

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN
TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Zehra Gizem Ateş

1110030019

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut Öz

Ağustos 2014

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN
TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Zehra Gizem Ateş

1110030019

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut Öz

Ağustos 2014

ÖNSÖZ

İnşaat sözleşmesi, konut ihtiyacı ve inşasının arttığı günümüzde, sıkça karşılaşılan bir sözleşme türü haline gelmiştir. Uygulamada sık rastlanan bir sözleşme olmasının doğal sonucu olarak konuyla ilgili ihtilaflar Yargıtay'a taşınmış ve doktrindeki görüşlerden farklılık gösteren kararlar alınmıştır. Özellikle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine varılacak sonuca ilişkin mevcut tartışmalar ve Yargıtay kararları, bu konunun seçilmesinde ve tartışmalarla birlikte işlenmesinde etkili olmuştur.

Konunun birçok noktasında kanunda açıklık bulunmaması ve tartışmaların yoğunluğu nedeniyle, doktrindeki tartışmalara ve Yargıtay kararlarına yer verilmiştir. Çalışmada esas alınan kaynakların araştırılması İstanbul, Marmara, İstanbul Kültür, Galatasaray ve Bahçeşehir Üniversitelerinin kütüphanelerinden sağlanmıştır.

Çalışma konusunun belirlenmesi ve işlenmesinde yardımcı olan saygıdeğer hocam Sayın Prof. Dr. M. Turgut Öz'e, her zaman yanımda olan sevgili eşim Yard. Doç. Dr. Ahmet Emre Ateş'e ve sevgili aileme sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Haziran 2014

Zehra Gizem Ateş

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	v
ÖZET.....	vi
ABSTRACT.....	vii
GİRİŞ.....	viii

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1. Kavram.....	1
2. Unsurları.....	2
2.1.Yüklenicinin Taşınmaz İnşasını ve Teslimini Taahhüt Etmesi.....	2
2.2.Bedel	4
2.3.İmal.....	4
3. Hukuki Niteliği.....	5
4. Sözleşmenin Şekli.....	6
5.Sürekli - Ani Edimli Sözleşme Ayrımı.....	11
5.1. Sürekli- Ani Edimli Karması Sözleşme Görüşü.....	11
5.2. Ani Edimli Sözleşme Görüşü.....	12

İKİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI

1.İnşaata Teslim Borcu Muaccel Olmalıdır.....	13
---	----

1.1.Muacceliyet Tarihinin Sözleşmede Belirtilmiş Olması.....	14
1.2.Muacceliyet Tarihinin Sözleşmede Belirtilmemiş Olması.....	14
2.İnşaat Teslim Edilmemiş Olmalıdır.....	15
3.İnşaatın Tamamlanması Mümkün Olmalıdır	17
3.1.Kusurlu İfa İmkansızlığı.....	18
3.2.Kusursuz İfa İmkansızlığı.....	19
4.İş Sahibi Kural Olarak Yükleniciye İhtarda Bulunmuş Olmalıdır.....	22
4.1.Kural (TBK 117/1).....	22
4.2.İhtara Gerek Olmayan Haller	23
5.Temerrüde Engel Sebeplerden Birinin Bulunmaması.....	26

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

1. Genel Olarak.....	28
1.1. Aynen İfa Yükümlülüğünün Devam Etmesi.....	28
1.2. Yüklenicinin Gecikmeden Doğan Zararlardan Sorumlu Olması.....	29
1.3. Yüklenicinin Gecikme Tazminatı Sorumluluğunun Sınırı.....	32
1.4. Yüklenicinin Cezai Şart Ödemesi.....	33
1.5. Yüklenicinin Beklenmeyen Halden Sorumlu Olması.....	36
2. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI.....	38
2.1 Genel Olarak.....	38
2.2 Seçimlik Hakları Kullanabilmesinin Koşulları ve İstisnaları.....	39
2.1.1 Ek Süre Verme Koşulu	39
2.1.2 İstisnaları.....	42

3.İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFADAN VAZGEÇEREK OLUMLU ZARARIN TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ.....	45
3.1 Aynen İfadan Vazgeçme.....	45
3.2 Olumlu Zararın Tespit Edilmesi.....	47
3.2.1 Değişim Kuramı.....	48
3.2.2 Fark Kuramı.....	48
3.3 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Durum.....	48
4.İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ.....	50
4.1 Sözleşmeden Dönme.....	50
4.2 Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları.....	52
4.2.1 İade Yükümleri.....	52
4.2.2 Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Durum.....	53
4.3.2. Olumsuz Zararın Tazmini.....	56
4.3 Yargıtay'ın İş Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesi Konusundaki Uygulaması.....	63
4.3.1. Doktrindeki Görüşler.....	85
4.3.1.1 İleriye Etkili Feshin Mümkün Olduğu Görüşü.....	85
4.3.1.2 Daima Geçmişe Etkili Sona Erme Görüşü.....	89
4.3.1.3 Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç.....	91
KAYNAKÇA.....	92

KISALTMALAR

TMK	: Türk Medeni Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMUK	: Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
Yarg	: Yargıtay
HD	: Hukuk Dairesi
E	: Esas
K	: Karar
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
S	: Sayı
s	: Sayfa
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
md	: Madde

ÖZET

Çalışmamızın konusu, inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ve buna bağlanan sonuçlardır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamada sıkça rastlanan ve doktrinde çeşitli tartışmalara yol açan sözleşme türü olduğundan inceleme konusu olarak tercih edilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde inşaat sözleşmesinin kavram olarak tanımı, hukuki niteliği ve şekli üzerinde durulmuştur. Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi noktasında doktrinel tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalarda benimsenen görüşe göre, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine varılacak sonuç değişmektedir.

İkinci bölümde yüklenicinin temerrüde düşmesinin koşulları açıklanmıştır. Genel hükümlerde yer alan borçlu temerrüdünün koşulları borçlu yüklenicinin durumu için uygulanacaktır.

Üçüncü bölümde yüklenicinin temerrüde düşmesinin sonuçları incelenmiştir. İnşaatın tamamlanmasında yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar vardır. İş sahibinin bu seçimlik hakları kullanabilmesinin koşulları ve buna bağlanan sonuçlar açıklanmıştır.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine sözleşmenin ileriye etkili feshedilmiş olacağına ilişkin 1984 tarihli Yargıtay Kararı, doktrinde tartışmalara yol açtığından tezin içerisinde bütünüyle yer verilmiş, ileri sürülen görüşler açıklanmış ve ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Ancak Yargıtay tarafından benimsenen ileriye etkili fesih görüşü, tarafımızca desteklenmediğinden sonuç bölümünde eleştirilmiştir.

ABSTRACT

The aim of this thesis is to illustrate the default of contractor, in the case of construction contract and its consequences vis-à-vis the owner of the project. The main focus deals with the most common discussions throughout the contracts of construction based on the percentage interest of land.

In the first chapter of the thesis, the definition of construction law and its juridical attribution are examined. Furthermore, there are numerous amounts of discussions on determining the juridical qualifications of construction contracts. By the same taken, the consequences of the project owner's refusal depend on the determination of such juridical qualifications.

In the second chapter, the conditions of the contractor's default are analyzed. By doing so, the circumstances of defaulting debtor in general decrees are also applied to the indebted contractor.

The third chapter observes the consequences of the default of contractor. It can be argued that the project owner obtains elective rights in the aftermaths of the contractor default. Therefore, the use of elective rights and its probable results are also discussed in this field.

To conclude, the decision of Court of Appeals in 1984 concerning the refusal of project owner is referring to as the proactive dissolution of the contract. Thus, the decision of Court of Appeal is criticized to the extent of this thesis, while estimating the proactive character of contract dissolution.

GİRİŞ

İnşaat sözleşmeleri, inşaat yapımının artması, konut ihtiyacının yükselmesi nedeniyle uygulama sıklıkla karşılaşılan sözleşme türüdür. Özellikle büyük şehirlerde yapılaşma çoğaldıkça iş sahibi ve yüklenici arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulama alanı da genişlemektedir. Şüphesiz ki sözleşme türünün uygulama alanının genişlemiş olması, uygulamada karşılaşılan ihtilafları da beraberinde getirmektedir.

İnşaat sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu içerisinde kendine özgü hükümleri olmayan bir sözleşme türüdür. Bu nedenle bu sözleşmeye ilişkin ihtilaflarda genel hükümler uygulanır. Ancak bu noktada bazı sorunlar yaşanmaktadır. Öncelikle sözleşmenin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinin ardından ortaya çıkacak durumda ulaşılabilecek sonuç belirlenecektir.

İnşaat sözleşmesi eser sözleşmesinin bir türüdür. Buna bağlı olarak eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Ancak eser sözleşmesinin düzenlendiği hükümlerde de borçlu yüklenicinin temerrüde düşmesi halinin düzenleyen hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle yüklenicinin inşaatı tamamlaması konusunda temerrüde düşmesi durumunda Türk Borçlar Kanunu'nda borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1. Kavram

İnşaat sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda iş görme sözleşmeleri arasında bulunan eser sözleşmesinin bir türüdür. İnşaat sözleşmesinin uygulama alanına bina yapımından, baraj, otoyol vs. yapımına kadar tüm yapılar girmektedir. Borçlar Kanunu'nda inşaat sözleşmesinin ayrıca bir tanımı bulunmamaktadır.

Genel olarak eser sözleşmesi TBK md.470'de şu şekilde tanımlanmaktadır: “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

İnşaat sözleşmesinin kanunda açıkça tanımı bulunmasa da doktrinde, eser sözleşmesiyle bağlantılı olarak tanımlaması yapılmıştır: “İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin rizikosu kendine ait olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi bir ücret karşılığında üstlendiği bir eser sözleşmesidir.”¹

İnşaat sözleşmesinin tarafları iş sahibi ve yüklenicidir. Konunun genel içeriği açısından ve günlük hayatta sık rastlanan bir örnek olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri üzerinde özellikle durulması gerekmektedir. Bu tip sözleşmeler, inşaatı yapma borçlusunun edimi bakımından borçlar hukukunun eser sözleşmesinin içeriğinde yer alan sözleşme türüdür. Buna karşılık, inşaatı yaptıranın edimi bakımından taşınmaz satımı özelliği göstermektedir. Bu sözleşmelere konumuzu ilgilendiren inşaat edimi bakımından eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

¹ Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu,(İstanbul: 1978): s. 4.

İnşaat sözleşmesi kapsamında yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı birtakım borçları vardır. İnşaat sözleşmesinde yerine getirilmesi taahhüt edilen ücret ve yapı inşası, sözleşmenin asli ve belirleyici unsurlarını oluşturmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise durum biraz daha farklılaşmaktadır. Bu sözleşmede yüklenici iş sahibinin arsası üzerinde bağımsız bölümler inşa etme borcu altına girerken iş sahibi de belirli bir arsa payını yüklenicinin üzerine devretmeyi taahhüt etmektedir. Buna göre doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı da şu şekilde yapılmıştır: “Arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, yüklenicinin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesidir.”²

2. Unsurları

2.1.Yüklenicinin Taşınmaz İnşasını ve Teslimini Taahhüt Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici iş sahibinin arsası üzerinde bina inşa etmeyi ve bu binayı sözleşmedeki teslim tarihinde teslim etmeyi taahhüt eder. Burada önemli olan, sözleşmenin devamında ve özellikle sonunda yapılması taahhüt edilen binanın bitirilmiş ve teslim edilmiş olmasıdır. Teslim kavramı, inşaat sözleşmesi açısından oldukça önemli bir yere sahiptir.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin sadece binayı bitirmiş olması, ifayı gerçekleştirmesi açısından önemli değildir. İfanın tamamlandığından bahsedebilmek için ayrıca bitirilmiş olan binanın tesliminin de sağlanması gerekmektedir. Bu

² Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi,2. Basım,(İstanbul: Der Yayınları, 2007): s. 1

noktada teslimin hangi andan itibaren belirleneceği, nasıl anlaşılacağı önem kazanır. Buna karşılık, inşaatı yaptıranın edimi bakımından taşınmaz satımı özelliği göstermektedir. Bu sözleşmelere konumuzu ilgilendiren inşaat edimi bakımından eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

Şayet inşaat esasen iş sahibinin taşınmazında yapılıyorsa, teslimin gerçekleşmiş sayılması için yüklenici, inşaatı iş sahibinin rahat zilyedliğine³ terk etmiş olmalıdır. Ancak bu şartla yüklenici sözleşmedeki bina inşası ve teslim borcunu yerine getirmiş olur.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcu olarak teslim kavramı oldukça önemli bir yere sahiptir. Çünkü sadece inşaatı tamamlamış olmakla kalmayan yüklenici aynı zamanda inşaatı teslim etmelidir. Böylece, yüklenicinin inşaatın tesliminden önce yaptığı hazırlık çalışmaları da ifa anlamına gelmemelidir. İnşaat sözleşmesinin zorunlu parçası olan hazırlık çalışmaları, hangi aşamaya gelmiş olursa olsun teslim gerçekleşmediği sürece sözleşmeyi ifa anlamına gelmemelidir⁴. Böylelikle inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği de bu yönü göz önüne alınarak belirlenecektir.

İnşaat sözleşmesinde önemli olan sonucun meydana getirilmiş olmasıdır. Başka bir deyişle inşaat sözleşmesi esas olarak sonuca odaklanmış olan bir sözleşme tipidir⁵. Yüklenicinin sözleşmenin ifası esnasında inşaatı bitirmesi ve tesliminin önemi de buradan gelmektedir. Böylelikle sonuç olarak ifanın beklenmesi iş sahibinin başlıca amacıdır.

İnşaat sözleşmesinde yapıyı inşa borcu altına giren yüklenici, bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Birden fazla yüklenici konsorsiyum adı altında toplanarak inşayı birlikte taahhüt edebilirler. Bundan başka yüklenici gerçek kişi yerine tüzel kişi de olabilir. Birden fazla yüklenici olması inşaat sözleşmesini iki

³ Turgut Öz, İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleriyle Birlikte,(İstanbul: Kazancı Yayınları, 1989): s. 11.

⁴ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 20.

⁵ Haluk Tandoğan, “İstisna Akdı Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akidlerden Ayırdedilmesi”, İmran Öktem'e Armağan, s. 311.

tarafli bir sözleşme olmaktan çıkarmaz; sadece, sözleşmenin bir tarafını birden fazla kişi oluşturmaktadır.

2.2.Bedel

İnşaat sözleşmesinde iş sahibi, yüklenicinin eseri meydana getirmesi karşılığında bedel ödeme borcu altına girmektedir. Böylece inşaat sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme⁶ olduğu sonucuna varılır. İş sahibinin yerine getireceği edim olan bedeli, sözleşmenin başında açıkça ya da örtülü olarak kararlaştırmak mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise iş sahibi bedel ödeme borcu olarak, belli bir arsa payını tapuda yüklenicinin üzerine geçirmeyi taahhüt eder. Arsa payının mülkiyetinin yükleniciye devredilmesi, yüklenici tarafından inşa edilecek binadaki bağımsız bölümlerin iş sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır⁷. İş sahibinin bina inşa edilmesi karşılığında bedel ödeme borcunun varlığı da yine inşaat sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunun kanıtıdır.

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin bedel borcu sarıh ya da zımni olarak kararlaştırılabilir. Hatta, TBK m.481 uyarınca, kesin sipariş verilmiş fakat bedel belirlenmemişse, işin yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine göre bir bedel ödeme borcu doğacaktır. Fakat uygulamada genellikle büyük çaplı işleri içeren inşaat sözleşmesinde her türlü husus sözleşmede açıkça yazıldığından, açıkça kararlaştırılmamış bedele pek rastlanmayacaktır.

2.3.İmal

Eser sözleşmesi içerisinde yer alan inşaat sözleşmelerinde, yeni bir yapıyı meydana getirme, yani imal unsurunun bulunması önemlidir. İmal unsuru sadece bir yapının inşa edilmesi şeklinde olmayıp zaten var olan bir yapıyı değiştirme, ilaveler

⁶ Tandoğan, İstisna Akdi, s. 321.

⁷ Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 2.

yapma vs. şeklinde de karşımıza çıkabilir⁸. İş sahibinin arsasında bulunan eve ilave bölüm yapacak olan yüklenici de imal unsurunu yerine getiriyor demektir.

3. Hukuki Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin bir türüdür. Borçlar Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiş, kendine has hükümleri olmayan bir sözleşme türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin borcuna tabii olarak eser sözleşmesinin geçerli olduğu hükümler uygulanacaktır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa payının devri söz konusu olduğundan bu noktada taşınmaz satımına ilişkin hükümler devreye girmektedir. İnşaat sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle çift yapılı, karma bir sözleşmedir⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi niteliği itibariyle satım ve eser sözleşmelerinin özelliklerini taşımaktadır. Arsa payının devri konusunda, tapuda satım işlemi gerçekleştirileceğinden taşınmaz satım sözleşmesinin hükümleri, sözleşmeye tipini veren edim borcu bakımından ise eser sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır. Başka bir deyişle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser ve satım sözleşmesinin özelliklerini bir arada taşımaktadır¹⁰.

Eser sözleşmesinin doktrinde yapılan tanımı göz önüne alındığında, unsurları ve hukuki niteliği incelenmelidir. Buna göre inşaat sözleşmesinde yüklenici yapı inşa etmeyi, iş sahibi de bunun karşılığında bedel ödemeyi borçlanmaktadır. Öyleyse inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹¹.

⁸ Cem Baygın, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler,(İstanbul: Beta, 1999): s. 12-13; Tandoğan, İstisna Akdi, s. 320; Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 6.

⁹ Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 1; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Akdin Muhtelif Nevileri, 2. Cilt,(İstanbul: Sermet Matbaası, 1977): s. 960.

¹⁰ Fikret Eren, "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 28-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 57; Yargıtay kararlarında da inşaat sözleşmelerinin "çift tipli karma sözleşme" olduğu belirtilmiştir: "Taraflar arsa karşılığında kat yapımı konusunda anlaşarak sözleşme yapmış olup, bu gibi sözleşmeler iki tipli karma sözleşmelerdir." Yarg. 15. HD. 17/05/1982, 573/1184,

Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 5-6; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,(İstanbul: Beta, 1997): s. 516.

¹¹ Eren, İnşaat Sözleşmeleri , s. 51; " Her iki dava aynı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmakta olup karşılıklı edimleri içeren bu sözleşmeden dolayı her iki taraf karşılıklı olarak birbirlerinden edimlerinin ifasını istemişlerdir. Bu nedenle bir tarafın edimi diğer tarafın alacağını oluşturduğundan

İnşaat sözleşmesinin içeriği, tarafların yükümlendikleri edimler göz önüne alındığında, her borç ilişkisindeki gibi bir tarafın borcu, diğer tarafın alacağı durumdadır ve bu sözleşmede her iki taraf da alacaklı ve borçlu konumdadır. İş sahibi, bağımsız bölümlerin inşa ve teslim edilmesi karşılığında arsa payını yüklenici üzerine devretmeyi borçlanmakla birlikte inşa ve teslim bakımından alacaklı konumdadır. Aynı şekilde yüklenici de arsa payının kendisine devredilmesi bakımından alacaklı, yapının inşası ve teslimi bakımından ise borçlu konumdadır.

4. Sözleşmenin Şekli

İnşaat sözleşmelerinin şekil koşullarını incelerken öncelikle, temel sözleşme tipi olan eser sözleşmesinin şekil şartlarını açıklamak gerekir. Eser sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir¹². TBK hükümleri içerisinde eser sözleşmesinin şekil koşullarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle TBK md. 12/1 genel hükmü¹³ uyarınca burada şekil serbestisi olduğu kabul edilmektedir.

Sözleşmenin hukuki niteliği bölümünde de belirtildiği gibi, inşaat sözleşmesi eser ve satım sözleşmesinin özelliklerini içinde barındıran karma sözleşmedir. İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin borcu, arsa payını yüklenicinin üzerine geçirmek, yüklenicinin borcu da eser sözleşmesi kapsamında inşaatı yapmak ve yapılan bağımsız bölümü devretmektir. Böylece sözleşmenin şekli açısından hem eser

her iki davanın birlikte görülüp hükme bağlanması edim ve karşı edim ilişkisinin zorunlu bir sonucudur.”, Yarg. 15.HD. 14.02.1994, 5253/764, Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 4; Yavuz, s. 518; Emre Gökyayla, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, (İstanbul: Vedat kitapçılık, 2009): s. 17.

