartışmalar)
- KARTAL Bilal : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 1993
- KAYA Özgür Katip : Arsa Payı karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul, 1993
- KILIÇOĞLU M. Ahmet : Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003 (Yenilikler)
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002 (Borçlar)
Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979 (Halefiyet)
- KIRCA Çiğdem : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ankara, Aralık 2006, THYKS
- KOCAAĞA Köksal : Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003
İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır ?, TBBD, sayı 74, 2008 (Tazminat)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip : Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul, 2008
- KUNTALP Erden : Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971
- KURDOĞLU Bülent Nuri : Karar İncelemesi, ABD, 2005/1, 109 vd.

- KURŞAT Zekeriya : İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, s.751 vd.
- KURU Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995
- KURU Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: I-II-III-IV, İstanbul, 1990-1991
- OĞUZMAN M. Kemal/
ÖZ M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009
- OĞUZMAN M. Kemal/
SELİÇİ Özer /
OKTAY-ÖZDEMİR Saibe : Eşya Hukuku, İstanbul, 2009
- ÖNEN Ergun : İnşai Dava, Ankara 1981
- ÖNEN Turgut : Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara (Temerrüt)
- ÖZ Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989
İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2006 (İnşaat)
Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990
- ÖZDEMİR H. Gökçe : Vekaletsiz İşgörme, Ankara, 2001
- ÖZEN Burak : Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul, 2003
- ÖZENLİ Soysal : Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1986
- ÖZKAYA Eraslan : İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2003
- ÖZMEN Saba/
YÜCE Melek Bilgin : Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, C II, s. 952 vd.
- ÖZDEMİR Salim (Çeviren)
DESCHENAUX Henri/
TERCIER Pierre : Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1983
- PALAPIYIK Fevzi : Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BTHAE, 1986/III (Tartışmalar)

- PIOTET Paul : Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi, Prof. Dr. Kemal (Çeviren: HELVACI İlhan) Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 917 vd.
- POLATKAN Vahit : Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslar arası Tahkim Ankara, 2000
- PULAŞLI Hasan : Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989
- REİSOĞLU Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006
- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, BATİDER, Sa. 21, s. 4 vd. (Sorunlar)
- Eşya Hukuku, Ankara, 1984 (Eşya)
- REİSOĞLU Seza : Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara, 1961 (Sebepsiz İktisap)
- SARI Suat : Alıkoyma Hakkı, İstanbul, 1997
- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İÜHFİM C.LXIV, S.2, s. 273 vd. (Şerh)
- SELİÇİ Özer : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978
- Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976 (Sürekli Borç)
- SELİMOĞLU Yaşar Engin : Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, s. 685 vd. (Kavramlar)
- SEROZAN Rona : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007 (Dönme)
- Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2002 (Borçlar Özel)
- Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C III, İstanbul, 2002 (Haksız Zenginleşme)
- SOYSAL Çiğdem : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Teslim Borcunda Temerrüdün Sonuçları, 22.12.2008 (Teslimde Temerrüt)
- http://www.paradoks.org/makale/yil2_sayi2/cigdem.pdf

- SUNGURBEY İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, C 4, İstanbul, 1980
- Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963 (Şerh)
- Arsa Payı Karşılığında Kat (İnşaat) Yapımı Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi, Medeni Hukuk Sorunları, CIV, İstanbul, 1980, s. 457 vd. (MHS C IV)
- Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu bir Yanıt), YHD, 1982/2, s.173 vd.
- Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK 360 II/III ün Örneksime Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Son Yazısı Üzerine Notlar, YHD, 1982/6, s.740 vd.
- Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK 360 II/III ün Örneksime Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üzerine Notlar, YHD, 1983/1, s. 13 vd.
- Yapıt Sözleşmesinin bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde Ismarlananın Kusuruyla İş Zamanında Bitiremeyerek Direnmeye Düşmesi yüzünden Sözleşmenin Ismarlayanca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kural Olarak BY 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi gerekeceği Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY 2 deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 gün 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not, YHD, 1984/6, s.781 vd.
- SURLU Mehmet Handan : Gayrimenkul Satış Vaadi Davaları, Ankara, 2007
- Tapu İptali Tescil Davaları, Ankara, 2008 (Tapu İptal)
- SCHWARZ Adreas B.
(Çeviren: DAVRAN Bülent) : Borçlar Hukuku Dersleri C I, İstanbul, 1948
- ŞEKER Muzaffer : Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini, LEGAL, 2008/1, s. 49 vd.
- ŞENOCAK Zarife : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002

- TANDOĞAN Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt : I/1-II, İstanbul, 1988
- Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961 (Mesuliyet)
- Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981
- Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963
- Vekaletsiz İşörme, İstanbul, 1957
- Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER, 1981/1, s. 1vd
- Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt Yanıt), YHD, 1982/4, s. 493 vd.
- İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı, BATİDER, 1982/3, s.1 vd.
- Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 14-15 Şubat, 1986 (Sempozyum)
- TEKİNAY Selahattin Sulhi : Eşya Hukuku, İstanbul,1989
- TEKİNAY / AKMAN
BURCUOĞLU / ALTOP : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993
- TUĞ Adnan : Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, 1994
- TUNÇOMAĞ Kenan : Türk Borçlar Hukuk C I-II , İstanbul, 1976
- Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963
- UÇAR Ayhan : İstisna Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003
- ULUSAN İlhan : İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984
- UYGUR TURGUT : İnşaat Hukuku Cilt :I-II , Ankara 1998
Borçlar Kanunu 1-7 , Ankara 1994
- ÜNAL Mehmet /
BAŞPINAR Veysel : Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2007

- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet/
ESMER/Galip : Gayrimenkul Tasarrufları, 2. Bası, İstanbul
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet/
ÖZDEMİR Refet :Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987
- von TUHR, Andreas
Çeviren : EDEGE Cevat : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Ankara, 1983
- YALMAN Süleyman : Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006
- YAVUZ Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2002
- YAVUZ Nihat : Ayıplı İfa, Ankara, 2008 (Ayıp)
Sebepsiz İktisap, Ankara, 1998
- YENER Mehmet Deniz : Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İÜHFM, 2007/2, s. 371 vd.
- YERLİKAYA
Gökhan Kürşat : Yap – İşlet – Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme Ankara, 2002
- YEŞİL Metin :Tapu İşlemleri Uygulaması ve Mevzuatı, İstanbul, 1995
- YILDIRIM Ayça Akkayan : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 49-86, İstanbul, 2004 (Temerrüt)

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Mustafa Nezh Sütçü

Sürekli Adresi : Ulubatlı Hasan Bulvarı Sütçüođlu Sitesi No: 17 Osmangazi/ BURSA

Doğum Yeri ve Yılı : İstanbul 1966

Yabancı Dili : İngilizce

İlk Öğretim : Bursa 1. Murat İlkokulu , 1977

Orta Öğretim : Bursa Süleyman Çelebi Lisesi, 1983

Lisans : İstanbul Teknik Üniversitesi İnşaat Mühendisliği Bölümü, 1987
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1999

Yüksek Lisans : Bahçeşehir Üniversitesi, 2010

Enstitü Adı : Sosyal Bilimler

Program Adı : Özel Hukuk

Yayımları : 30 dan fazla çeşitli konularda makalesi bulunmaktadır.

Çalışma Hayatı : 2001 yılında Bursa Barosu Başkanlığına bağlı olarak serbest avukatlık,
1989 – 2000 arasında serbest inşaat mühendisliği ve müteahhitliği.