¹² Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 14; Gökyayla, s. 15; Eren, İnşaat sözleşmeleri, s. 57; “...Davalı tarafından yürütülen yapı işinde davacının 8 işçisiyle sıva ve temizlik işinde 25 gün süre ile davalının bilgisi altında çalıştığı tanık deyimleri ile doğrulanmasına, davacı ile davalı arasındaki akdi münasebetin açıklandığı üzere kurulduğu halin olağan akışı ile de gerçekleşmesine, davalı aksini, yani bir üçüncü şahısla sözleşme yaptığını ispatlayamamış olmasına, bu hukuki bağlantıdan dolayı davacının dava konusu ücretini tahsil edemediği tespit edilmesine göre (...) ücretin tahsili talebinin kabulüne ilişkin karar onaylanmıştır...” ,Yarg 15. HD. 04.12.1973, E. 334/K. 315, Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, (Ankara:1977): s. 22-23.

¹³ Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013): s. 3.

sözleşmesinin hem de taşınmaz satımı sözleşmesinin veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hükümleri uygulanmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin borcu arsa payı mülkiyeti nakletme olduğundan, TMK m.706 uyarınca resmi şekle tabîdir. Buradaki resmi şekil, en azından, taşınmaz satış vadinin şekli olan Tapu Kanunu md.26 uyarınca noterde düzenleme şeklindedir. Buradan şu sonuca varılmaktadır: İnşaat sözleşmesi, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi şeklinde yapıldığı durumda resmi şekle tabidir¹⁴. Fakat şekil zorunluluğunu getiren iş sahibinin arsa payı nakli borcu olup yüklenicinin inşaat edimi olmadığından; uygulamada noterde taşınmaz satış vaadi formunda düzenlenen sözleşmede, devredilecek arsa payı ve devir zamanı yazılmakta, bunun bedelinin ise para (nakit) olarak alınmayıp, taraflar arasında kararlaştırılan nitelikte ve şartlarda yapılacak bir inşaatın teslimi ile gerçekleşeceği belirtilmektedir. İnşaat hakkındaki ayrıntılı hükümler ise, çoğu kez, bu noter senedine atıf yapan ve aynı taraflarca imzalanmış adi yazılı şekilde bir sözleşmede gösterilmektedir. Bu sözleşme çoğu kez “şartname” olarak da adlandırılmaktadır.

Resmi şekilde yapılması gereken inşaat sözleşmesinin bu şekil şartına uyulmadan yapılması durumunda, sözleşme geçersiz olacaktır. TBK md. 12 hükmüne göre, şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Doktrinde¹⁵ hakim olan görüşe ve Yargıtay¹⁶ kararlarında kabul edildiğine göre şekil şartı emredici niteliktedir ve taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile hakim tarafından re'sen göz önüne alınır. Ancak sözleşme şekil şartına uyulmadan yapılmasına rağmen edimlerin ifa edilmiş olması halinde, bu aşamadan sonra şekil şartına uyulmadığı gerekçesiyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu yönde birçok Yargıtay kararı mevcuttur¹⁷.

¹⁴ Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 14.

¹⁵ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1,(İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013): s. 157-158; s. 102; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II,(İstanbul:Fakülteler Matbaası, 1977): s. 337-341; Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Filiz Kitabevi,1993): s.102; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası,(İstanbul: Beta, 2011): s. 80.

¹⁶ YİBK. 30/09/1988 tarih ve 2/2 sayılı karar, YHGK. 07/12/1983, 224/1276, Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat sözleşmesi, s. 20.

¹⁷ Yarg. 15.HD. 22.01.1976- 1975-5073/221, Tunçomağ, Akdin Muhtelif Nevileri, s. 966-967; Yarg. 15. HD. 25.02.1991, 1990/3882, 1991/851, Yarg. 15. HD. 17.03.2003, 2003/267-1342, Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Basım, (Ankara: Beta, 2006) : s. 80-88.

İnşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmadığında sözleşme geçersizdir ve hakim de re'sen göz önüne alması gereken şekil şartının daha sonradan düzeltilmesi mümkün değildir¹⁸. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur¹⁹. Bununla birlikte, dürüstlük kuralına ters sonuçlar doğuran bazı durumlarda, konuyla ilgili olarak yaşanan kararsızlıkları engellemek için 1988 tarihli Yargıtay Büyük Genel Kurul kararında, yasal şekle uyulmadan yapılan kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm satış vaadinde, şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğuna karar verilmiştir²⁰. Bu kararlarda Yargıtay TMK md. 2

¹⁸ Oğuzman/Öz, s. 157-158.

¹⁹ “Taraflar arasında çift tipli karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiştir. Kural olarak karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. O halde, davalının yüklendiği yapı yapma edimi için, BK. nun bu tip sözleşmeyi düzenleyen md. 355 ve devamı maddelerinin uygulanmasına karşılık, davacının arsa payı mülkiyetini davalıya devir borcu yönünden satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır. (MK md. 634, BK md. 213, Tapu K. md 26, Noterlik K. md. 60). Hal böyle olunca davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya devir borcu için, yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır. (...) Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Çünkü burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlilik şartı olup kamu düzenine ilişkindir. Bu nedendir ki, gerek mahkeme gerekse Yargıtayca doğrudan doğruya göz önünde tutulur. Temyize konu olan olayda, taraflar arasında kurulan ... sözleşme, noterlikçe resen düzenlenmemiş, taraflarca dışarıda yazılıp imzaları Hatay 1. Noterliğince onaylanmıştır. O halde, yukarıda yapılan açıklamalara göre anılan sözleşme hukuken geçerli değildir. Oysa davacının borca aykırılık nedeniyle fesih isteyebilmesi sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmuş olmasına bağlıdır. Bu nedenle davanın reddine karar vermek gerekir.” YHGK 09/06/1982, E. 979/15-1613 K. 982/565 sayılı karar, Hasan Erman, Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1984, cilt 50, sayı 1-4, s. 507; “Dava kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve tazminat talebidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, resmi şekle tabidir. Somut olayda feshi istenen sözleşme resmi şekilde yapılmadığından geçersizdir. Geçersiz sözleşmenin feshi istenemez. Bu durumda davanın sözleşmenin geçersiz olduğunun tespiti davası olarak yorumlanması gerekir. Yerel mahkemece açıklanan hususlar nazara alınmadan sözleşmenin feshine karar verilmesi isabetsizdir.”, Yarg. 15. HD. 11.07.2005, 2004/5895-2005/4170, Kostakoğlu, s. 78.

²⁰ “...Kat karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmadıkça geçerlilik kazanmaz. (...) Edimlerin ifasından sonra taraflardan biri, sözleşmenin şeklen geçersizliği ileri sürmesi iyi niyetle bağdaşmaz.”, Yarg. 15. HD. 25/02/1991, 1990/3882-1991/851, Kostakoğlu, s. 79-80; “: Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davası kural olarak kabul edilemez; 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 hakim, Medeni Kanunun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir.”, YBGK. E. 1987/2, K.1988/2, 30.09.1988, “Tapuda hisse devri ve temlikinin öngörüldüğü kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, resmi şekilde yapılmamışsa geçersizdir. Böyle bir sözleşmeye dayanarak inşaatı bitiren yükleniciden, kendisine bırakılması gereken daire ve dükkanları teslim alan, arsa sahibinin, edimlerini yerine getirmediği gerekçesiyle, sözleşmede taahhüt ettiği tapu hissesini yükleniciye devretmemesi, iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Mahkeme, yükleniciye edimlerini yerine getirmesi için mehil vermeli, arsa sahibinin yardımcı olmaması halinde, bu kişinin yapması gereken işler için yetkilendirmeli, borçlarını yerine

çerçevesinde dürüstlük kuralını gözeterek hüküm vermiştir. Her ne kadar doktrinde²¹ aksi görüşü savunan yazarlar bulunsa da, dürüstlük kuralına göre sözleşmenin geçerli olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır.

İnşaat sözleşmesinin şekil şartına uyulmadan yapılmasından başka, sözlü olarak yapılan sözleşmenin varlığının ve bedelinin ispatı konusunda uygulama güçlükleri hakkında da Yargıtay kararları mevcuttur. HMK md. 200 uyarınca, 2.500 TL’yi geçen hukuki işlemlerin ispatı ancak senetle sağlanabilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre (davasını ispat külfeti davacıda olduğundan) davalının muvafakati olmadığı sürece dava, tanık beyanıyla ispatlanamaz. Uygulamada inşaat sözleşmelerinin iş hacmi, buna bağlı olarak bedelin yüksekliği karşısında, sözleşme bedelinin 2.500 TL’yi mutlaka geçeceği görülecektir. İşte bu noktada sözleşmenin varlığını veya bedelin miktarını tespit sorunu karşımıza çıkmaktadır.

İnşaat sözleşmelerinin sözlü olarak yapılması halinde, akdi ilişkinin varlığı sorunu tartışılacaktır. HMK md. 200 vd. hükümlerine göre çözümlenmesi gereken bu duruma ilişkin olarak Yargıtay senetle ispat mecburiyetini öngörmektedir. Bundan başka dava sürecinde sunulan delil listesinde “her türlü yasal delil” ibaresinin bulunduğu durumlarda davalı tarafa yemin teklif edilmesi gerektiği görüşündedir²².

Yargıtay daha eski tarihli kararlarında²³, halin icabına göre senet haricinde tanıkla davanın ispatlanabileceğini kabul ederken, daha yeni tarihli birçok

getirmesi durumunda tescile karar vermelidir. Gerekirse, inşaaata nasıl ruhsat alınabileceği, bilirkişiler marifetiyle saptanıp bu hususları tamamlamak için, yükleniciye süre verilmelidir.” Yarg. 15. HD. E. 1994/3473, K. 1995/587, 07.02.1995, www.corpus.com.tr.

²¹ Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, cilt 1, İstanbul, 1973, s. 26 ve cilt 4, İstanbul, 1980, s. 199 ve cilt 5, İstanbul, 1984, s. 164.

²² “Akdi ilişkinin inkarı halinde, inşaatın kendisi tarafından yapıldığını ve paylaşılması gerektiğini iddia eden müteahhidin, bu iddiasını HUMK. 288 ve devamı hükümlerine uygun şekilde kanıtlanması gerekir. Tapu paydaşlarından birinin noterde düzenlenen ve iddiayı doğrulayıcı ifade tutanağı, mülkiyet hakkı sağlayıcı kanıt niteliğinde kabul edilemez.”, Yarg. 15. HD. 02.03.1994, 1993/3130 E, 1994/1229, “Akdi ilişki, inkarı halinde yazılı delille veya yemin delili ile kanıtlanabilir.”, Yarg. 15. HD. 08.07.1992, 1992/2995-3708, Kostakoğlu, s. 33-35.

²³ “İstisna akdinin, değeri 500 lirayı aşan bir işe dair olduğundan, senetle ispat edilmelidir. Ancak halin icabına ve her iki tarafın durumlarına nazaran senede bağlanması müteamil olmayan işlemler şahitle ispat olunabilir. Bu sebeple teamül olup olmadığı, bilirkişi incelemesi ve ticaret odası mütalaası alınarak, tespit edilmelidir. Halin icabı ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raprı mütemail olmayan muamelelerin şahitle ispat olunabileceği göz önünde tutularak, böyle bir teamülün mevcut olup olmadığı ticaret odasından sorulmak gerekirken, şahit sözlerine göre karar tesis edilmesi usul ve kanuna uygun değildir.”, YHGK. E. 1979/599, K. 1981/96, 13.02.1981, www.corpus.com.tr;

kararında²⁴ davanın tanıkla ispatlanamayacağını kabul etmektedir. Uygulamada kardeşler arasında sözlü olarak yapılmış inşaat sözleşmesinde tanık dinlenip dinlenmeyeceği konusunda ise çelişkili kararlar mevcuttur²⁵.

İnşaat sözleşmesinin sözlü yapılmış olmasının yanında, akdi ilişkinin varlığı kabul edildiği halde bedelin tespiti konusunda anlaşmazlıklar da olabilmektedir. İnşaat sözleşmesinin hukuken varlığı kabul edildiğine göre, bu durumda sadece bedelin ispatlanması gerekmektedir. Bedel tespiti açısından bilirkişi aracılığıyla inceleme yaptırılarak TBK md. 481 uyarınca inşaatın değeri ve yüklenicinin masrafı oranında bedel tespit edilmelidir²⁶. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁷.

“Mahkemece HMUK 293/4 maddesinden kaynaklanan kural açısından herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Bu yönden gerekli inceleme yapılarak tanık dinlenmesine engel bir durum olmaması halinde akdi ilişkinin ispatı için davacıya tanık dinletme hakkının verilmesi ve ondan sonra tanıkların dinlenmesi gerekirdi. Koşulları açıklanan ve HMUK’un 293/4 maddesinden kaynaklanan teamülün mevcudiyeti, resmi kuruluşlardan veya duruma göre bilirkişiden de sorulmak suretiyle tespit olunmalı ve tespite göre dinlenen tanık beyanları değerlendirilip, işin özelliği gerektirdiğinde eser bedeli konusunda kanuni delil niteliğinde olan yemin teklif etme hakkı davacıya hatırlatılarak, iddia ve savunma delillerinin değerlendirilmesinde hasil olacak uygun sonuca göre, davacının eser bedeli ve zarar istemi talepleri hakkında bir karar tesis olunmalıdır.”, Yarg. 15.HD. 15.10.1984, 1984/1249-3072, Kostakoğlu, s. 55.

²⁴ “Fatura akdin ifa safhasıyla ilgili bir belge olup akdi ilişkinin inkarı halinde kurulan veya kurulduğu iddia olunan hukuki ilişkiyi ispata yeterli görülemez. Bu nedenle davacının öncelikle davalının inkar ettiği akdi ilişkinin kurulduğunu, davada talep edilen miktar da gözetilerek HUMK'nın 288 ve devamı maddeleri uyarınca yazılı delillerle ispat etmesi gerekir. Nevar ki davacı yanca dosyaya ibraz edilen belgeler akdi ilişkinin ispatını sağlamaya elverişli değildir. Şu halde HUMK'nın 288 ve devamı maddeleri uyarınca yazılı delillerle kanıtlanamamış olduğundan, gerek dava dilekçesinde, gerekse de daha sonra dosyaya sunulan davacı yana ait delil listesinde “her türlü delil” demek suretiyle yemin deliline de başvurulmuş sayılacağından, akdi ilişkinin kanıtlanması amacıyla davacıya, davalı yana yemin teklif etmeye hakkı olduğu hatırlatılmalı ve gerçekleştirilecek usuli işlemlerin sonucuna göre bir hükme varılması gerekirken, fatura tebliği ve buna itiraz edilmemesinin akdi ilişkinin kurulduğuna yeterli kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.”, Yarg. 15.HD. E. 2010/526, K. 2010/2162, 13.04.2010, www.corpus.com.tr.

²⁵ “ Tarafaların kardeş olmaları, noterde düzenleme biçiminde yapılması zorunlu olan ve geçerlilik koşulu bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığının tanıkla ispatına olanak vermez.”, YHGK. 30.04.1997, 1997/15-146-372, Kostakoğlu, s. 37-40; “ Kardeş olan taraflar arasındaki hukuki ilişki yönünden senet düzenlemediklerinden aralarındaki ihtilafta tanık dinlenebilir.”, YHGK. E. 2006/13-345, K. 2006/368, 14.06.2006, www.corpus.com.tr.

²⁶ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 4.

²⁷ “...Davacı eser sözleşmesinin varlığını usul hükümlerine göre kanıtlayamadığı ve dava dilekçesinin subut delilleri bölümünde ‘sair kanuni deliller’ demek suretiyle yemin deliline de dayanmış olduğundan, akdi ilişkinin kanıtlanması bakımından davalıya yemin teklifine hakkı bulunduğu hatırlatılmalıdır. Davacı akdi ilişkiyi kanıtlayabilirse, bu takdirde taraflar arasında işin bedeli konusunda bir anlaşma olmadığı dikkate alınarak iş bedelinin BK. md. 366’ya göre mahallinde uzman bilirkişi ile keşif yapılarak işin yapıldığı tarihteki piyasa rayicine göre tespiti ile hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.”, Yarg. 15. HD. 18.02.1992, 991/3700 E. 992/695, “Sözlü olup, akdi

Yargıtay'ın bu uygulaması kanuna uygun olduğundan kabul edilebilir gözükmekle birlikte, doktrinde²⁸ aksi görüşte olan yazarlar da vardır.

Ayrıca belirtilmesi gereken husus olarak, inşaat sözleşmesinin hukuken varlığı ve bedeli taraflarca kabul edildiği halde işin miktar ve niteliği hakkındaki uyuşmazlıkta tanık dinlenebilir ve bilirkişi incelemesi yaptırılabilir²⁹.

5.Sürekli - Ani Edimli Sözleşme Ayrımı

5.1. Sürekli – Ani Edimli Karması Sözleşme Görüşü

İnşaat sözleşmesi ile bir yapının inşasını ve teslimini taahhüt eden yüklenicinin edimi, yapıyı bitirip teslim etmektir. Ancak yapının bitirilmesi uzun hazırlık çalışmalarını gerektirir. Sürekli-ani karması borç ilişkisi görüşüne göre³⁰, yüklenicinin ifası teslimle tamamlanmakla birlikte, teslim öncesinde yapmış olduğu hazırlık çalışmaları da bazı bakımlardan ve bazı durumlarda (örneğin işin çoğu bitmişken sözleşmenin sona ermesi durumunda) ifanın bir kısmı gibi sayılabilmelidir. Böylece adeta yüklenicinin sözleşmeyi ifası zamana yayılmaktadır. Binanın belli aşamalara gelmesine göre ifanın bir kısmının gerçekleştiği kabul edilebilir.

ilişkisi kabul edilen işin bedelindeki uyuşmazlık, BK. md. 366 koşulları içinde çözümlenmelidir.”, Yarg. 15.HD. 13.05.1991, 1990/5232-991/2473, Kostakoğlu, s. 58-59.

²⁸ Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 23; Tunçomağ, Akdin Muhtelif Nevileri, s. 503, Yazarlara göre eser sözleşmesi için tarafların TBK md. 17 uyarınca zımnen yazılı şekli saklı tuttukları kabul edilmelidir. İnşaat sözleşmesi uygulamada büyük rakamlara ulaşacağından taraflarca ücretin sonradan hakim veya bilirkişi aracılığıyla TBK md. 481 hükmüne göre tespitinin istenmesi makul değildir.

²⁹ Yarg. 15. HD. 15.11.1989, 1989/1863-4786, Kostakoğlu, s. 46.

³⁰ Sungurbey, s. 28; Tandoğan, s. 47 ; Seliçi, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s. 209-210; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77; Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 8-9.

5.2. Ani Edimli Sözleşme Görüşü

Bu görüşe göre³¹, inşaat sözleşmesi niteliği itibariyle uzun zaman alan bir sözleşme sürecidir. İfa öncesinde yapılan hazırlık çalışmaları, yüklenicinin edimini gerçekleştirebilmek için zorunlu olarak yaptığı faaliyetlerdir. Bu faaliyetlerin ifa olarak görülmesi doğru değildir. Teslim öncesi yapılan hazırlık çalışmaları kısmi ifa olarak kabul edilemez.

³¹ Öz, s. 180,181; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7; Baygın, s. 21; Yavuz, s. 517.

İKİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI

Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında iş sahibinin veya yüklenicinin temerrüdünü düzenleyen hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda genel hükümlerde yer alan borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulacaktır.

TBK md. 117 (BK md. 101) borçlunun temerrüde düşmesinin şartlarını açıklamaktadır. Buna göre teslim borcu muaccel olmalı, alacaklı ihtarda bulunmalıdır. Fakat doktrinde³² kabul edildiği üzere alacaklının ifayı kabule hazır olması ve borcun ifasının mümkün olması şartları da borçlu temerrüdünün koşulları arasına eklenmelidir.

1. İnşaatı Teslim Borcu Muaccel Olmalıdır

Borçlunun temerrüde düşmesinin şartlarını açıklayan TBK md. 117'de açıkça "muaccel borcun borçlusu" demek suretiyle borcun muaccel olması gerektiği hususu belirtilmiştir. Borcun muaccel olması, alacaklı bakımından ifanın istenebilmesi, edanın dava edilebilmesi, bunun için bir engelin bulunmamasıdır³³. İnşaat

³² Halil Akkanat, İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,(İstanbul: 2000): s. 1-2; Oğuzman-Öz, s. 395.

³³ Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010): s.470; Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Filiz Kitabevi,1993): s.911-912; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukukuk Genel Hükümler I. Cild,(İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972): s. 538; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 142; Oğuzman-Öz, s. 395; Turgut Önen, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, (Ankara: İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:95, 1975): s. 37-38; Akkanat, s. 3; Kemal Dayınlarlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü,(Ankara: Dayınlarlı Hukuk yayınları,2003): s. 56; Ayşe Havutçu, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, (İzmir: 1995): s. 24; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II,(İstanbul:Fakülteler Matbaası, 1977): s. 230-231; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü,(Ankara: Seçkin Yayıncılık,2008): s. 94; Turan Şahin, Eser

sözleşmeleri bu noktada farklı bir özellik arz etmektedir. İnşaat sözleşmelerinde işin özelliği gereği inşaat tamamlanıncaya kadar iş sahibi ifayı talep edemeyecektir (bu sebeple TBK m.473 =BK m.358 hükümleri, vadeden önce işin gecikeceğinin belli olması halinde iş sahibine temerrüt öncesi özel bir dönme hakkı tanımıştır). Başka bir deyişle sözleşmenin muaccel olduğu an, inşaatın bitirildiği zamandır. Ancak burada, muacceliyet tarihinin sözleşmede belirtilmiş olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir.

1.1. Muacceliyet Tarihinin Sözleşmede Belirtilmiş Olması

Taraflar arasında yapılan sözleşmede vade tarihinin belirtilmiş olması durumunda, bu tarihin gelmesiyle birlikte borç muaccel olur. Vade tarihinde inşaatı tamamlayamayan yüklenici (diğer koşullar da varsa) temerrüde düşmüş olacaktır. İnşaat sözleşmesinde vade tarihinin belirtilmiş olduğu durumlarda, salt bu tarihin gelmesiyle borç muaccel olur. Bundan başka iş sahibinin herhangi bir bildirimde bulunmasına, ifayı ayrıca talep etmesine gerek yoktur.

1.2. Muacceliyet Tarihinin Sözleşmede Belirtilmemiş Olması

İNşaat sözleşmelerinde söz konusu değerin yüksek olması ve işin niteliği gereği genellikle vade tarihi belirtilir. Ancak sözleşmede vade tarihi kararlaştırılmamışsa bu durumda TBK md. 90 uygulanacaktır³⁴. Burada “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça, her borcun doğumu anında muaccel olacağı” belirtilmektedir. İnşaat sözleşmesi içeriği itibariyle birtakım hazırlık çalışmalarını gerektirdiğinden, borcun doğumu anında muaccel olması mümkün değildir. Bu durumda sözleşmenin kurulmasından sonra, borcun ifası yani inşaatın tamamlanması için belirli bir sürenin geçmesi beklenecek, bu süre geçtikten sonra borç muaccel olacaktır.

Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü,(Ankara:Seçkin Yayıncılık,2008): s. 139.

³⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 143; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,(İstanbul: Beta, 2011): s. 1049.

İnşaatın tamamlanması için gereken sürenin nasıl belirleneceği TBK md. 90 hükmünde belirtilmektedir. Buna göre inşaatın tamamlanması için geçecek olan süre “hukuki ilişkinin özelliğinden” çıkarılacaktır. İnşaat sözleşmelerinde mutad araç ve iş gücüyle inşaatın ne kadar zamanda tamamlanacağına göre süre belirlenmelidir.

Muacceliyet tarihinin sözleşmede belirtilmemiş olduğu durumlarda, yalnızca borcun muaccel hale gelmesi, temerrüde düşmesi için yeterli değildir. Ayrıca iş sahibinin ifayı talep etmesi gerekmektedir. Bunun için iş sahibi yükleniciye ihtarında bulunmalıdır. Burada söz konusu olan muacceliyet bildirimidir³⁵. İş sahibi bu bildirimle ifayı talep etmektedir.

2. İnşaat Teslim Edilmemiş Olmalıdır

Borçlu temerrüdünün temel şartları ifa ve teslimin gerçekleşmemiş olmasıdır. Bu iki şartın bir arada olması temerrüdün varlığı açısından temel şartlar olarak kabul edilmektedir. İfanın gerçekleştiğinden bahsedebilmek için borçlu yüklenici eseri bütünüyle tamamlamış olmalı ve iş sahibine teslim etmiş olmalıdır.

İnşaat sözleşmelerinin yapısı itibariyle öncelikle açıklanması gereken husus, inşaatın son halinin borcun ifası olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Yüklenici inşaatı bitirmekle birlikte inşaatta ayıplar varsa, birtakım eksiklikler varsa bu durumda ancak ayıplı ifadan bahsedilecek ve ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidilecektir. İnşaatın eksik olarak teslimi, edimin ifası olarak kabul edilemez ve bu ifa borçlu temerrüdünü engellemeyecektir³⁶ İnşaatın ayıplı olması durumunda borçlu temerrüdü hükümlerine gidilemeyecektir³⁷.

İnşaat sözleşmeleri yapısı ve hukuki niteliği itibariyle teslim konusunda farklılık arz etmektedir. İnşaat sözleşmelerinde teslimden bahsedebilmek için sadece inşaatın tamamlanmış olması yetmez. Aynı zamanda inşaatın zilyetliğinin iş sahibine

³⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 143; Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 56; Eren, Genel Hükümler, s. 1049.

³⁶ Kostakoğlu, s. 611.

³⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 144-145.

bırakılması gerekir³⁸. Şayet arsa esasen iş sahibine aitse, yüklenicinin iş bittiğinde ona bir zilyetlik devretmesi söz konusu olmayacaktır. Burada yüklenicinin yapacağı şey, inşaat alanını iş sahibinin tamamlanan yapıdan rahatça yararlanacağı şekilde terk etmesi olacaktır. Bu yüzden buna, “iş sahibinin rahat zilyetliğini sağlama” da denmektedir. İnşaat sözleşmelerinde, inşaat tamamlandıktan sonra arsanın iş sahibinin rahat zilyetliğine bırakılması ile teslim kavramı gerçekleşmiş olacaktır. İnşaatı tam olarak bitiren yüklenici, inşaatın bulunduğu arsayı iş sahibinin her açıdan kullanabileceği rahat zilyetliğine terk etmediği sürece borçlu temerrüdüne düşer.

Yüklenici, sözleşmede teslim zamanı kararlaştırılmışsa bu tarihte inşaatı teslim etmekle yükümlüdür. Eğer bu tarihte inşaatı eksiksiz olarak teslim edemezse yüklenici bu durumdan sorumlu olacaktır. Yüklenici teslimde gecikmenin gerçekleşmemesi için inşaatın devamı esnasında gerekli tedbirleri almak, işçi ve araç-gereç miktarını arttırmak, gerekli malzemeyi sağlamak, gerekirse fazla mesai yaptırmak zorundadır³⁹. Aksi halde yüklenicinin sorumluluğu doğacaktır. Yüklenici sözleşmenin yapılması aşamasında ifa tarihini kabul etmiş olmakla, teslim zamanına ilişkin sorumluluğu da üzerine almıştır. Artık bundan sonra, kararlaştırılan sürede işin yetişmesinin mümkün olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

İş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda teslimin yüklenicinin inşaatı iş sahibinin rahat zilyetliğine terk etmesi ile gerçekleşeceğini yukarıda belirtmiştik. Ayrıca bu durumda yüklenici iş sahibine inşaatı tamamladığını bildirmelidir⁴⁰. Burada sıklıkla tartışılan bir diğer husus da iş sahibinin inşaatı teslim almaktan kaçınarak alacaklı temerrüdüne düşüp düşmeyeceğidir. Burada yüklenicinin inşaatı tam olarak bitirmesine rağmen iş sahibinin teslim almamasının alacaklı temerrüdü olacağını ileri sürenler vardır⁴¹. Ancak yapının ayıplı kabul edilemeyecek derecede inşası tamamlanmış, diğer gerekli işlemleri yapılmış ve iş sahibine teslim alması hususunda bildirimde bulunulduysa, bu durumda artık iş sahibi teslim almasa da borcun ifa edildiğini kabul etmek daha doğru olacaktır⁴².

³⁸ Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,(Ankara: Turhan Kitabevi, 2013): s. 476; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 144; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 72

³⁹ Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 67.

⁴⁰ Zevkliler-Gökyayla, s. 479; Ayan, s. 52; Dayınlarlı, s. 46; Öz, İnşaat sözleşmesi, s. 146.

⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 956.

⁴² Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 146; Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 30.

3. İnşaatın Tamamlanması Mümkün Olmalıdır

Borçlu temerrüdünün temel şartlarından bir tanesi de inşaatın bitirilmesinin mümkün olmasıdır. Eğer inşaatın tamamlanması imkansız hale geldiyse, örneğin inşaat alanı kamulaştırıldıysa artık temerrütten bahsedilemeyecektir. Borcun imkansızlaşması ile kastedilen durum, baskın görüşe göre inşaatın tamamlanmasını sadece borçlu açısından değil herkes için önleyen, devamlılık arz eden, hukuki nitelikte bir imkansızlık halinin bulunmasıdır⁴³.

Borcun ifasındaki herkes için (objektif) imkansızlık hali sözleşmenin başından itibaren mevcutsa, örneğin sözleşme konusu arsa üzerinde inşaat yapılması imar mevzuatına aykırıysa, bu durumda TBK md. 27 uyarınca sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale gelir⁴⁴.

Şayet inşaat, sözleşme kurulduğu sırada ve objektif olarak imkânsız olmayıp, sonradan imkânsızlaşmışsa; burada borca aykırılık oluşturan (TBK m.112) veya borcu yüklenicinin sorumlu olmayacağı şekilde ortadan kaldıran (TBK m.136) bir imkânsızlık söz konusudur. Yüklenicinin borcu olan inşaatı zamanında tamamlayıp tamamlayamamasından başka ayrıca, borcun ifasının mümkün olup olmadığı bu noktada önem taşımaktadır. Yüklenicinin inşaatı tamamlaması imkansız hale geldiyse, artık borçlu temerrüdü meydana gelmez. Burada borcun imkansız hale gelmesi ile kastedilen durum borcun harici bir sebeple artık ifasının mümkün olmamasıdır. Örneğin inşaat alanında tarihi eser bulunması durumunda artık inşaatın devam etmesi mümkün değildir.

Yüklenicinin inşaatı tamamlama borcu henüz muaccel olmadan önce imkansız hale geldiyse, borcun ifa edilememesi temerrüt olarak nitelendirilemez. Borcun ifa edilememesinin sebebi imkansızlıktır ve bu durumun sonuçları borçlunun

⁴³ Havutçu, 24.

⁴⁴ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 58; Başak Başoğlu, “Borcun İfasındaki İmkansızlık”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan; Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, s. 7; Akkanat, s. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 912; Eren, Genel Hükümler, s. 1048; Feyzioğlu, s. 240; Havutçu, s.24; Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi; s. 59.

imkansızlıktan sorumlu olup olmadığına göre değişir⁴⁵. Bu noktada konuyu ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır.

3.1.Kusurlu İfa İmkansızlığı

İnşaatin tamamlanması artık imkansız hale geldiyse, bu durumda borçlu temerrüdünden bahsetmek mümkün değildir. Çünkü borcun ifasındaki imkansızlık temerrüdün varlığına engel oluşturur⁴⁶.

Sözleşmenin kurulması aşamasında ifa mümkün olmasına rağmen muacceliyet tarihinde sözleşme ifa edilmemiş ve bundan sonra ifa borçlunun kusuru ile imkansız hale geldiyse, artık imkansızlık hükümleri uygulanır. Başka bir deyişle borçlu temerrüde düştükten sonra borç imkansız hale gelirse, artık bu aşamadan sonra imkansızlık hükümleri uygulanacak, bu aşamaya kadar olan kısım için temerrüt hükümleri uygulanacaktır⁴⁷. Ayrıca TBK 119 borçlunun kusuruyla temerrüde düşmesi üzerine beklenmedik hal nedeniyle de sorumlu olacağını ifade etmektedir. Üstelik burada da kusur karinesi vardır. Buna göre borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispatlayamadığı sürece beklenmedik hal nedeniyle borcun ifa edilememesinden dolayı sorumlu olacaktır.

İfa imkansızlığının borçlunun kusuru yüzünden meydana gelmesi halinde, imkansızlığın borç ilişkisine etkisi tartışmalıdır. Doktrinde baskın olan görüşe göre ifanın imkansız hale gelmesinde borçlunun kusuru varsa borç ilişkisi sona ermez; yalnızca içerik değiştirir, ifası imkansızlaşan edimin yerini borçlunun tazminat yükümlülüğü alacaktır⁴⁸. Bu görüşe göre sözleşme sona ermez yalnızca karşılıklı edimlerin içeriği değişecektir. Yüklenicinin inşaatı tamamlama borcu sona erer, bunun yerini tazminat ödeme borcu alır. İş sahibi de kendi üzerine düşen borcu

⁴⁵ Oğuzman/Öz, s. 402.

⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 912; Feyzioğlu, s. 240; Eren, Genel Hükümler, s. 1048; Akkanat, s. 3; Oğuzman/Öz, s. 402.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 403-404.

⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 853-854; Eren, s. 1252; Feyzioğlu, s. 181 ve 188; Dural, s. 80; Serozan, İfa Engelleri, s. 210.

yerine getirmelidir. Tarafların birbirlerine karşı olan borçların içerik değiştirerek devam etmesi sonucu olarak teminatlar, zamanaşımı süreleri de devam eder⁴⁹.

Diğer görüşe göre kusurlu ifa imkansızlığı ile kusursuz ifa imkansızlığı arasında bu kadar keskin bir ayırım yoktur. Yüklenici kusurlu ya da kusursuz olsun, borç imkansız hale geldiyse sona erer⁵⁰. Borçlu kusurlu olarak ifa imkansızlığı haline yol açarsa TBK 112 uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Buna karşılık kusursuz imkansızlık durumunda TBK 136 uyarınca yüklenicinin borcu sona erer. Yüklenici inşaatı tamamlama borcunun ifasını kendi kusuru ile imkansız hale getirdiyse artık inşaatı tamamlama borcu sona erecek bunun yerini iş sahibinin zararını tazmin borcu alacaktır. Burada söz konusu olan tazmin borcu kanundan doğan yeni bir borçtur⁵¹. Tazminat borcunu talep etmek için eski borcun vadesini beklemeye de gerek yoktur. İmkansızlık anından itibaren tazminat borcu talep edilebilir. TBK 112 hükmünün uygulanma şartları oluşunca artık temerrüt şartlarının oluşmasına gerek kalmadan tazminat borcu doğar⁵².

İlk görüşün kabulü halinde yüklenicinin inşaatı tamamlama borcunun sona ermeyeceği, bunun yerini tazminat borcunun alacağı öngörülmektedir. Aynı şekilde iş sahibinin borçları da sona ermeyecek, o da yüklenicinin tazminat borcuna karşılık olarak kendi edimini yerine getirecektir. Buna karşılık, böyle durumlarda genellikle tercih edilen fark teorisine göre tazminat hesabı (karşı edim borcunun sona erip karşılıklı edimlerin değer farkı kadar tek bir tazminat borcu doğması) ikinci görüşe daha iyi uymaktadır.⁵³

3.2. Kusursuz İfa İmkansızlığı

Borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması durumunda TBK 136 uyarınca “borç sona erer.” Kanununun lafzından da anlaşılacağı

⁴⁹ Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme,(İstanbul:1975): s. 286.

⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 414-415; Öz, İnşaat Sözleşmesi, 143-144.

⁵¹ Oğuzman/Öz, s. 415.

⁵² Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 156-157; Zekeriya Kurşat, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, Prof.Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, s. 767.

⁵³ Kurşat, s. 766.

üzere imkansızlık halinde durum ikiye ayrılmıştır: Borçlunun sorumlu tutulabileceği haller ve sorumlu tutulamayacağı haller. Başka bir deyişle kanun koyucu borçlunun (yüklenicinin) borçtan kurtulabilmesi için, borcun imkansızlaşmasında sorumlu tutulmamasını şart koşturmuştur. Burada görülüyor ki kanun koyucu borçlunun kusurlu ya da kusursuz oluşunu değil, imkansızlıktan dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağını kıstas olarak belirlemiştir⁵⁴. Böylece, bir kusursuz sorumluluk halinde (örneğin TBK m.116 uyarına ifa yardımcılarında sorumlulukta) borçlu imkânsızlıkta kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bununla birlikte, yaygın kullanılan ve kısa bir adlandırma olduğundan, kusurlu-kusursuz ifa imkânsızlığı terimini tercih ettik.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin kusursuz ifa imkansızlığına yol açtığı durumda TBK 486 hükmü, bu sözleşmeye özel olarak düzenlenmiş olduğundan uygulanacaktır. Buna göre inşaat sözleşmesi yüklenicinin kişisel özellikleri göz önüne alınarak yapıldıysa, yüklenicinin kusuru olmadan ifanın imkansızlaşması durumunda sözleşme sona erer. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin göz önünde tutulduğu kabul edilir.

İnşaatın tamamlanması yüklenicinin kusuru olmaksızın imkansız hale geldiyse TBK 486 hükmüne göre sözleşme kendiliğinden sona erecek ve bundan başka “iş sahibi işin tamamlanan kısmından yararlanabilecek durumdaysa onu kabul etmek ve karşılığını yükleniciye ödemekle yükümlüdür” sonucu doğacaktır. Bu hükümde TBK 136’den farklı olarak işin tamamlanan kısmının kullanılabilir durumdaysa iş sahibi tarafından kabul edilmesi ve bedelin ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Oysa TBK 136/2’ye göre borcun imkansızlaşmasında kusuru olmayan borçlu yüklenici, sözleşme sona erdikten sonra, aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermekle yükümlüdür. Meydana gelen imkansızlık nedeniyle inşaatın başka türlü tamamlanması da söz konusu olmadığından, yüklenici arsa payı ve bağımsız bölüm elde etme menfaatinde de yoksun kalacaktır⁵⁵. Yüklenici bundan sonra ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde taleplerini ileri sürebilir⁵⁶.

⁵⁴ Dural, s. 110; Oğuzman/Öz, s. 408.

⁵⁵ Kurşat, s. 775.

⁵⁶ Yarg. 15. HD. 10.02.1992, 1992/3438E, 1992/516 K, Kurşat, s. 775.

İnşaat sözleşmesinde borçtan kurtulan taraf, karşı tarafın daha önceden ifa ettiklerini genel hükümlerde yer alan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermelidir⁵⁷. Yüklenicinin buradaki iade borcunun kapsamı, ifanın imkansızlaşmasında kusuru olmadığından, iyi niyetli iade borçlusu gibi kabul edilerek, iade anında mevcut bulunan zenginleşmesi oranında belirlenecektir⁵⁸. Bu durumda zamanaşımı süresi doktrinde belirtildiği üzere 10 yıl olmalıdır⁵⁹.

İnşaat sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğundan edimlerin karşılık ve değişim ilkesi uygulanacaktır⁶⁰. Buna göre edim hasarına yüklenici katlanırken karşı edim hasarına da iş sahibi katlanacaktır⁶¹.

İnşaat sözleşmesinin yüklenicinin kusuru olmadan imkansızlaşması halinde iş sahibi işin tamamlanan kısmından yararlanabilecek durumdaysa onu kabul etmek ve bedelini ödemekle yükümlüdür. Tamamlanması imkansız hale gelmiş, yarım kalmış bir inşaat bakımından ortaya çıkarılan kısmın ne kadar işe yarayacağı ve iş sahibi tarafından ne derece kabul edileceği meselesi akla gelebilir. Artık bu noktadan sonra iş sahibinin tamam olan kısımdan ne kadar yararlanabileceği düşünülerek sonuca varılması uygun olacaktır⁶².

⁵⁷ İlhan Ulusan, İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu,(İstanbul: Kazancı Hukuk yayınları, 1984): s. 81.

⁵⁸ Ulusan, s. 82; Dural, s. 163, Yazara göre burada yüklenici, kusurlu olmadığından onu iyi niyetli iktisap edenden daha kötü bir hale sokmak için herhangi bir neden yoktur.

⁵⁹ Dural, s. 164; Ulusan aksi görüştedir, yazara göre zamanaşımı süresi 1 yıldır, Ulusan, s. 82.

⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1253; Dural, s. 161.

⁶¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1253; Alman hukukunda ise, borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık halinde , karşı edimi talep hakkı varlığını devam ettirir. Yani borçlu yüklenici asli edimini yerine getirmekten kurtulurken alacaklı iş sahibi kendi edimini yerine getirmek borcu altındadır, Ergüne, s. 373-374.

⁶² Öz,İnşaat Sözleşmesi, s. 184-185.

4. İş Sahibi Kural Olarak Yükleniciye İhtarda Bulunmuş Olmalıdır

4.1. Kural (TBK 117/1)

Yüklenicinin ifa edilmesi mümkün ve muaccel olan borcunu ifa etmemesi halinde, kural olarak otomatikman temerrüde düşmesi söz konusu olmaz. Edimin muaccel olmasının ardından alacaklı iş sahibi borçluya ihtarda bulunarak edimi yerine getirmesini istemelidir. İşte kural olarak yükleniciyi temerrüde düşürecek olan bu temerrüt ihtarının yapılmasıyla yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır⁶³. Borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarda bulunması şartı, TBK 117/1’de açıkça belirtilmiştir. Öyleyse yüklenici inşaatı tamamlamış olmasına rağmen muacceliyet tarihinde iş sahibi tarafından temerrüt ihtarında bulunulmadığı sürece borcu ifa etmemeye devam edebilecektir. Yüklenicinin temerrüde düşmesinin hukuki sonuçlarının ağırlığını göz önüne alan kanun koyucu, borçluyu bu ağır sonuçlardan korumak için, şayet borçlu yüklenici vade tarihini bilmiyorsa veya bu zamanın belirsiz olması halinde yüklenicinin temerrüdün olumsuz sonuçlarından kaçınabilmesini sağlamak için ihtarı kural olarak şart koşmuştur⁶⁴.

İhtar, alacaklı tarafından borcun muaccel olmasından sonra borçluyu ifaya çağırmasını içeren bir davettir. Aynı zamanda temerrüt ihtarı alacaklının ifayı kabule hazır olduğunu gösterir⁶⁵. İhtarın hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁶⁶. İhtarın hukuki işlem benzeri olmasının sonucu olarak, ihtar ispat şekline tabi değildir⁶⁷. Her ne kadar ihtar ispat şekline tabi olmasa da ispat kolaylığı

⁶³ Oğuzman/Öz, s. 396; Tunçomağ, s. 539; Erman, Arsa Payı Kraşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 68; Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, s. 472; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 914; Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 70; Nami Barlas, “Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu temerrüd Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar”, (İstanbul: 1992): s. 34; Eren, Genel Hükümler, s. 1049; Havutçu, s. 25-26; Feyzioğlu, s. 231.

⁶⁴ Tunçomağ, s. 539.

⁶⁵ Feyzioğlu, s. 232.

⁶⁶ Oğuzman/Öz, s. 394; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 914, yazarlara göre hukuki işlem benzeri olmasının nedeni, ihtara bağlanan hukuki sonuçların borçlu tarafından bilinmemesi durumunda bile ihtarın neticesi gerçekleşecek ve borçlunun temerrüde düşecek olmasıdır; Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, s. 471; Tunçomağ, s.539, yazara göre ihtarın hüküm doğurması için alacaklının bunları istemesi gerekmez, kanun ihtara zaten temerrüt sonucunu bağlamıştır; Feyzioğlu, s. 232, yazar yine aynı sebeple, temerrüdün ihtara bağlanan bir kanuni sonuç olması dolayısıyla hukuki işlem benzeri olduğu görüşündedir.

⁶⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 150; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 914-915.

açısından yazılı olarak, örneğin posta yoluyla yapılmasında fayda vardır. Şayet tacirler arasında ticari işletmeleriyle ilgili olarak yapılmış bir inşaat sözleşmesi söz konusuysa, TTK m.18/3 uyarınca temerrüt ihtarı noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza ile yapılmak zorundadır. Eğer sözleşmede ihtar için bir şekil şartı öngörülmüşse bu şekil şartına uyularak ihtarın yapılması gerekir. Temerrüt ihtarı sözleşmedeki şekle uyulmadan yapılmakla birlikte sözleşmede belirlenenden daha güçlü bir şekle uyularak yapıldıysa bu durumda ihtarın geçerli olması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁸.

İhtarın hüküm doğurabilmesi için karşı tarafa ulaşması⁶⁹, borçlunun hakimiyet alanına girmiş olması gerekmektedir. İhtarın alacaklı ya da vekili tarafından yapılması mümkündür. Vekil tarafından ihtar yapılabilmesi için vekilin ayrıca yetkilendirilmesine de gerek yoktur. İhtarın geçerli olabilmesi için yükleniciye tam olarak ulaşması gerekmektedir.

İhtar metninin içeriğinin amacına uygun olması, iş sahibinin muacceliyetin oluşmasıyla birlikte artık yükleniciden inşaatı tamamlayıp teslim etmesi talebini açıkça ihtiva etmesi gerekir. İhtarın içeriğinde mutlaka “ihtar” kelimesinin kullanılması gerekmez⁷⁰. Uygulamada temerrüt ihtarının noter kanalıyla gönderilmesi durumunda inşaatın tamamlanmış olarak teslim edilmesi açıkça belirtilmektedir.

4.2.İhtara Gerek Olmayan Haller

Borcun muacceliyet tarihinin gelmiş olmasıyla birlikte alacaklının borçludan ifayı isteyen bir ihtarda bulunması kural olarak şart olmakla birlikte, bu temerrüt ihtarına gerek olmayan haller de mevcuttur. İhtara gerek olmayan haller TBK 117/2’de açıkça belirtilmiştir. Buna göre vade tarihi taraflar arasında açıkça

⁶⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 150.

⁶⁹ Oğuzman/Öz, s. 399.

⁷⁰ Oğuzman/Öz, s. 397; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 916, yazarlara göre ihtar içeriğinde borçlanılan şeyden başka bir şeyin istenmesi durumunda ihtar geçersiz olacaktır; Tunçomağ, s. 539-540; “inşaat sözleşmesinde iş sahibi inşaatın kendisine teslim edilmesini talep edecektir.” Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde müteahhidin Sorumluluğu, s. 70,

kararlaştırılmışsa ya da vadeyi belirleme yetkisi taraflardan birine verildiyse artık temerrüt ihtarında bulunmaya gerek olmayacaktır. Esasen inşaat sözleşmeleri de çoğunlukla bu gruba dahil olmaktadır. Çünkü uygulamada oldukça büyük kapsamlı olarak gerçekleştirilecek olan inşaat sözleşmesinin vadesinin belirsiz olması pek rastlanan bir durum değildir.

Sözleşmede vade tarihi açık olarak belirtildiyse artık temerrüt ihtarına gerek yoktur. Ancak vade tarihi sözleşmede belli bir tarih olarak belirtilmemekle birlikte hesaplama yolu ile belirlenebilecek nitelikte ise yine vade belirli sayılır ve ihtar gerek yoktur⁷¹.

Sözleşmenin kurulması aşamasında vade açıkça belirlenmemiş olmakla birlikte vadeyi belirleme yetkisi taraflardan birine verilmiş olabilir. Bu durumda TBK 117/2 uyarınca kendisine bu yetki verilmiş olan taraf, karşı tarafa bir bildirimde bulunarak vade tarihini bildirir ve böylece vade belirlenmiş olduğundan yine temerrüt ihtarına gerek yoktur. Kendisine vadeyi belirleme yetkisi verilmiş olan taraf, karşı tarafa vadeyi belirleme konusunda bir bildirimde bulunacaktır. Buradaki bildirim, alacak üzerinde tasarruf edilmesi söz konusu olduğundan hukuki işlem olduğu, yenilik doğuran irade beyanı olarak nitelendirilebileceği doktrinde ifade edilmektedir⁷². Bununla birlikte, vade ancak sözleşme kurulduktan daha sonra belirlenebilir hale geliyorsa (örneğin, “inşaat ruhsatının alındığı tarihten itibaren bir yıl” gibi), bu tür gayri muayyen vadelerde, vade günü sonradan belirlenebilir olsa da, temerrüt için ihtar gerektiği kabul edilmektedir.

Sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan birine vadeyi belirleme yetkisinin verilmesinden başka, sözleşmede vade tarihi belirli olmamakla birlikte, artık temerrüt ihtarının faydasız kalacağı durumun gereğinden anlaşılıyorsa ihtar gereksizdir. Bu durumda inşaatın genel olarak durumuna, yüklenicinin tutumuna bakılarak ihtarın gerekli olup olmadığı sonucuna varılacaktır. Bu seğeneğin hukuki dayanağını ise TBK 124/1 oluşturmaktadır. Hükme göre borçlunun

⁷¹ Öz, İnşaat sözleşmesi, s. 151; “BK 101. Maddesinin 2. Fıkra hükmü, ifa gününün sadece sözleşmede belirlenmesi halinde, ihtarın gerekli olmadığını kabul etmiştir. Bunun kanunda tayin edilmesini yeterli görmemiştir.” (YHGK, 04.11.1987 T., E. 9-427, K. 819), Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, 2. Cilt, (Ankara: Adil Yayınevi, 1998): s. 300-301.

⁷² Tunçomağ, s. 542; Feyzioğlu

tutumundan ve halin durumundan süre vermenin faydasız kalacağı anlaşılıyorsa artık süre vermeye gerek kalmayacaktır. Bu hüküm temerrüt ihtarının istisnası olarak kıyasen⁷³ uygulanır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Uygulamada yüklenicinin tutumuna, inşaatın geldiği aşamaya bakılarak bir karar verilir⁷⁴.

Bununla birlikte, öğretide bir görüş, inşaat sözleşmelerindeki gibi yapma borçlarında borçlunun edimi ifa etmeyeceğini kendisinin beyan etmesi hâlini, kusurlu imkânsızlık saymaktadır.⁷⁵ Şayet bu görüş benimsenirse, eğer müteahhit ihtar yapılsa da verilecek süre içinde işi yetiştiremeyecek olmayıp, işi hiç yapmayacağını ortaya koymuşsa; ihtarsız veya süre vermeye gerek olmayan bir temerrüt hali değil, kusurlu ifa imkânsızlığı doğar.

Yükleniciyi temerrüde düşürmek için ihtar gerek olmayan haller sayılırken, TBK 117/2’de belirtilen durum belirli vade olması halidir. Eğer sözleşmede belirli vade varsa artık ihtar gerek kalmayacaktır. Doktrinde⁷⁶ ve Yargıtay kararlarında⁷⁷ belirtildiği üzere sözleşmede kesin vade olması halinde de, TBK 124/3 hükmü öncelikle uygulanacaktır. Kesin vade zaten özel bir tip belirli vadedir Sözleşmede kesin vadenin kararlaştırılmış olduğu durumlarda, ifanın vade tarihinden sonra gerçekleştirilmesinin alacaklı tarafından kabul edilmeyeceğini taraflar önceden

⁷³ Feyzioğlu, s. 238; Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 70. Ancak yüklenici inşaatı bitirmeyeceğini, borcu yerine getirmeyeceğini kesin olarak açıklamışsa, bu durumda artık imkansızlıktan bahsetmek daha doğru olacaktır. Böyle bir durumda kusurlu ifa imkansızlığı söz konusu olur ve Oğuzman/Öz’ün de haklı olarak belirttiği TBK 112 gereğince iş sahibinin olumlu zararının tazmini borcu doğacaktır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi doktrinde aksi görüşler de mevcuttur: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 918; Eren, Genel Hükümler, s. 1053. Yargıtay da isabetsiz olarak bu görüşe katılmaktadır: “Müteahhit üstlendiği inşaatları sözleşmede öngörülen tarihte ikmal etmeyerek inşaatı terk ettiğine göre fesih ihbarının tebliğine gerek yoktur”, (Yarg. 15. HD, 13.04.1989, E. 3000, K. 1912), Uygur, s. 315.

⁷⁴ “İşin 31.12.1986 tarihinde bitirilmesi gerekirken, dava tarihinde dahi ancak %60 oranında yapılmış olması durumunda, BK. nun 107 hükmü gereği ihtar göndermeye gerek olmadan temerrüt oluşur.” (Yarg. 15. HD, 01.05.1989 T, E. 3823, K. 2226), Uygur, s. 316.

⁷⁵ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11.Bası, İstanbul 2013, s.456 vd.

⁷⁶ Havutçu, s. 30; Özer Seliçi, Kesin Vadeli İşlemler, (İstanbul: Garanti Matbaası, 1968): s. 16.

⁷⁷ “Taraflar arasında düzenlenen sulh niteliğindeki sözleşmeye göre davalının edimi 18.11.1991 tarihine kadar 35.000.000 TL borcu kapsar şekilde senetleri davacıya vereceği şeklinde kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmeyle davalının senetleri vereceği tarih 18.11.1991 günü olarak belirlenmiştir. O halde, BK. M. 107/3 hükmü gereği davacıyı temerrüde düşürmek için ayrıca ihtar gerek yoktur. Davalının 18.11.1991 tarihinden sonra tevdi mahalline borç senetlerini teslim etmesi, kendisini temerrütten kurtarmaz.”, (Yarg. 13. HD, 01.12.1992 T, E. 8030, K. 9326), Uygur, s. 317.

kararlaştırmışlardır. Böyle bir durumda alacaklı iş sahibinin vade tarihinden sonra gerçekleştirilecek ifayı kabul etmeyeceği önceden açıkça ortaya konmaktadır⁷⁸.

Taraflar sözleşmede belirleyecekleri bir hükümle, yüklenicinin inşaatı zamanında teslim etmemesi durumunda ihtara gerek kalmadan temerrüde düşeceğini kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir düzenleme tamamen tarafların iradelerine bağlıdır. Çünkü kanunun ihtar şartını içeren hükümleri emredici nitelikte olmadığından aksine sözleşme yapılması mmkndr⁷⁹. Sözleşmede temerrüt ihtarının yapılmayacağı kararlaştırıldıysa, yüklenici ihtar edilmeden temerrüde düşecektir.

5.Temerrüde Engel Sebeplerden Birinin Bulunmaması

İş sahibinin ifayı talep etmesine karşılık yüklenicinin def'i ileri sürme hakkının bulunduğu hallerde artık temerrttten bahsedilmez. Örneğin yüklenicinin zamanaşımı def'i veya karşı edimin ifa edilmediği def'ini ileri sürmesi halinde, yükleniciyi temerrüde düşürmek mümkün değildir. Borçlu yüklenicinin sahip olduğu def'ileri ileri sürmesinin temerrüde yol açmayacağı Yargıtay⁸⁰ tarafından da kabul edilmektedir.

İş sahibinin bedel ödeme borcu, TBK 479 hükmüne göre eserin teslimi anında muaccel olacağından, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenici kendisine bedel ödenmediğini ileri sürerek inşaatı tamamlamaktan kaınamaz⁸¹. Eğer sözleşmede bedelin inşaat devam ederken ödeneceği kararlaştırılmışsa, yüklenici bedel ödenmediğini ileri sürerek inşaatı tamamlamaktan kaçınabilir.

⁷⁸ Havutçu, s. 30. Bununla birlikte doktrinde belirtildiği üzere kesin vade kararlaştırılmış olması durumunda alacaklı isterse yine de ifayı kabul edebilir. Çünkü kesin vadeli sözleşme, alacaklının ifa talep yetkisini değil, borçlunun gecikmiş ifa kabiliyetini ortadan kaldırıır, Havutçu, s. 30, Eren, s. 270, Seliçi, Kesin Vadeli İşlemler, s. 3-4.

⁷⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 919; Havutçu, s. 31.

⁸⁰ "İştihakları ödemeyen, edimini öncelikle yerine getirmeyen iş sahibi BK 97 hükmüne dayanamaz", (Yarg. 15. HD, 24.04.1987 T, E. 2352, K. 1846), Uygur, s. 293.

⁸¹ z, İnşaat Sözleşmesi, s. 149.

Borçlu temerrüdüne engel olacak bir diğer sebep de borcun alacaklı iş sahibi yüzünden ifa edilemiyor olmasıdır. Eğer yüklenici inşaatı iş sahibinin geciktirmesi, kusuru yüzünden bitiremediğini ispatlarsa, temerrüde düşmekten kurtulacaktır⁸².

⁸² Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 149.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Yüklenicinin inşaatı tamamlayamadığı için temerrüde düşmesi halinde iş sahibi buna karşılık birtakım haklara sahiptir. İnşaatın zamanında bitirilmemesinden dolayı iş sahibi tabii olarak zarara uğramıştır ve bu zararının yüklenici tarafından karşılanması gerekmektedir. Bunun için iş sahibinin mağduriyetini gidermek isteyen kanun koyucu, alacaklı iş sahibine birtakım haklar tanımıştır.

Yüklenici temerrüde düştükten sonra iş sahibi kural olarak aynen ifayı talep edebilecektir. Yüklenicinin aynen ifa yükümlülüğü devam ettiği için iş sahibi aynen ifayı isteme hakkına sahiptir. Bundan başka iş sahibi, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı olarak gecikmeden doğan zararını ve varsa cezai şart talep edebilecektir. Nihayet iş sahibi, yüklenicinin temerrütten sonraki beklenmeyen hal, mücbir sebepten doğan sorumluluğu çerçevesinde buna dayanan zararının da giderilmesini isteyebilecektir.

1.1. Aynen İfa Yükümlülüğünün Devam Etmesi

İnşaat sözleşmesinde borçlunun temerrüde düşmüş olması, ifa yükümlülüğünü engellemez. Başka bir deyişle, temerrüde düşmüş olan borçlu yüklenicinin ifası mümkün olan inşaatı tamamlama borcu halen devam etmektedir. İnşaatı tamamlayamadığı için temerrüde düşen yükleniciye aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmeyen iş sahibi, zamanaşımı süresinin sonuna kadar aynen ifayı talep edebilir⁸³. Dolayısıyla iş sahibi yükleniciden inşaatı tamamlamasını isteyebilir.

⁸³ Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 501; Tunçomağ, s. 546; Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 72.

İnşaat sözleşmelerinin niteliği gereği buradaki ihtar yükleniciden inşaatın tamamlanmasını istemek yerine onu inşaatı tamamlamak konusunda uyararak anlamına gelecektir⁸⁴. İnşaat sözleşmesi gibi yapma borçlarında alacaklı iş sahibi, yükleniciye karşı açacağı davada yüklenicinin aynen ifaya mahkum edilmesini⁸⁵ de talep edebilir. Ancak işin niteliği gereği bu talep karşılanamayacak olduğundan iş sahibinin aynen ifayı talep etmesi kendisini bir sonuca ulaştırmayacaktır.

1.2. Yüklenicinin Gecikmeden Doğan Zararlardan Sorumlu Olması

Yüklenicinin inşaatı tamamlamayıp temerrüde düşmesi halinde, iş sahibinin yükleniciden aynen ifa yanında gecikmeden doğan zararları da istemesi mümkündür. Bu konuyla ilgili olarak TBK 113/1 hükmü açıkça borçlunun gecikmeden doğan zarardan sorumlu olacağını düzenlemektedir. Hükme göre alacaklı durumundaki iş sahibi, masrafı borçlu yükleniciye ait olmak üzere, işin bizzat kendisi tarafından ya da tayin edeceği kişi tarafından ifasına izin verilmesini hakimden isteyebilecektir. Burada borçlunun şahsına bağlı olmayan inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından tamamlanması ve masrafın da yükleniciye ödetilmesi söz konusudur.

TBK 113/1 hükmü uyarınca iş sahibi inşaatı kendisi tamamlayacak ya da tamamlatacak ve her türlü masrafı da yükleniciden talep edecektir. Bu hükümle meydana gelen durumun hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre TBK 113/1’de belirtilen durum aynen ifanın farklı bir görünüşüdür. Bu görüşe göre⁸⁶ yükleniciden beklediği ifayı bulamayan alacaklının, kendisinin borcu ifa etmesi ve masrafını yükleniciden alması “aynen ifanın” sağlanmasıdır. Ancak diğer görüşe göre⁸⁷ burada borcun aynen ifa edilmesi söz konusu değildir. Burada borcun ifa edilmemesinden doğan olumlu zararın karşılanması söz konusudur ve bu hüküm ancak borcun tazmin edilmesi şeklinde değerlendirilebilir. Ancak yüklenici temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayamadığı sürece, iş sahibi bu hükme başvurarak yükleniciden olumlu zararını talep edebilecektir. Aynen ifa talebi ise

⁸⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 152.

⁸⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 923.

⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 921-922; Dayınlarlı, s. 67-68; Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 93.

⁸⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 153.

borçlu kusurlu olsun olmasının ileri sürülebileceğinden, TBK m.113/1 hükmünü aynen ifa hali sayan görüş, kusursuz borçludan tazminat istenememesi kuralı ile çelişmektedir.

İş sahibi tarafından açılacak olan davada, hakim yarım kalan inşaatın iş sahibi tarafından tamamlanmasına, onun tarafından devam edilmesine izin verecektir. Ayrıca iş sahibi işin geç tamamlanmasından dolayı uğradığı zararları da yükleniciden talep edebilir. Böylece hakim hem inşaatın tamamlanması için gereken masrafın, hem de işin geç bitirilmesinden doğan zararların bilirkişi vasıtasıyla hesaplanarak yükleniciye ödetilmesine karar verebilir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan biri, yükleniciden aynen ifa veya gecikmeden doğan zararın istenebilmesi için iş sahibinin üzerine düşen borcu yerine getirmesi gerektiğidir. İnşaat sözleşmesi henüz sona ermediğine göre iş sahibinin borçları da halen devam etmektedir. Dolayısıyla kendi borcunu yerine getirmeyen iş sahibi yükleniciden aynen ifa veya tazminat talep edemeyecektir⁸⁸.

Kanun koyucu iş sahibinin gecikmeden doğan zararının karşılanması için ayrıca bir hüküm sevk etmiştir. TBK 118'e göre yüklenici borcun geç ifa edilmesinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlüdür. Borçlu yüklenici temerrüde düştükten sonra borcunu ifa etmişse temerrüt tarihi ile ifa günü arasında geçen süre için gecikme tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır⁸⁹. Ancak bu kuralın istisnası yüklenicinin kusursuz olarak temerrüde düştüğünü kanıtlamasıdır. Yüklenici kusursuz olduğunu ispatlarsa artık ondan gecikme tazminatı istenemez.

⁸⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 154; "Uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup davacı iş sahibi eksik bırakılan işlerin tamamlanması için ifaya izin talebinde bulunmuştur. İfaya izin talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmüş olması alacaklının da sözleşme uyarınca kendisine düşen edimleri yerine getirmesi gerekir. Bu haliyle yapılan işin bedelini ödemeyen eksik ifada bulunan davacının kendisidir. İş bedelinden alacaklı durumda olan davalının olayda temerrüde düştüğünden söz edilemez. Bu durumda mahkemece sabit olmayan davanın reddine karar verilmesi gerekir.", Yarg. 15. HD. 2009/5913 E, 2010/6122K, 12/11/2010, www.corpus.com.tr.

⁸⁹ Reisoğlu, s. 367.

İş sahibinin gecikme tazminatı isteyebilmesi, aynen ifanın gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı değildir⁹⁰. Gecikme tazminatı inşaat bitmeden ve teslim edilmeden istenebileceği gibi inşaatı bitirip teslim ettikten sonra da istenebilir⁹¹. Ancak iş sahibi inşaatı teslim alırken gecikme tazminatından vazgeçtiğini, yükleniciyi ibra ettiğini belirtmişse, durumun gelişmesinden ibra ettiği anlaşılabilirse artık gecikmeden doğan tazminat isteyemeyecektir⁹².

İnşaatın gecikmesinden dolayı yükleniciden talep edilecek olan gecikme tazminatı hukuki niteliği açısından müspet zararın sınırlı ve özel bir tipi⁹³ olduğundan buradaki zarar kalemleri fiili zararlarla yoksun kalınan kar arasındaki fark olarak hesaplanacaktır. Gecikme tazminatının kapsamına inşaatın (binanın) değeri dahil edilmemekle birlikte temerrüt nedeniyle uğranılan zarar, binada oluşan değer kaybı, bundan başka hukuki takip giderleri, yoksun kalınan kira geliri vb. giderler dahil edilebilir⁹⁴. Şüphesiz söz konusu zarar kalemlerinin hesaplanarak yükleniciden talep edilebilmesi için ifanın gecikmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁹⁵.

Gecikme tazminatının hesaplanması konusunda hangi sürenin dikkate alınacağı konusunda kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu noktada gecikme tazminatının yüklenicinin temerrüde düşmesi neticesinde kendisinden istenebileceğinden hareket ederek, temerrütten sonraki sürelerin⁹⁶ göz önünde tutulması gerektiği benimsenmelidir. Bunun yanında doktrinde⁹⁷ alacaklının vaktinde ifaya olan güveninin göz önüne alınarak sürelerin hesaplanması gerektiği yolunda bir diğer görüş de mevcuttur.

⁹⁰ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 154.

⁹¹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 154; “Davalı yüklenici, belirlenmiş kesin tarihe kadar inşaat yapıp teslim etmek zorunda olduğundan, bu tarihte başlamak suretiyle eseri teslim ettiği tarihe kadar veya dava konusu bağımsız bölüme daha önce kiracı yerleşmişse, kiracının yerleştiği tarihe kadar olan süre için arsa sahibine talep halinde gecikme tazminatı ödemek zorundadır”, Yarg. 15. HD, 2002/855E, 2002/1305K, 21/03/2002, www.corpus.com.tr.

⁹² Öz, s. 155; Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, s. 501-502.

⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 925.

⁹⁴ Havutçu, s. 37-38.

⁹⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 155.

⁹⁶ Oğuzman/Öz, s. 498.

⁹⁷ Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, s. 482; Eren, Genel Hükümler, s. 1060.

1.3. Yüklenicinin Gecikme Tazminatı Sorumluluğunun Sınırı

Yüklenicinin vade tarihinde tamamlayamadığı inşaatı geç ifa etmesi nedeniyle iş sahibinin talep edebileceği gecikme tazminatının, ne kadar süreyle istenebileceği, üzerinde durulması gereken bir konudur. Yüklenici temerrüde düştükten sonra iş sahibi açacağı davada aynen ifayı talep edebileceği gibi, bu davada ihtirazi kayıt koymasa bile⁹⁸ sonradan gecikme tazminatını ayrıca isteyebilir. İş sahibinin gecikme tazminatı isteme hakkı baki kalacaktır. Ancak Yargıtay ve doktrindeki birtakım görüşler bu hakkı sınırlama eğilimindedir.

Yargıtay bazı kararlarında gecikme tazminatının istenebileceği süreyi ve durumu kısıtlama yoluna gitmektedir. Yargıtay'a göre⁹⁹ iş sahibinin gecikme tazminatını temerrüt tarihinden çok sonra istemesi, uzun süre gecikme tazminatının çoğalmasına sebep olması müterafik kusur teşkil eder. İş sahibi inşaatın tamamlanmasını ve teslimini makul bir süre beklemelidir. Bu süre geçtikten sonra gecikme tazminatı istenmesi veya gecikmiş ifayı kabul etmesine rağmen iş sahibinin gecikme tazminatı istemesi iyi niyet kurallarına aykırıdır. Ayrıca gecikme tazminatı istenmesi için, inşaatın teslim alınması esnasında ihtirazi kayıt konulması gerekip gerekmediği de Yargıtay¹⁰⁰ kararlarında çelişkilidir. Bununla birlikte TBK 179/2 hükmünde alacaklı iş sahibinin yükleniciden gecikmeye bağlı cezai şart, gecikme tazminatı istemesinin koşulu olarak ihtirazi kayıt ileri sürülmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu hükme göre inşaatı teslim alan iş sahibi ancak ihtirazi kayıt ileri sürmesi halinde gecikme tazminatı isteyebilecektir. Yargıtay kararlarında da bu durum belirtilmiştir¹⁰¹.

⁹⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 155.

⁹⁹ Yarg. 15. HD. 13/11/1974, 1750/1714, Yarg. 15. HD. 06/12/1973, 939/329", Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 74.

¹⁰⁰ "Yarg. 15. HD. 16/04/1974, 275/362, Yarg. 15. HD. 28/03/1973, 292/288", Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s.76.

¹⁰¹ "Taraflar arasındaki yukarıda yazılı hüküm BK 158/2 maddesinde yer alan ifaya eklenen ceza niteliğindedir. Dava dilekçesinde akdin aynen ifası talebi saklı tutulduğundan davacı olayda BK 106. maddesinde belirtilen seçimlik hakkını akdin ifası doğrultusunda kullanmıştır. Bu durumda akdin ifasına bağlı cezanın da tahsili istenebilir. O halde davacının hak ettiği ceza tutarı hesaplanmalıdır." Yarg. 15. HD, 1999/1865E, 1999/3481K, 05/10/1999, www.corpus.com.tr; "Gecikmiş teslim sırasında cezai şart alacağını saklı tutmayan iş sahibi, teslim sonrası cezai şart talep edemez.", Yarg. 15. HD, 14/06/2007, 1516/4052, Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Vedat Kitabevi: İstanbul, 2010): s. 71-72. Bununla birlikte Yargıtay cezai şart alacağının eserin meydana getirileceği makul bir süre içinde istenebileceği yönünde kararları da mevcuttur, Yarg. 15. HD, 16/12/2008, 35/7386, Gümüş, s. 72.

İnşaat sözleşmesinde belirli vade kararlaştırılmış olsa bile Yargıtay'a göre¹⁰² gecikme tazminatı istenebilmesi için iş sahibinin ihtarda bulunması gerekmektedir. Bu görüşü yasal temele dayandırmak güçtür.

İfa süresi geçirildikten sonra teslim alınan inşaat için gecikme tazminatı istenmesini sınırlayan Yargıtay kararlarına karşılık doktrinde bu görüşe katılmayan yazarlar da mevcuttur. Ayrıca borçlunun kusur derecesi, alacaklının müterafik kusuru ve zarar oluşabileceği hususunda alacaklının borçluyu uarmamış olmasının gecikme tazminatında indirim sebebi olacağını savunan yazarlar da vardır¹⁰³. Oysa doktrinde¹⁰⁴ haklı olarak belirtildiği gibi TBK 147/6'da belirtilen 5 yıllık zamanaşımı süresinin sonuna kadar istenebilecek olan gecikme tazminatı, faiz gibi fer'i bir borç olmayıp aynen ifa yükümünün yanında ayrı bir borç olduğundan her zaman talep edilebilecektir.

1.4. Yüklenicinin Cezai Şart Ödemesi

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslimde gecikmiş olması, temerrüde düşmesi halinde cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış olabilir. Gerçekten de uygulamada özellikle büyük çaplı işlerde yüklenicinin temerrüdü halinde cezai şart ödeneceği sıklıkla kararlaştırılır. Burada gecikme tazminatında olduğu gibi yüklenicinin

¹⁰² “Davalı-karşı 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 ihtar 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 göz önünde bulundurularak hükmedilmesi gerekirken, her ayın bitimini takip eden muacceliyet tarihlerinin temerrüt tarihi olarak kabulü doğru olmamıştır.” : Yarg. 15. HD, 2005/7569E, 2007/2003K, 29/03/2007, www.corpus.com.tr. Yargıtay'ın bu kararlarındaki değerlendirme doktrinindeki görüşlerle çelişmektedir: Oğuzman/Öz ve Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eren, muacceliyet tarihinin gecikme tazminatının hesaplanmasında temel alınacak süre başlangıcı olması gerektiğini ileri sürmektedirler.

¹⁰³ Serozan, İfa Engelleri, s. 189.

¹⁰⁴ Öz, s. 155. Bu görüşe göre iş sahibinin inşaatı teslim alması esnasındaki beyanları ibra olarak anlaşılıyorsa bu durumda güven teorisi uyarınca artık gecikme tazminatı isteyemeyeceği söylenmelidir.

temerrüde düşmekte kusurlu¹⁰⁵ olması halinde (sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa) cezai şart talep edilebilecektir.

Doktrinde belirtildiğine göre¹⁰⁶ cezai şart alacağının feriliği gereği, yüklenicinin teslim borcu sona erdiğinde cezai şart borcu da sona ereceğinden artık cezai şart istenemeyecektir. TBK 179/2 maddesinde açıkça asıl borçla birlikte cezai şartın da istenebilmesi ihtirazi kayıt konulması şartına bağlanmıştır. Kanun hükmü gereği ihtirazi kayıt konulması gerekli olmakla birlikte burada söz konusu olan cezai şart fer'i nitelikte değil¹⁰⁷, asıl ifa borcuna eklenen bir yükümlülük niteliğindedir.

Sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın hangi sürede istenebileceği ve miktar bakımından üst sınırının ne olacağı konusu uygulamada tartışılmaktadır. Aslında TBK m. 182/2 hükmüne istisna olarak, borçlu tacir ise TTK md.2 uyarınca hakim aşırı olduğu gerekçesiyle cezai şartı indiremezse de; çeşitli Yargıtay kararlarında somut olayın durumuna göre tacir yüklenici aleyhine cezai şarta birtakım kısıtlamalar getirilmektedir. Örneğin Yargıtay kararlarına göre cezai şart ahlaka, adaba aykırı olması halinde ödenmesi yükleniciden talep edilemez¹⁰⁸. Bundan başka cezai şartın uzun süre istenmemesi, ödenecek cezayı arttırma amacıyla beklenmesi ve daha sonra istenmesi ya da ceza şartını arttırmak amacıyla iş sahibinin aynen ifa talebinde direnmesi de dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağından iş sahibinin müterafik kusuru olarak nitelenerek ceza şartının indirimine gidilmektedir¹⁰⁹. Daha yeni tarihli

¹⁰⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.156; “Hatta iş sahibinin temerrüt nedeniyle zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur.”, “İşin uzmanı olan yüklenicinin sözleşmenin yapıldığı tarihte her yıl için var olan sezonluk çalışma yasağını bilmemesi ve bunu gecikme nedeni olarak savunması, herhalde kabul edilemez. Ancak sözleşmenin yapıldığı tarihte olmayan ve daha sonra konulan çalışma yasağı nedeniyle de yükleniciye bir kusur atfetmek de doğru olmaz...”, Yarg. 15. HD. 25/12/1996, 6551/6962, Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 79-80.

¹⁰⁶ Gümüş, s. 72.

¹⁰⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 158.

¹⁰⁸ “Yanlar arasındaki sözleşmenin 20. Maddesinde kararlaştırılan fesih halinde yüklenicinin hiçbir talepte bulunmayacağına ve o ana kadar yaptığı imalatı da arsa sahibine bırakacağına dair dönme cezası yüklenicinin mahvına neden olması nedeniyle ahlak ve adaba aykırı olup, BK md. 20/2 gereğince mutlak butlan ile batıldır”, Yarg. 15. HD, 08/04/1996, 1857/1961, Aynı yönde: Yarg. HGK 20/03/1974, 1053/222, Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 80.

¹⁰⁹ “Eksik ve kusurlu işleri yerine getirmekle yükümlü olan yüklenici işten el çekerek bırakıp gitmekle direngen duruma düşmüştür. Davacının direnme nedeniyle sözleşmeyi bozması için sözleşmede öngörülen 30 günlük süre yerine 320 gün beklemesi iyi niyetle bağdaşmaz ve o (iş sahibi) sadece 30 gün için gecikme cezası isteyebilir” Yarg. 15. HD. 02/02/1978, 1943/181, Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 82.

Yargıtay kararlarında¹¹⁰ ise iş sahibinin seçimlik hakkını geç kullanmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Burada Yargıtay'ın üzerinde durduğu nokta, ahde vefa ilkesi gereğince sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın mücbir sebep gibi beklenmeyen bir hal söz konusu olmadığı sürece eksiksiz ödenmesi gerektiğidir. Sözü geçen kararda ve diğer Yargıtay kararlarında cezai şartın indirilmesini gerektiren bir diğer husus, tacir olmayan borçlular aleyhine cezai şartın fahiş olmasıdır. TBK 182/2 hükmüne göre fahiş olan cezai şartın indirimi yoluna gidilmesi gerekir. Bununla birlikte TTK md. 22 uyarınca eğer taraflar tacirse cezai şartta indirimde gidilmeyecektir. Uygulamada çoğu zaman yüklenici tacir olduğundan indirim yoluna gidilmeyecektir. Ancak Yargıtay'ın Dürüstlük Kuralına, ahlâka ve kişilik hakkına aykırılık yasağına dayanan aksi yönde kararları da mevcuttur¹¹¹.

¹¹⁰ Yarg. HGK 09/10/1991, 340/467, "...Eser sözleşmesinde işin belirli süre sonunda bitirilmemesi (teslimde gecikme) halinde iş sahibinin uygun bir süre bekleddikten sonra (olayımızda davacının 5 ay beklemesi uygun süre olarak kabul edilmiştir), BK 106/2 maddesinde belirlenen seçimlik hakkını kullanması gerekeceği ve alacaklının (davacının) sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemesi halinde işin teslimini geciktiren eksikliklerin tamamlanması için gerekli olan süre de belirlenerek, sonuçta sözleşmeye göre teslim tarihi ile seçimlik hakkını davalıya bildirdiği (ihtar) tarihi arasındaki uygun süre ve ihtar tarihinden sonra işin tamamlanabileceği süre ile sınırlı olmak üzere tazminata hükmedilmelidir. Başka bir deyişle sözleşme eylemli olarak daha uzun sürede yerine getirilmiş olsa bile, uygun süre ve somut olarak belirlenen bitiş için gerekli süreyi aşan günler için gecikme tazminatına (cezai şart) hükmedilemeyecektir. Bu yargının dayanağı ise BK 44 ve TMK md. 2 olduğu ileri sürülmüştür. (...) İş sahibinin BK 106/2 maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır, o nedenle bu kınanacak bir davranış değildir. (...) Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması (Pacta sunt servanda-ahde vefa) ilkesi gereğidir. Çünkü doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesi ile işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat (cezai şart) ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır. Bundan kaçınma sözleşmeye, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Ne var ki bu kuralın ayrıcalıksız uygulanması bazı durumlarda yine doğruluk, güven kurallarına aykırı olacak sonuçlar doğurabilir. Bunun için öngörülmemen bir nedenin sözleşmenin tamamının veya bir koşulun yerine getirilmesini taraflardan biri için çekilmez veya yıkım teşkil edecek yoğunluğa getirmesi gerekir. Olayımızda ne öngörülmemen bir hal ne de yapılan işin kapsamı gözetildiğinde ...TL tazminatın davalı için çekilmez ve ekonomik yönden yıkım teşkil ettiği söylenemez. Kaldı ki davalının sözleşmeye sadakat göstermeyerek gecikme tazminatını (cezai şart) ödememekte direnmesi de, onun yönünden doğruluk ve güven kurallarına aykırıdır. (...) Davalı işin süresinde teslim edilmemesi halinde davacıya verilecek her dair için aylık 300.000TL ödeyeceğini kabul etmiştir. Bu, BK. nun 161/3 maddesi gereğince cezai şartın, fahiş olduğu gerekçesi ile tenkisi gerekeceği düşünülebilir. Ancak davalılar tacir olduğundan böyle bir indirim söz konusu olmaz (TTK 24). Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı d bir olgudur. Bu nedenle davacı hiçbir indirim tabii tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır(BK 159/2).Bu durumda tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiçbir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, BK 356/1 maddesindeki özen borcuna, doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer." , Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 82, dn. 74.

¹¹¹ "Taraflar eserin tamamlanamaması nedeniyle gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını, önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler. Bu yoldaki anlaşma geçerli olup tarafları bağlar. Bu

Somut olayın durumuna göre cezai şartta indirim yapılıp yapılmayacağı Yargıtay tarafından belirlenmektedir. Her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmektedir.

Yargıtay kararlarında cezai şartın uzamasına karşılık, artık iş sahibinin seçimlik haklardan hangisini seçeceğini bildirmesi gerektiği belirtilmektedir. Burada Yargıtay'ın değerlendirdiği durum yüklenicinin inşaatı bitiremeyecek hale gelmiş olmasıdır.

Yargıtay'ın esas aldığı nokta yüklenicinin artık işi bitiremeyeceğini söylemesi ve inşaatı terk edip gitmiş olmasıdır. Kanımızca Yargıtay'ın çözümüne gerek olmadığı ileri sürülebilir. Bizim de katıldığımız görüşe göre yüklenicinin inşaatı terk edip gitmiş olması artık ifanın imkansız hale geldiğini gösterir. Oğuzman/Öz¹¹² tarafından savunulan bu görüşe göre (daha önce de belirtildiği gibi) yüklenici inşaatı terk edip gitmişse artık kusurlu ifa imkansızlığı söz konusu olur ve bundan sonra temerrüt sona erer, yüklenicinin ifa borcu da iş sahibinin olumlu zararını tazmin borcuna dönüşür.

1.5. Yüklenicinin Beklenmeyen Halden Sorumlu Olması

Yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibinin beklenmedik bir halden dolayı zarara uğraması durumunda, borçlu yüklenici zarardan sorumlu olacaktır. Konuyu düzenleyen TBK 119/1 maddesine göre borçlu temerrüde düştükten sonra alacaklının uğrayacağı beklenmedik hal nedeniyle oluşacak olan zarardan kural olarak mütemerrit borçlu sorumludur.

tazminatın cezai şart kabul edilip indirim yapılması doğru olmadığı gibi mahkemenin kabul ettiği şekilde gecikme cezası olarak nitelendirilse bile davalı yüklenici tacir olduğundan TTK 24 gereğince cezai şartın fahiş olduğundan bahisle indirilmesini isteyemez. Öte yandan yapılan işin kapsamı ve gecikilen süreye göre belirlenen kira tazminatının davalı yüklenicinin ekonomik yıkımına mucip olacak derecede ağır ve haksız ve bu nedenle BK 19-20 maddeleri gereğince ahlak ve adaba MK 2 gereğince dürüstlük kuralına aykırı olduğu da kabul edilemez.” Yarg. 15. HD, 1993/5803E, 1994/3856K, 13/06/1994, www.corpus.com.tr.

¹¹² Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 158; Oğuzman/Öz, s. 498-499.

Bu hükme göre borçlu yüklenicinin beklenmedik halden sorumlu olması için olayda dikkat edilmesi gereken husus, beklenmedik halin yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle ifayı etkilemiş olmasıdır. Başka bir deyişle, temerrütten sonra oluşacak kazadan, beklenmeyen hal nedeniyle meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. İnşaatın zarar görmesinin sebebi yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmüş olmasıdır¹¹³. Bu kural temerrütten itibaren hasarın borçluya ait olması şeklinde ifade edilmektedir¹¹⁴.

Yüklenicinin sorumlu olacağı beklenmeyen halin, doktrinde belirtildiği üzere mücbir sebep ya da beklenmeyen bir kaza şeklinde meydana gelmesi arasında bir fark yoktur¹¹⁵. Beklenmeyen hal kavramı burada geniş anlamda tutulmuştur. Doğal afetler gibi mücbir sebebi ve hayatın akışı içerisinde oluşabilecek bir kazayı da kapsar.

Borçlu (burada yüklenici) temerrüde düştükten sonra beklenmeyen hal nedeniyle edimin (burada inşaatın) zarara uğraması durumunda, meydana gelen kazanın aynı olması ya da farklı olması hallerinin sonucu değiştirip değiştirmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre iki olayın aynı olmasına gerek yoktur. Bu görüşe göre¹¹⁶ olayların aynı olmasının zorunlu tutulması hükmün amacına ters düşer. Önemli olan kazanın edime (inşaatı) isabet etmesidir, olayların farklı olmasının burada önemi yoktur. Diğer görüşe göre¹¹⁷ hükmün amacı doğrultusunda değerlendirildiğinde iki olayın aynı olması gerekmektedir. Aksi halde farklı zamanlarda gerçekleşen kazaların oluşturduğu durumu çözmek başa çıkılmaz hale gelecektir.

Yüklenici kusuruyla temerrüde düşmesi halinde ağır bir sorumlulukla karşılaşmaktadır. Eğer inşaatı zamanında teslim etmiş olsaydı gerçekleşmeyeceği var sayılan beklenmeyen hal nedeniyle sorumluluğu söz konusudur. Fakat kanun koyucu yükleniciye bu sorumluluğundan kurtulma imkanı da tanımıştır. TBK 119/2 uyarınca yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispatlarsa beklenmeyen hal nedeniyle oluşacak zarardan sorumlu olmayacaktır. Bundan başka yüklenici inşaatı

¹¹³ Eren, Genel Hükümler, s. 1061; Oğuzman/Öz, s. 499-500; Tandoğan, s. 483.

¹¹⁴ Oğuzman/Öz, s. 500; Tandoğan, s. 483; Serozan, İfa Engelleri, s. 190 (Bu sorumluluk türüne “risk sorumluluğu” denmektedir).

¹¹⁵ Oğuzman/Öz, s. 500; Eren, Genel Hükümler, s. Feyzioğlu, s. 244; Tunçomağ; s. 550.

¹¹⁶ Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, s. 483-484; Eren, s. 1062.

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 501; Öz, s. 158; Feyzioğlu, s. 246; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 928.

zamanında teslim etmiş olsaydı bile aynı kazanın oluşacağını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulacaktır. Buna karşılık, bu kazayı önleme imkânı olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Yeter ki, kusuruyla temerrüde düşmeseydi bu kaza ifayı engellemeyecek olsun.

2. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

2.1. Genel Olarak

Yüklenici ile sözleşme yapan ve inşaatın zamanında teslim edilmesini bekleyen iş sahibi, yüklenici inşaatı teslim etmekte temerrüde düşünce, birtakım haklara sahip olur. İş sahibi artık bu noktadan sonra temerrüt nedeniyle oluşan zararını karşılamak veya en aza indirmek için bu seçimlik haklardan dilediğini seçecektir.

Başta belirttiğimiz üzere, Kanunun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında borçlu temerrüdüne ilişkin özel hükümler yoktur. Bu sebeple, yüklenicinin temerrüdüne ve sonuçlarına Genel Hükümlerdeki düzenleme uygulanacaktır. Böylece, TBK 123 ve 125 maddelerinde alacaklıya tanınan seçimlik haklara bu sıfatla iş sahibi de sahip olacaktır. Buna göre iş sahibi yükleniciden aynen ifayı ve gecikme tazminatı isteyebilir. Bundan başka aynen ifadan vazgeçen iş sahibi olumlu zararının tazminini talep edebilir. İş sahibinin üçüncü seçimlik hakkı da sözleşmeden dönüp sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı oluşan olumsuz zararının tazminini isteyebilir.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibinin seçimlik haklarını kullanmasının ilk koşulu, kural olarak yükleniciye ek süre (mehil) vermektir. Ancak bazı durumlarda yükleniciye süre verilmesine de gerek yoktur. İşte yükleniciye süre verilmesi ve süre vermeye gerek olmayan durumlar ayrıntılı incelenmelidir.

2.2.Seçimlik Hakları Kullanabilmesinin Koşulları ve İstisnaları

2.2.1.Ek Süre Verme Koşulu

Temerrüde düşen yükleniciyi son kez ifaya davet etmek için iş sahibinin uygun ek süre verme koşulu TBK 123. maddesinde belirtilmiştir. İş sahibi temerrüde düşen yükleniciye uygun bir ek süre vererek bu zaman zarfı içerisinde inşaatı tamamlamasını isteyecektir. İş sahibi seçimlik haklarını kullanmadan önce kanun koyucunun yükleniciye uygun ek süre verilmesini kural olarak şart koşmasının sebebi, yükleniciyi temerrüdün ağır koşullarından korumaktır¹¹⁸.

Yükleniciye verilecek ek süre onu ifaya çağırarak amacını güttüğüne göre içeriğinde yükleniciden ifanın beklendiği belirtilmeli, ayrıca ifanın hangi zaman diliminde, ne kadar süre sonunda beklendiği¹¹⁹ de açıklanmalıdır. Başka bir deyişle inşaatın tamamlanmasının istendiği zaman dilimi kesin olarak süre bildiriminde belirtilmelidir. Zaten kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, bu uygun süre “borcun ifa edilmesi için” verilmektedir. Bu nedenle borçluya süre verme konusunda yapılacak bildirimde açıkça kendisinden ifanın beklendiği vurgulanmalıdır. Ancak süre bildirimi beyanında kesin bir süre verilmesine gerek olmadığı, sadece ifa konusunda uyarının yeterli olduğu yönündeki görüşe¹²⁰ bu sebeple katılmak mümkün değildir.

¹¹⁸ Feyzioğlu, s. 254-255; Tunçomağ, s. 555; Serozan, İfa Engelleri, s. 192; Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 494.

¹¹⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 159-160; Eren, s. 1066; Havutçu, s. 45; Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 494; Tunçomağ, s. 555.

¹²⁰ Feyzioğlu, s. 255.

Yükleniciye verilecek uygun ek süre bildirimini, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan ispat şekline tabi değildir¹²¹. Sözlü ya da yazılı şekilde yapılması mümkündür. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılması daha yararlıdır.

Temerrüde düşen borçluya verilecek uygun ek süre, kanunun lafzından anlaşılacağı gibi temerrüt hali gerçekleşikten sonra yapılmalıdır. Ancak temerrüt ihtarıyla birlikte uygun ek süre bildiriminin de yapılmasında kanunen bir sakınca yoktur¹²². Temerrütten sonra ek sürenin verileceği zaman dilimi konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Yüklenici temerrüde düştükten sonra iş sahibi her zaman uygun ek süre verebilir. Ancak ek süre verme açısından zaman sınırı dürüstlük kuralı çerçevesinde yakın bir zaman olmalı¹²³, yüklenicinin değişen piyasa koşullarından olumsuz etkilenmesi de önlenmelidir.

Yükleniciye verilecek ek süre “uygun” olmalıdır. Kanunda uygun sürenin neye göre belirleneceği konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Yükleniciye verilecek ek uygun süre¹²⁴ inşaatın durumu, yapılacak işlerin çokluğu ve dürüstlük kuralı göz önüne alınarak belirlenecektir. Bu süre iş sahibinin kendisi tarafından belirlenebileceği gibi iş sahibi hakimden de uygun ek süre belirlemesini isteyebilir. Hakime tayin ettirilmiş ek sürenin uygun olmadığı hususunda tartışmaya yer kalmaz.

İş sahibinin yükleniciye vereceği ek sürenin uygunluğunu ispatlama yükümü iş sahibine aittir¹²⁵. Yükleniciye verilen sürenin uygun olup olmadığı konusunda çıkan ihtilafta iş sahibi verdiği sürenin işin durumuna göre uygun olduğunu kanıtlayacaktır.

Temerrüde düşen yükleniciye ifada bulunması için verilen ek süre eğer inşaatı bitirmek için uygun değilse ne yapılacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe

¹²¹ Oğuzman/Öz, s. 518; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 946; Eren, s. 1067; Havutçu, 47; Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, s. 495.

¹²² Havutçu, s. 48; Tunçomağ, s. 556; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 946-947; Öz, s. 160.

¹²³ Tunçomağ, 557; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 948.

¹²⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 160; Tandoğan, s. 495-496; Havutçu, s. 46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 947.

¹²⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 161.

göre¹²⁶, verilen ek sürenin uygun olmadığı durumda süre otomatik olarak uygun süre kadar uzatılmış sayılır. Yüklenicinin ayrıca sürenin uygun olmadığını ileri sürmesine gerek yoktur. Diğer görüşe göre¹²⁷ yükleniciye verilen uygun olmayan ek süre, kanunun aradığı uygunluk koşuluna aykırı olduğundan geçersizdir. İş sahibi yükleniciye yeniden, bu kez inşaatı tamamlaması için yeterli olacak uygun ek süre vermelidir. Kanunun lafzını aynen yerine getirmesi karşısında uygun olmayan ek sürenin geçersiz olduğu yönündeki görüş kabul edilmelidir. İnşaatın bitirilmesi bakımından gereğinden kısa olan ek süre hukuken geçersiz olacak ve iş sahibi yükleniciye yeniden ek süre verecektir. Hiç şüphesiz ki böyle bir durumda iş sahibi oldukça uzun bir zaman kaybetmiş olacak, zaten gecikmiş olan inşaatın tamamlanması daha da uzayacaktır. O halde iş sahibinin ek süre verme konusunda daha insiyatifli davranması yerinde olacaktır. İş sahibinin vereceği ek süre inşaatın tamamlanmasına yetecek ölçüde uzun olmalıdır.

Ek sürenin uzunluğu işin hali hazır durumu ve dürüstlük kuralları doğrultusunda belirlendiğine göre inşaatın hangi aşamada olduğu göz önüne alınarak ek sürenin uygunluğu belirlenecektir. Eser sözleşmesi içerisinde yer alan inşaat sözleşmesi, diğer eser çeşitlerine göre yapımı daha uzun zaman aldığından, burada verilecek ek süre birkaç ayı bulabilecektir. Yükleniciye verilecek ek sürenin uzunluğu belirlenirken, yüklenicinin kullanacağı iş gücü, olağan araç gereç ile işi ne kadar zamanda tamamlayabileceğinin göz önünde tutulması gerektiği belirtilmektedir¹²⁸. İş sahibinin yapacağı şey, inşaatın geldiği aşamanın bitirilmesine ne kadar yakın ya da uzak olduğunu göz önüne alarak uygun ek süre vermektir. İnşaatın bitirilmesine az bir süre kaldığı anlaşılıyorsa yükleniciye verilecek ek süre kısa tutulabilir. Örneğin inşaatın dış kısmı tamamen bitirilmiş, doğramalar, camlar takılmış, sadece iç kısmında az bir iş kalmışsa, yükleniciye bunları tamamlaması için kısa bir ek süre verilebilir. Ancak inşaatın bitirilmesine daha uzun süre olduğu anlaşılıyorsa yükleniciye daha uzun süre verilecektir. Örneğin binanın henüz kaba inşaatı tamamlanmış, tuğlaları görünür haldeyse yükleniciye daha uzun bir ek süre verilmesi uygun olacaktır. Esasen bu seçenekte ek süre verilmesi gereksiz de olabilir. Fakat bu konuya ilişkin açıklama aşağıda ek süre vermenin istisnaları konusunda yapılacaktır.

¹²⁶ Serozan, s. 192; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 948; Tunçomağ, s. 556; Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 495; Eren, s. 1067; Feyzioğlu, s. 255

¹²⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 160; Oğuzman/Öz, s. 519.

¹²⁸ Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 71, yazara göre mutad araç gereçle belirlenecek süre uzun olursa da TBK 473/1 hükmünün iş sahibine "iş sahibinin işin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması üzerine sözleşmeden dönme" hakkı vermesi karşısında adaletsizlik giderilecektir.

TBK 123 uyarınca iş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için yükleniciye ek süre vermesi kural olarak şarttır. Ancak bu kuralın TBK 124'te belirtilen birtakım istisnalarının olmasının yanında doktrinde Öz'ün¹²⁹ savunduğuna göre, eğer yüklenici henüz inşaatın çok az kısmını tamamlayabilmiş, temerrüde düştüğünde işin bitmesine çok uzun süre varsa artık TBK 124'e kıyasen iş sahibi ek süre vermeden seçimlik haklarını kullanabilmelidir

2.2.2.İstisnaları

İş sahibinin temerrüde düşen yükleniciye karşı seçimlik haklarını kullanması için süre verme koşulunun istisnaları TBK 124'te üç madde halinde sayılmıştır. Bunlar borçlunun hal ve vaziyetinden ek süre vermenin tesirsiz kalacağı anlaşılıyorsa, borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faydasız kalacaksa ve sözleşmede kesin vade varsa, yani borcun mutlaka sözleşmede belirtilen tarihte ifa edilmesi gerekiyorsa artık yükleniciye ifada bulunması için ek süre vermeye gerek yoktur. Bu maddeler sırasıyla şu şekilde açıklanabilir:

TBK 124 hükmünde sayılan istisnalardan ilki borçlunun durumundan ve tutumundan ek süre verme koşulunun etkisiz kalacağının anlaşılıyor olmasıdır. Buna göre yüklenicinin davranışlarından verilecek ek süre sonunda ifanın gerçekleşmeyeceği anlaşılıyorsa artık ek süre verme koşuluna uymaya gerek yoktur. Bundan başka inşaatın durumu, geldiği aşama bakımından da verilecek ek süre sonunda inşaatın tamamlanamayacağı anlaşılıyorsa artık uygun ek süre koşuluna riayet etmeye gerek yoktur.

Yüklenicinin inşaatı tamamlayamayacağını iş sahibine açık olarak ifade etmesi veya uzun hazırlık aşaması gerektiren inşaat sözleşmesinde bu hazırlık aşamasını gerçekleştirmemiş olması karşısında ek süre verme koşuluna uyulması

¹²⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 160.

gerekmediği doktrinde¹³⁰ ifade edilmektedir. Doktrinde baskın olan bu görüşe göre yüklenicinin kendisine ek süre verilmesine rağmen inşaatı süre içinde tamamlayamayacağını beyan etmesi halinde artık ek süre verilmesi gereksiz bir formalite halini alacaktır. Zaten inşaat sözleşmesi niteliği gereği kısa zamanda tamamlanabilen bir borç değildir. Yüklenici açık olarak borcu uygun bir ek süre sonunda da ifa edemeyeceğini bildirmiş olması karşısında yükleniciye ek süre vermeden iş sahibi seçimlik haklardan hangisini seçeceğine karar vermelidir.

Ek süre verme koşulunun gerekip gerekmediği bakımından dikkat edilecek husus yüklenicinin hal ve tavırlarından ve inşaatın bulunduğu durumdan, artık inşaatın hiçbir şekilde tamamlanamayacağı anlaşılıyorsa artık bu durumda ifa imkansızlığı söz konusu olacağından¹³¹ bu aşamadan sonra esasen borçlu temerrüdü hükümlerine gitmenin bir yararı kalmayacaktır. Eğer borçlu inşaatı hiçbir zaman tamamlayamayacağını belirttiyse ya da buna benzer bir tutum içerisindeyse katıldığımız görüşe göre artık ifa imkansızlığı söz konusudur. Bu durumda TBK 112 uyarınca iş sahibi olumlu zararının tazminini isteyecektir. O halde TBK 124/1 hükmünün borçlu temerrüdü içerisinde uygulanabilmesi için borçlu yüklenicinin ifayı gerçekleştiremeyeceğini beyan etmemekle birlikte verilecek ek sürede inşaatı bitiremeyeceğinin anlaşıldığı durumun söz konusu olması gerekmektedir.

Bu istisna ile ilgili olmak üzere ayrıca doktrinde¹³², yüklenicinin hazırlık aşamasını dahi tamamlamamış, işin çok az bir kısmının yapılmış olması halinde iş sahibinin TBK 473/1 hükmüne başvurabileceği belirtilmektedir. Buna göre iş sahibi işin vadeye yetişmeyeceğinin açık olarak anlaşılması halinde vade tarihini beklemeye gerek kalmadan sözleşmeden dönebilir. Bu maddenin uygulanması açısından inşaatın geldiği aşama somut olayda değerlendirilmelidir. İnşaatın tamamlanmasına henüz çok uzun bir süre varsa bu madde hükmüne göre iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Böylelikle borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmaya gerek kalmayacaktır.

Yükleniciye süre verilmesini gerektirmeyen durumlardan ikincisi, borçlunun temerrüdü sonunda borcun ifasının alacaklı için yararsız kalması halidir. İnşaat

¹³⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 950; Havutçu, s. 49-50; Tunçomağ, s. 557-558; Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 497; Eren, Genel Hükümler, s. 1068; Serozan, İfa Engelleri, s. 193.

¹³¹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 161.

¹³² Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 497; Serozan, İfa Engelleri, s. 193.

sözleşmelerinde bu durumla pek karşılaşılmaz. Çünkü inşaat sözleşmesi içerik itibariyle maddi değeri yüksek bir sözleşme olduğundan, ifa için ne kadar süre geçerse geçersiz yinede iş sahibi için inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi önemlidir. İfa değerini yitirmeyecektir. Bu nedenle bu bent inşaat sözleşmesinde çok istisnai durumlar dışında uygulanmaz.

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin seçimlik haklarını kullanmadan önce yükleniciye ek süre vermesini gerektirmeyen durumlardan sonuncusu da sözleşmede kesin vade belirlenmiş olması halidir. TBK 124/3 uyarınca borcun ifasının sözleşmede kararlaştırılan zamanda yapılmaması üzerine alacaklı tarafından artık ifanın kabul edilmeyeceği anlaşılıyorsa ek süre vermeye gerek yoktur. Burada söz edilen durum sözleşmede kesin vade kararlaştırılmış olmasıdır. Sözleşmede kesin vade kararlaştırılmış sayılması, ifa tarihinin belirlenmesinin yanı sıra vade tarihinden sonra ifanın artık kabul edilmeyeceği kararlaştırılmalıdır. Başka bir deyişle ancak sözleşmedeki vade tarihinde ifa kabul edilebilir, ancak bu tarihten sonra yapılacak ifa kabul edilmez nitelikte olmalıdır. Burada sözleşmede kesin vade olup olmadığı güven teorisi¹³³ uyarınca tarafların iradeleri yorumlanmalı ve bu doğrultuda bir karar verilmelidir. Eğer güven teorisine göre sözleşmede kesin vade olduğu söylenebiliyorsa, vade tarihinden sonraki ifa kabul edilmeyecek ve ek süre verme koşuluna uyulmasına gerek kalmayacaktır.

Kesin vade kararlaştırılan sözleşmelerde bu şartın konulmasının amacı ifanın belirtilen vade tarihinde yerine getirilmesine verilen önemin öne çıkmasıdır¹³⁴. Böylece kesin vadeli sözleşmelerde iş sahibinin inşaatın zamanında tamamlanmasına verdiği önem ön plana çıkmaktadır. Vade tarihinden sonra gerçekleşecek ifanın artık iş sahibi bakımından önemi yoktur. Ayrıca kesin vadeli inşaat sözleşmelerinde iş sahibi, yükleniciye ek süre vermeden sözleşmeden dönebileceği gibi derhal bildirmek koşuluyla diğer seçimlik haklarını da kullanabilecektir¹³⁵.

¹³³ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 162; Oğuzman/Öz, s. 542-543.

¹³⁴ Seliçi, Kesin Vadeli İşlemler, s. 6-7.

¹³⁵ Seliçi, Kesin Vadeli İşlemler, s. 6-7; Oğuzman/Öz, s. 543.

İş sahibinin ek süre vermeden seçimlik haklarını kullanabilmesi için sözleşmede kesin vade olup olmadığı araştırılmalıdır. Esasen TBK 134/3 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmesi bu noktada toplanmaktadır. Alelade belirli vadeden farklı olan kesin vadede tarafların iradeleri göz önüne alınarak sözleşme yorumlanacaktır.

3.İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFADAN VAZGEÇEREK OLUMLU ZARARIN TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ

3.1. Aynen İfadan Vazgeçme

Borçlu temerrüdüne düşen yükleniciye, TBK 123 uyarınca verilen ek süre sonunda inşaat halen tamamlanmadıysa artık iş sahibi seçimlik haklarından birini kullanacaktır. Aynı şekilde iş sahibinin TBK 124 uyarınca yükleniciye uygun ek süre vermesine gerek olmayan hallerden biri söz konusu ise yine iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilecektir.

İş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar ifa yerine tazminat veya sözleşmeden dönmektir. İş sahibi somut olayın durumuna göre bu iki haktan birini seçmekte serbesttir.

İş sahibinin seçebileceği haklardan ilki aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmin edilmesidir. İş sahibi artık inşaatın tamamlanıp kendisine tesliminden vazgeçmiş, sadece olumlu zararının tazminini talep etmektedir.

Sözleşmenin zamanında ifa edilmemesinden dolayı zarara uğramış olan iş sahibinin, yükleniciye verdiği ek sürenin sonunda (veya ek süre verilmesine gerek olmayan hallerde ifa etmeme halinde) uygun olan en kısa zamanda yükleniciye ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerekmektedir. İş sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini mümkün olan en kısa zamanda yükleniciye bildirmezse, yükleniciye yeniden uygun ek süre vermek zorunda kalacaktır¹³⁶. Bu durumda iş sahibinin durumu daha da zora

¹³⁶ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 163.

gireceğinden ifadan vazgeçtiğini derhal yükleniciye bildirmelidir. Hatta iş sahibi ifadan vazgeçtiğini bildirmenin yanında, haklardan hangisini seçtiğini de yükleniciye bildirmelidir. Sadece ifadan vazgeçtiğini bildirmesi yeterli değildir. İş sahibi yükleniciye mümkün olan en kısa zamanda ifadan vazgeçtiğini haber vermekten başka seçimlik haklardan hangisini seçtiğini de bildirmelidir. Sadece ifadan vazgeçtiğini bildirip haklardan hangisini seçtiğini bildirmeyi daha sonraya bırakırsa bu durumda da tekrar uygun ek süre verme koşulu ile karşı karşıya kalacaktır. TBK 125/2'ye göre iş sahibi ifadan ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirmelidir. Kanunun lafzına bakıldığından burada yer alan hemen ibaresi, doktrinde çoğunluğun¹³⁷ belirttiği gibi mümkün olan en kısa zamanda yükleniciye bildirimde bulunma yükümlülüğünü göstermektedir. İş sahibinin mümkün olan en kısa sürede bildirimde bulunması gerektiğini bildiren Yargıtay kararları da çoğunluğun görüşünün isabetli olduğunu göstermektedir¹³⁸.

¹³⁷ Tunçomağ, s. 562, yazara göre aksi durumun kabul edilmesi halinde alacaklı (iş sahibi) bu arada geçen süreyi kendi lehine kullanabilir ve borçlu (yüklenici) daha büyük zarara uğrayabilir; Eren, Genel Hükümler, s. 1072; Feyzioğlu, s. 261, yazara göre yüklenicinin “derhal” bildirimde bulunup bulunmadığını belirlerken dürüstlük kuralı temel alınacaktır; Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 92; Serozan, İfa Engelleri, s. 194, yazara göre aynen ifadan vazgeçme bildirimini asli borçlu edimini düşürücü bir yenilik doğurucu bildirimdir; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 163. Ancak Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop iş sahibinin derhal bildirimde bulunması gerektiği görüşüne katılmamaktadırlar. Yazarlara göre, kanun koyucu psikolojik bir hataya düşmüştür. Uygun ek süre verildikten sonra ifaya kavuşamayan iş sahibi alacaklı, bu süre sonunda da ifa gerçekleşmediğinden artık borçlunun doğal olarak ifadan vazgeçildiğini düşüneceğini öngörebilir. Çünkü zaten verilen sürede ifa gerçekleşmemiştir. Ayrıca alacaklı iş sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirme yükümlülüğünden haberdar olmayabilir. Bu durumda da iş sahibi ciddi zarara uğrayacaktır. Bu nedenlerle derhal bildirimde bulunma yükümlülüğü yerinde değildir, s. 955-956.

¹³⁸ “Davalı bir eser meydana getirmeyi yükümlenmiş, onun edimi yönünden yanlar arasında BK 355 ve onun ardından gelen hükümlerle düzene konan eser sözleşmesi ilişkisi kurulmuştur. Böyle bir sözleşmenin tam iki yanlı (karşılıklı) sözleşme niteliğini taşıması nedeniyle olayda kural olarak, tam iki yanlı sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen BK 106-108’in göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde duraksama yoktur. Öyleyse davalının temerrüdüne dayanarak davacının sözleşmeden dönebilmesi için, yeterli (uygun) bir sürenin belirtilmesi gerekir. Davacının 17/12/1976 günlü ihtar ile sözleşmeden döndüğünü belirtmiş olmakla birlikte, ek süre vermeden bu yola gittiği saptanmıştır. Ne var ki, BK 107/3’e göre ek süre belirlenmesi gerekli değildir. Gelgelelim, vazgeçme ve dönme bildiriminin çabucak (derhal) yapılması yasanın açık hükmünden doğan bir zorunluluktur. O nedenle inşaatın bitim süresinin aralık 1974 günü olarak belli edilmesinden dolayı, davacının çabucak bildirimde bulunması gerektiği halde 14/12/1976 günlü ihtar çekerek, ki bu konuda gecikmiştir, davacının dönme hakkını kullanamaması söz konusu olmaktadır. Fakat bu durumda bile alacaklı borçluya ikinci bir süre belirler ve gecikmiş edim bu süre sonunda da yerine getirilmezse, çabucak edimi aynen istemekten vazgeçtiğine ilişkin bildirimde bulunarak sözleşmeden dönme yetkisini (hakkını) kullanabilme olanağına yeniden kavuşmuş olur.” YHGK 09/06/1982, E. 1613, K. 565, Havutçu, s. 62-63, dn. 195.

3.2.Olumlu Zararın Tespit Edilmesi

Aynen ifadan vazgeçen iş sahibi yükleniciden olumlu zararının karşılanmasını talep edebilir. Olumlu zarar doktrinde kabul edildiği üzere, yüklenici işi zamanında bitirip teslim etseydi iş sahibinin farazi malvarlığı ile şimdiki malvarlığı arasındaki farktır¹³⁹. İş sahibinin sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararları olumlu zararın esasını oluşturur. İnşaat henüz bitirilmemiş olduğundan yüklenicinin inşaatı başka bir yükleniciye tamamlatması gerekecektir. Öyleyse olumlu zarar kalemlerinin içine öncelikle iş sahibinin inşaatı tamamlatma masrafları girecektir.

Olumlu zarar ile karşılanmak istenen, eğer sözleşme gereği gibi, zamanında ifa edilmiş olsaydı iş sahibinin elde edeceği, içinde bulunacağı mal varlığı durumuna erişmesini sağlayacak miktarın karşılanmasıdır. Olumlu zarar kalemlerini fiili zarar ile yoksun kalınan kar kalemleri oluşturur¹⁴⁰. Bunlara örnek olarak, başta inşaatı başkasına tamamlatma masrafları ve giderleri olmak üzere, iş sahibinin inşaat zamanında bitirilseydi elde edeceği kira gelirleri, yapıya geç taşınarak uğrayacağı zararlar, inşaatı bitmiş halde geç satmaktan kaynaklanan zararlar sayılabilir. Burada önemli olan husus, zarar kalemlerinin yüklenicinin temerrüde düşmesinin normal, olağan sonucu olmasıdır. Başka bir deyişle, zarar kalemleri ile yüklenicinin temerrüde düşmesi arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bunlar arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı sürece zarar kalemleri yükleniciden talep edilemeyecektir.

Olumlu zararın nasıl hesaplanacağı konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bunlar değişim kuramı ve fark kuramıdır. Hangi kuramın kabul edildiğine göre, uygulanacak olan çözüm de değişecektir.

¹³⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 164-165; Eren, Genel Hükümler, s. 1073; Havutçu, s. 68.

¹⁴⁰ Havutçu, s. 68.

3.2.1.Değişim Kuramı

Temerrüde düşmüş olan yüklenicinin inşaatı tamamlayamamasından kaynaklanan zararlar, iş sahibinin mal varlığında birtakım eksikliklere yol açmıştır. Artık aynen ifadan vazgeçen iş sahibi ancak zararının giderilmesini istemektedir. İş sahibinin uğradığı olumlu zarar karşılanırken, yüklenici bundan sonra inşaatı tamamlayacak değildir. İş sahibi ifadan vazgeçmiştir. Yüklenicinin inşaatı bitirme borcunun yerini olumlu zararın tazmini borcu almıştır. Buna karşılık iş sahibinin inşaatın bedelini yükleniciye ödeme borcu halen devam etmektedir. Doktrinde¹⁴¹ değişim kuramı olarak adlandırılan bu kuram kanunun amacına uygun düştüğünden kabul edilmelidir.

3.2.2. Fark Kuramı

Doktrinde müspet zararın hesaplanması konusunda öngörülen ve çoğunluğun savunduğu diğer görüş fark kuramıdır¹⁴². Buna göre inşaatı tamamlayamayan yüklenicinin inşaatı yapma borcu ve iş sahibinin bedel ödeme borcu sona erecek ve varsa aradaki fark oranında iş sahibinin tazminat borcu doğacaktır. Bu teoriye göre iş sahibi yükleniciye karşı borçlandığı edimi aynen ifa zorunda olmayıp iş sahibi bunun yerine borçludan talep ettiği tazminat alacağından kendi borçlandığı edimin değerini mahsup ederek geri kalan kısmı isteyebilir. Fark teorisine göre inşaatı tamamlama borcunun yerine inşaatın (binanın) değeri tespit edilerek tazminat alacağıyla mahsup edilir. Fakat buradaki mahsup nitelik bakımından bir takas değildir¹⁴³. Fark teorisinin kabul edilmesi halinde yüklenici karşı edim alacağını artık talep edemeyecektir.

¹⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 526-527; Öz, s. 166; Eren, Genel Hükümler, s. 1073; Gümüş, s. 76-77; Gökyayla, s. 199.

¹⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 961-962.

¹⁴³ Eren, s. 1074; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 483.

Bu iki görüşten başka, değişim ya da fark teorilerini tek başına benimsememekle birlikte bu teorileri birleştirme eğiliminde olan görüşler¹⁴⁴ de vardır. Buna göre iş sahibi somut olayın, inşaatın durumuna göre istediği teoriyi seçebilecektir. Bundan sonra da hangi teori iş sahibinin lehine ise o teori uygulanacaktır.

3.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Durum

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye bedel yerine arsa payı verilmektedir. Bu durumda değişim kuramının uygulandığı halde edimin para borcu ile takas edilmesi mümkün değildir. Değişim teorisi kabul edildiğinde, inşaatı tamamlayamayan yükleniciye karşı iş sahibi tazminat alacağı karşılığında arsa payının tamamını yükleniciye devredecektir.

¹⁴⁴ Serozan, İfa Engelleri, s. 179-180, 195, yazara göre borçlu temerrüdünde alacaklının aynen ifadan vazgeçme isteğinin temelinde kural olarak karşı edimden değil öz edimden vazgeçme isteği yatar. Alacaklıya bu iki kuram arasında serbestçe seçme yetkisinin tanınması amaca ve adalete uygun bulunan öneridir. Böylece alacaklının (iş sahibinin) önünde iki alt seçenek daha bulunur. Alacaklı iş sahibi tazminat istemi bağlamında edimini isterse alkoyar, isterse yerine getirir. İş sahibi alacaklının tazminat isteminin boyutları da buna göre değişecektir; Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 503.

4. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ

4.1. Sözleşmeden Dönme

İnşaatı bitirmekte temerrüde düşen yükleniciye karşı iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakların bir diğeri sözleşmeden dönmektir. Bu seçimlik hak TBK 125/3'te düzenlenmiştir. Buna göre iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde taraflar karşılıklı olarak borçlarından kurtulacaklar ve daha önce ifa edilen şeyleri de geri isteyebileceklerdir.

Yüklenici zamanında inşaatı tamamlayamadığı için iş sahibi, şartların varlığı halinde kendisine uygun ek süre verecek veya uygun ek süre vermesine gerek olmadan sözleşmeden döndüğünü bildirecektir. İş sahibi yükleniciye sözleşmeden döndüğünü derhal¹⁴⁵ bildirmelidir. Daha önce de üzerinde durulduğu gibi, derhal bildirim yükümü TBK 125/2'de belirtilmektedir. İş sahibinin yükleniciye yapacağı sözleşmeden dönme beyanı bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁴⁶.

İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin kusurlu olmasının gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmediği¹⁴⁷ yönündeki görüş isabetlidir. Fakat doktrinde¹⁴⁸ aksi görüş de mevcuttur. Yüklenicinin kusurlu olup olmadığı daha sonra ondan olumsuz zararın tazminini isteyebilmek açısından önem arz edecektir.

¹⁴⁵ “ Süresinde fesih (bozma)bildiriminde bulunulmadan ve daha sonra borcun (edimin) yerine getirilmesi için süre verilmeden dava açılması doğru değildir.” Yarg. 13. HD. 27/04/1987, 1346/2534, “Somut olayda eserin tamamlanarak teslim edileceği tarih kesin bir biçimde kararlaştırılmış olduğundan davalı ve karşılık davacının, yükleniciye sözleşmenin yerine getirmesi için ayrıca bir süre tanınmasına veya uygun bir sürenin belirlenmesi için hakimden istekte bulunmasına gerek yoktur.” Yarg. 15. HD. 25/02/1998, 497/672, Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 95.

¹⁴⁶ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 170; Eren, Genel Hükümler, s. 1075; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 964, yazarlara göre bu hakkın kullanılması mevcut bir hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaktadır; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 487.

¹⁴⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 170; Havutçu, s. 66; Tandoğan, s. 504.

¹⁴⁸ Tunçomağ, s. 565.

İş sahibinin yükleniciye yapacağı sözleşmeden dönme bildirimini herhangi bir şekilde bağlı değildir¹⁴⁹. Ancak 6102 sayılı TTK 18/3¹⁵⁰ (eski TTK 20/3) uyarınca tacirler arasında yapılan sözleşmelerde bu dönme beyanının noterden gönderilecek bir ihtarname veya telgrafla, taahhütlü mektupla yahut elektronik imzalı mesajla yapılması gerekir. Eğer iş sahibi tacir ise kanunda belirtilen yollardan birini kullanmadığı sürece sözleşmenin feshi geçerli olmayacaktır.

İş sahibinin sözleşmeden dönme bildiriminde kullandığı ifadelerin çelişkili olması veya sözleşmeden dönme iradesini tam olarak ifade etmiyor olması durumunda sonucun ne olacağı konusu karşımıza çıkabilir. Böyle bir durumda her halde dürüstlük kuralı ve güven teorisi¹⁵¹ uyarınca dönme bildirimindeki ifadeler yorumlanacak ve buna göre bir sonuca ulaşılabacaktır.

¹⁴⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 170; “Kural olarak eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekilde tabi olmadığı için bu sözleşmeden dönme isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri”, bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, resmi şakla bağlı tutulmuştur. 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 feshe karar verir. Aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar.” Yarg. 15. HD. 08.10.1998, 2263/3752, Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 96, dn. 99, Ancak bu karar doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi isabetli değildir. Çünkü dönme beyanı tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan bir hak olduğundan karşı tarafın kabulüne veya mahkeme kararına ihtiyaç yoktur, Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 31; Tunçomağ, s. 564-565.

¹⁵⁰ “Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”

¹⁵¹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 171.

4.2. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

4.2.1. İade Yükümleri

İş sahibi sözleşmeden dönme iradesini içerir beyanı yükleniciye ulaştırınca artık iş sahibi sözleşmeden dönmüş olacaktır. İş sahibinin yapacağı bu bildirim üzerine bugün de hakim olan klasik görüşe göre, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar¹⁵². Fakat bu konuda farklı bir görüş de vardır. Sözleşmeden dönme beyanından sonra sözleşmenin hukuki durumu ve bundan sonraki durumla ilgili olarak iki farklı teori ileri sürülmüştür. Bunlardan biri yeni dönme teorisi, bir diğeri de klasik dönme teorisidir.

Yeni dönme teorisine göre karşılıklı edimler içeren bir sözleşmede taraflardan birinin sözleşmeden dönmesi üzerine borç ilişkisi, kural olarak tersine dönerek devam edecektir¹⁵³. Bu görüşe göre sözleşmeden dönme, yerine getirilen edimlerin geri verilmesi talebini doğurur ve henüz yerine getirilmemiş edim borçları ileriye etkili olarak sona erer¹⁵⁴. Bu görüşte sözleşmenin içerik değiştirerek devam etmesi söz konusudur.

Yeni dönme teorisine göre sözleşmede henüz ifa edilmeyen borçlar son bulmayıp bunlar borçlu için def'i ileri sürme hakkı meydana getirir¹⁵⁵. Sözleşme devam ederken henüz ifa edilmeyen borçlar ise yine sözleşmesel borçlar olarak iade borcu haline dönüşecektir¹⁵⁶. Dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte henüz ifa edilmemiş borçlar ortadan kalkar. Her iki taraf da sözleşmeden dönme hakkına sahip oldukları gibi dönme neticesinde ifa etmedikleri borçlarını yerine getirmekten de kaçınabilirler¹⁵⁷.

¹⁵² Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 171; Tandoğan, s. 504; Feyzioğlu, s. 263; Tunçomağ, s. 564;

¹⁵³ Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77-78; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 544-545; Eren, Genel Hükümler, s. 1076.

¹⁵⁴ Seliçi, s. 77.

¹⁵⁵ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 32.

¹⁵⁶ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 32.

¹⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1076.

Türk hukukunda hem doktrinde¹⁵⁸ baskın görüş olan, hem de Yargıtay kararlarında kabul edilen görüş klasik dönme teorisidir. Buna göre iş sahibinin dönme beyanı ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Sözleşmenin devamı esnasında ifa edilmiş olan edimler de kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilecektir. İş sahibinin dönme beyanıyla birlikte sözleşme baştan beri hükümsüz hale gelir ve tarafların borçları ve hakları ortadan kalkar. Bu sonuca TBK 125/3'te belirtilen "sözleşmenin hükümsüz kalması" ibaresinden dolayı varılmaktadır¹⁵⁹. Türk doktrininde isabetli olarak baskın olan bu görüş hem kanunun lafzına hem de hukuk mantığına daha yatkındır. Borçlar Kanunu'nda yapılan değişikliğin ardından klasik dönme teorisinin terk edilmesine sebep yoktur. Çünkü TBK 125/3 sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zararın ifadesini korumakla, klasik dönme teorisini desteklemektedir. Buna göre dönme üzerine sanki sözleşme baştan itibaren hükümsüzmüş gibi tarafların sözleşmenin devamı esnasında ifa etmedikleri yükümler artık ortadan kalkacak, ifa ettikleri ise hukuki sebepten yoksun hale gelecektir.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yüklenici ile arasında iade yükümü doğacaktır. İş sahibi bu aşamaya kadar elde ettiklerini geri vermekle yükümlü olduğu gibi yüklenici de iş sahibinden aldıklarını geri verecektir. Doktrinde belirtildiğine göre¹⁶⁰ bu aşamada genel hükümlerde düzenlenen (TBK m.77-82) sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Burada "sona eren sebebe dayanan zenginleşme" (condictio ob causam finitam) söz konusudur. Her iki tarafın da hukuki durumu sözleşme kurulmadan önceki haline geri dönecektir.

4.2.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Durum

Sözleşmenin feshi TBK md.126 uyarınca kural olarak sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde olur. İşin çoğu bitmiş eser sözleşmelerinde Yarg. İç. Bir. K. Dürüstlük Kuralına dayanarak ileriye etkili feshi kabul ediyorsa da, bu ileride ayrıca

¹⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 526; Tunçomağ, s. 564; Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 504; Feyzioğlu, s. 263.

¹⁵⁹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 171.

¹⁶⁰ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 172.

incelenecek bir durumdur. Sözleşmeden dönmenin ardından iş sahibi yerine getirdiği edimleri (bedel ödeme) geri isteyeceği gibi yüklenici de aynı şekilde yerine getirdiği edimi geri isteyecektir. TBK 125/3, c.1 tarafların karşılıklı iade yükümlerini düzenlemiştir. Sözleşmeden dönme tarihine kadar yüklenici inşaatla başlamış, iş sahibi de inşaatın bedelini ödemişse her ikisinin de iade yükümü doğmuş olacaktır. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde durum biraz daha farklı gelişir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatla iade yükümü sorun arz edecektir.

İnşaat sözleşmesinin geçmişe etkili olarak sona ermesi üzerine, tarafların iade yükümlülükleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenir ve bu durumda, sözleşmeden doğan bir borçtan bahsedilemez¹⁶¹. Sözleşmede yerine getirilmemiş edimler ortadan kalkar, ifa edilen edimler ise her iki taraf bakımından da, az önce belirttiğimiz üzere “sona eren sebebe dayanan zenginleşme” türünde bir sebepsiz zenginleşme istemine konu oluşturacaktır¹⁶².

İş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda iade yükümlerinin nasıl çözümleneceği hususunda kanun hükümlerini kapsamlı olarak değerlendirmekte fayda vardır. Burada sadece BK 77 vd. hükümlerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması yeterli olmayacaktır. İş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda¹⁶³, sözleşmenin sona ermesi üzerine malzemenin iadesini düzenleyen TMK 722-724¹⁶⁴ hükümlerinin uygulanması görüşü bizce de yerindedir.

¹⁶¹ Turgut Öz, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, (İstanbul: Kazancı Hukuk yayınları, 1990): s. 71; Uluşan, s. 74-75.

¹⁶² İnşaat sözleşmesinden dönmenin sonucunu ileriye etkili fesih olarak sayan görüş kabul edildiği takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine gitmek mümkün değildir. Bu durumda sadece TBK 125/3 hükmüne göre iade borcu oluşacaktır. Bu halde zamanaşımı süresi 10 yıldır. Sebepsiz zenginleşmenin genel hükümleri masraftan doğan haklar gibi konularda kıyasen uygulanabilir, Uluşan, s. 76.

¹⁶³ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 175-176.

¹⁶⁴ TMK 722 : Bir kimse kendi arazisindeki yapıda başkasının malzemesini ya da başkasının arazisindeki yapıda kendisinin veya bir başkasının malzemesini kullanırsa, bu malzeme arazinin bütünleyici parçası olur.

Ancak sahibinin rızası olmaksızın kullanılmış olan malzemenin sökülmesi aşırı zarara yol açmayacaksa, malzeme sahibi gideri yapıyı yaptırana ait olmak üzere bunların sökülüp kendisine verilmesini isteyebilir.

Aynı koşullar altında arazinin maliki de, rızası olmaksızın yapılan yapıda kullanılan malzemenin gideri yapıyı yaptırana ait olmak üzere sökülüp kaldırılmasını isteyebilir.

Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen haksız inşaat hükümlerine göre, kendi malzemesiyle başkasının arsasına inşaat yapan kişi durumundaki yüklenicinin iyi niyetli olup olmamasına göre bir ayırım yapılacaktır. İş sahibinin arsası üzerinde kendi malzemeleri ile inşaat yapan yüklenici, sözleşmeden dönülme anına kadar geçmişe etkiyi öngörmüş sayılamayacağından, kanun lafzı doğrultusunda “iyi niyetli malzeme sahibi” olarak kabul edilecektir. Buna göre yüklenici iş sahibinden uygun bir tazminat isteyebilir. Buradaki duruma göre, hakim hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde inşaatın malzeme ve işçilik tutarını biraz aşan kısmın yükleniciye ödenmesine karar verecektir¹⁶⁵. Şayet özel bir durum olarak iş sahibi malzemeleri sağlamışsa; iyi niyetli malzeme sahibi durumunda olacak iş sahibinin sağladığı tüm malzemenin iadesi gündeme gelecektir¹⁶⁶. Bu halde malzemenin dava tarihindeki objektif değeri ve eğer iş sahibi kötü niyetli ise, inşaat için katlandığı giderlerle inşaat nedeniyle arsada oluşan değer artışı da iade konusu yapılabilir¹⁶⁷.

Türk Medeni Kanunu'nun haksız inşaat hükümlerine göre yüklenici, kusuru ile temerrüde düşmüşse, artık iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının doğduğunu anlayacak durumda ise, bu andan sonra yaptığı işler bakımından “kötü niyetli malzeme sahibi” olarak kabul edilmelidir¹⁶⁸. Böylece bu hükmün uygulanması halinde hakim, malzeme değerinin yükleniciye ödenmesine karar verecektir. Bu durumda iş sahibinin vereceği tazminat, malzemenin iş sahibi bakımından en az sübjektif değeri geçmeyebilir¹⁶⁹.

TMK 723: Malzeme sökülüp alınmazsa arazi maliki, malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Yapıyı yaptıran arazi maliki iyi niyetli değilse hakim, malzeme sahibinin uğradığı zararın tamamının tazmin edilmesine karar verebilir. Yapıyı yaptıran malzeme sahibi iyi niyetli değilse, hakim hükmedeceği miktar bu malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçmeyebilir.

TMK 724 : Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyi niyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir.

¹⁶⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 176.

¹⁶⁶ Ulusan, s. 85-86.

¹⁶⁷ Ulusan, s. 86.

¹⁶⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 176.

¹⁶⁹ Ulusan, s. 86.

4.2.3. Olumsuz Zararın Tazmini

İş sahibi sözleşmeden dönme üzerine yükleniciden olumsuz zararının tazminini isteyebilecektir. İş sahibinin yükleniciden olumsuz zararını isteyebilmesi için var olması gereken koşul, yüklenicinin kusurlu olmasıdır. Yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, olumsuz zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak kusursuzluğunu ispat yükü TBK m.112 doğrultusunda yüklenicide olacaktır. Yüklenici temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispatlayamadığı sürece, olumsuz zararı tazmin mükellefiyeti devam edecektir.

Sözleşmeden dönme neticesinde olumsuz zararın karşılanması gerektiği hususu TBK 125/3,c.2’de belirtilmiştir. Buna göre iş sahibi yükleniciden, “sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğranılan zararın giderilmesini isteyebilir.” Burada karşılanacak olan zarar doktrinde olumsuz zarar olarak adlandırılır ve “sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenden doğan zarar”¹⁷⁰ şeklinde açıklanmıştır. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında olumsuz zarar, iş sahibi sözleşmeyi yapmamış olsaydı uğramayacak olduğu zarar kalemleridir¹⁷¹.

¹⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1079; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 969; Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, s. 427; Öz, s. 176.

¹⁷¹ YHGK E: 1979/13-454, K: 1981/857, 25.12.1981, “Sözleşmeden dönün alacaklının borçlusundan giderilmesini isteyebileceği zarar, onun sözleşme ifa edilmiş olsaydı kavuşacağı ifa çıkarından, şimdi sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden yoksun kalmış bulunmaktan oluşan olumlu zarar olmayıp, onun sözleşme hiç kurulmasaydı uğramamış bulunacağı olumsuz zarardır.” Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 969; “Taraflar arasındaki "alacak ve munzam zarar" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Ankara Asliye Yirminci Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 3.4.2002 gün ve 2001/106 E,-2002/238 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, YARGITAY 13. Hukuk Dairesi'nin 4.2.2002 gün ve 2002/13377-2003/1040 sayılı ilamiyle; (...Davacı, davalının maliki bulunduğu taşınmaz üzerinde kendisi lehine 49 yıllığına irtifak hakkı tesis edildiğini, bu yere turistik tesisler yaptığını ve işletmeye açtığını, daha sonra bu tesisleri üçüncü şahsa kiraya verdiğini, davalının irtifak sözleşmesi hükümlerine dayanarak kendisine karşı irtifak hakkının iptali davası açtığını, açılan davayı davalının kazandığını, hüküm kesinleştiğini, bunun üzerine davalının tüm, tesislere ve içindeki eşyalara el koyduğunu, yaptırdığı tespiti göre bunların toplam değerini 540.190.700.000 TL. olduğunu ileri sürerek bu paranın işlemiş faiziyle birlikte 843.751.034.000 TL. olarak tahsilini istemiş birleşen davasında da aynı nedenlerle 300.000.000.000 TL. munzam zararın ödetilmesini TALEP ETMİŞTİR.

Davalı, aynı konuda kesin hüküm bulunduğunu, aralarındaki sözleşme hükümlerince davacının tazminat isteminde bulunamayacağını savunarak davanın REDDİNİ DİLEMİŞTİR.

Mahkemece, davacının aynı taleplerini taraflar arasında görülüp kesinleşen dava dosyasında da ileri sürdüğünü, aralarındaki sözleşmenin 16 ncı maddesi hükmünce davacının tazminat talep etme hakkının olmadığı gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından TEMYİZ EDİLMİŞTİR.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının sair temyiz itirazlarının REDDİ GEREKİR.

2- Taraflar arasında düzenlenen ve tapuya şerh edilen sözleşmede 23.7.1992 tarihinden itibaren davalıya ait arsa üzerinde 49 yıl süreyle davacı yararına irtifak hakkı tesis edildiği, sözleşmenin 4 üncü maddesinde arsa üzerine davacı tarafından pansiyon yapılacağı, 5 inci maddesi de davacının yapacağı yapı ve tesislerin üçüncü şahıslara kiraya verilemeyeceği, sözleşmenin 16 ncı maddesinde ise bu yerlerin üçüncü şahıslara kiraya verilmesi halinde sözleşmenin önemli ölçüde ihlal edilmiş sayılacağı ve bir tazminat ödenmeksizin tüm yapı ve tesislerin hazineye intikal edeceği HÜKME BAĞLANMIŞTIR. Davacı, az yukarıda açıklanan sözleşme hükümlerine aykırı davrandığı ve inşa ettiği tesisleri üçüncü şahsa kiraya verdiği için mahkeme kararıyla davacı yararına kurulan irtifak hakkı iptal edilmiş, bilahare de taşınmaz üzerindeki taşınır ve taşınmaz mallar davalı idareye TESLİM EDİLMİŞTİR.

Bu durumda öncelikle davacı irtifak hakkı sahibinin yaptığı tesis bedelini talep edip edemeyeceği hukuki sorunun ÇÖZÜMLENMESİ GEREKİR.

Taraflar arasındaki sözleşmede yapılan tesislerin başkalarına kiraya verilmesi halinde tazminat ödenmeksizin davalıya devredileceği HÜKME BAĞLANMIŞTIR. Sözleşmenin bu hükmü karşısında davacı haksız iktisap kurallarına dayanarak yaptığı tesislerin ve içindeki eşyaların bedelini isteyemez. Ancak bu kuralın uygulanması sonunda davalı hazinenin de haksız olarak ZENGİNLEŞMEMESİ GEREKİR.

Gerçekten sözleşmeyle davalı hazine 49 yıllık sürenin sonu olan 23.7.2041 tarihinden önce pansiyonun işletilmesi yönünden bir hak TALEBİNDE BULUNAMAYACAKTIR. O halde davalı Hazinenin sözleşmede gösterilen sürenin çok daha önceden sahip olduğu tesislerden davacıdan alacağı irtifak hakkı bedeli dışında yararlanması varsa davacının yaptığı faydalı masrafların, bu yararlanmaya etkisi onun haksız İKTİSABI OLACAKTIR. Davalı taraf yapılan tesislerin akdin sonunda kendisine kalmasını kabul ettiğine göre bunlardan yararlanma olanağı olmadığını da ileri süremez.

O halde, Mahkemece yapılacak iş; tahliyenin sonra irtifak hakkı tesis edilen taşınmaz üzerindeki tesislerin ne kadar sürede kiraya verileceği ve 23.7.2041 tarihine kadar olan sürede davacının ödemesi gereken irtifak hakkı bedelinden fazlaya kiralanıp kiralanamayacağı veya bizzat çalıştırarak ne miktar yarar sağlayacağı bir başka deyişle yapılan tesislerin kiralamaya veya yararlanmaya etkisi bilirkışı aracılığıyla belirlenip, sonucuna göre hüküm KURMAKTAN İBARETTİR.

Mahkemece, bu yönler gözetilmeden davanın reddine karar verilmesi, usul ve YASAYA AYKIRIDIR...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki KARARDA DİRENİLMİŞTİR.

Temyiz Eden : Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla HUMK.nun 2494 sayılı Yasayla değişik 438/II. Fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:

Dava, irtifak hakkının normal süresinden önce sözleşmeye aykırılıktan dolayı iptal edilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini amacıyla açılan alacak DAVASINDAN İBARETTİR.

Davacı, davalı Maliye Hazinesinin maliki olduğu orman niteliğindeki taşınmaz üzerinde kendisi lehine 49 yıl süreli irtifak hakkı kurulduğunu, bu yere turistik tesisler yapıldığını ve işletmeye açtıklarını, daha sonra da bu tesisleri bir üçüncü şahsa kiraya verdiğini, davalı Maliye Hazinesinin irtifak hakkı sözleşmesine aykırılık iddiasıyla kendilerine karşı irtifak hakkının iptali davası açtığını, bu dava sonunda irtifak hakkının iptal edildiğini, bunun üzerine davalının kendileri tarafından yapılan tüm tesis ve içindeki eşyalara bedelsiz olarak el koyduğunu, iyi niyetli olmaları nedeniyle, Hazinesinin kendilerine yapı mülkiyetine konu taşınır malların dava tarihindeki objektif rayiç değerleri ile bu tesislerin taşınmazda yarattığı değer artışı ve sağladığı yararın toplamından oluşan alacaklarını, tüm yardımcı haklarıyla birlikte ödemekle yükümlü olduğunu, yaptırılan tespit ve içindeki eşyaların toplam değerinin 540.190.700.000 TL. olduğunun saptandığını, ileri sürerek, işlemiş faiziyle birlikte toplam 843.751.034.000 TL.nin reeskont faiziyle birlikte davalıdan TAHSİLİNİ İSTEMİŞTİR.

Davacı açtığı ek davada ise; asıl dava sırasında saklı tuttuğu hakka dayanarak 1.000.000.000 TL. ek müspet zarar ve 300.000.000 TL. ek yapı ve tesis bedelinin davalıdan TAHSİLİNİ İSTEMİŞTİR.

Davalı Maliye Hazinesi, aynı konuda kesin hüküm bulunduğunu, aralarındaki irtifak hakkı tesisine ilişkin sözleşme uyarınca davalının hiçbir tazminat isteme hakkının bulunmadığını savunarak davanın REDDİNİ İSTEMİŞTİR.

Mahkemenin, aynı taraflar arasında görülüp kesinleşen Kemer Asliye Hukuk Mahkemesinin 1997/204 E. ve 1998/498 K. sayılı kararlarla TMK.nun 751/f ve g maddelerinin emredici hüküm olmadığı, irtifak hakkı sözleşmesinin 16 ncı maddesinin BK.nun 19. ve 20. maddesine aykırı olmadığını kesinleştiği ve bu hususun davalı Maliye Hazinesi yönünden usuli kazanılmış hak oluşturduğu, sözleşmenin 16 ncı maddesi hükmüne göre, davacı şirkete yapı mülkiyetine konu tesisler ve bunların eklentileriyle taşınır malların objektif rayiç değer ile bu tesislerin taşınmazda oluşturduğu değer artışı ve sağladığı ileri sürülen yarar nedeniyle, davalı Maliye Hazinesinin bir ödeme ve tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine ilişkin olarak kurduğu hüküm, özel dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuş, mahkeme önceki HÜKÜMDE DİRENMİŞTİR.

Uyuşmazlık; mevcut sözleşmeye rağmen davacı irtifak hakkı sahibinin, irtifak hakkı sözleşmesinin iptali nedeniyle uğradığı olumlu (müspet) ve olumsuz (menfi) zararlarını isteyebilip isteyemeyeceği NOKTASINDA TOPLANMAKTADIR.

Burada yeri gelmişken olumlu zarar ve olumsuz zarar kavramları üzerinde durmakta YARAR VARDIR.

Somut olayda; yanlar arasında düzenlenen sözleşmenin 5 inci maddesinde; irtifak hakkı konusu taşınmazın kısmen de olsa Maliye Bakanlığı ve Turizm Bakanlığının izni olmaksızın başkasına kiraya verilemeyeceği, 16 ncı maddesinde ise; bu taahhüt senedinin içerisinde 5 inci maddenin de yer aldığı bir kısım maddelerin yerine getirilmemesinin sözleşmenin önemli ölçüde ihlali sayılacağı ve Hazinece bir tazminat ödenmeksizin tüm yapı ve tesislerin sağlam ve işler durumda Hazineye intikal EDECEĞİ AÇIKLANMIŞTIR.

Bu sözleşme hükmü gerekli biçim koşullarına uygun olarak YAPILDIĞINDAN GEÇERLİDİR.

Açıkça görüleceği üzere; irtifak hakkı sözleşmenin 5 inci maddesinde bir yasaklayıcı hüküm konulmuş, 16 ncı maddesinde ise, bu yasaklayıcı kısıtlayıcı hükme uymamanın YAPTIRIMI AÇIKLANMIŞTIR. Bu durumda davacı irtifak hakkı sahibinin Maliye Bakanlığından izin almaksızın tesisi üçüncü bir kişiye kiraya vermesi, değinilen sözleşme hükmüne açıkça aykırılık oluşturur. Davacı, bu sözleşme hükmünün hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu, ayrıca sözleşmenin bedelsiz olarak feshinin ekonomik bakımdan yok olmasına sebep olacağını ileri sürerek aleyhindeki bu hükümlerin geçersiz olduğunu İLERİ SÜRÜMÜŞTÜR. Sözleşme de yer alan söz konusu yasaklayıcı hükümler ceza koşulu olarak kabul edilse bile; bu husus aşağıda yazılan İLKELERİ DEĞİŞTİRMEYECEKTİR. DAVACI TACİRDİR. TTK. 24 üncü maddesinin, BK.nun 161 inci maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi kanun koyucu, fahiş olsa dahi cezai şartın indirelemeyeceği esasını KABUL ETMİŞTİR. YHGK.nun 20.3.1974 gün E.1970/T. 1053 K. 1974/222 sayılı kararında geniş şekilde açıklandığı gibi, tacirler arasında cezai şartın fahiş olması nedeniyle indirim yapılamaması, ancak bu cezai şartın ahlak ve adaba, emredici hükümlerin koyduğu kurallara aykırı olması halinde cezai şartın geçerli olmayacağı KABUL EDİLMİŞTİR. Ne var ki, cezai şartın ahlak ve adaba, emredici kurallara aykırı olduğu davacı tarafından Kemer Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan E.1997/204, K. 1998/498 sayılı sözleşmenin iptali davasında ileri sürülmüş olup, bu konular gerek YEREL MAHKEMECE, gerekse YARGITAY 1. Hukuk Dairesinin 25.10.1999 gün, E.1999/10472, K.1999/10474 sayılı ilamı ile "yanların hür iradeleriyle kurulan ve değinilen kısıtlayıcı hükümleri içeren aktin hukuka, ahlak ve adaba aykırı olduğunun söylenemeyeceği" belirtilerek, sözleşmenin 5. ve 16 ncı maddelerinin ahlak ve adaba, emredici hukuk kurallarının aykırı olmadığı belirlendiğinden, tarafları aynı olan bu davada sözleşmenin anılan maddelerinin geçersiz olup olmadığı hususu tartışma KONUSU YAPILAMAYACAKTIR.

Öte yandan; Borçlar Yasasının 96 ncı maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için alacaklının bu yüzden bir zarara uğramış OLMASI GEREKİR. Sözleşmeden kaynaklanan zarar olumlu (müspet) zarar olacağı gibi, olumsuz (menfi) zarar da olabilir.

Olumlu (müspet) zarar; borçlu edimi (edayı) gereği gibi ve süresinde yerine getirseydi alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiye, bu durumla eylemler arasındaki fark olumlu (müspet) zarardır. Diğer bir anlatımla olumlu zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden DOĞAN ZARARDIR. Kuşkusuz kar mahrumiyetini de içine alır.

Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, direnime (temerrüde) düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde, yahut borçlunun temerrüdü halinde ifaden vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde çiğnenmesinde (ihlalinde), olumlu zararın giderimi söz konusu olur. (Prof. Dr. H. Tandoğan Türk

Mesuliyet Hukuku 1961 s. 426 vd.). Davacı, sözleşmenin 5. ve 16 ncı maddesindeki açık hükme rağmen irtifak hakkı konusu taşınmazı üçüncü kişiye kiraya vermesi dolayısıyla, Maliye Bakanlığınca irtifak hakkının iptalinin istenmesine ve sonuçta iptaline kendi kusuruyla neden olduğundan, olumlu zararını isteyemez.

Olumsuz (Menfi) zarar ise, uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla **UĞRANILAN ZARARDIR**. Diğer bir söyleyişle sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak **OLAN ZARARDIR**. Olumsuz zarar borçlunun sözleşmeye aykırı davranması yüzünden sözleşmenin geçersiz hale gelmesi durumunda ortaya çıkar (H. Tandoğan age. s. 427). Bu husus Borçlar Yasasının 108 inci maddesindeki **DÜZENLEMEDEN KAYNAKLANMIŞTIR**. Burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararın giderimi **SÖZ KONUSUDUR**. Çünkü sözleşme fesih edilerek geçersiz olduktan sonra, artık sözleşmeye dayanılarak borcun yerine getirilmemesinden kaynaklanan zarardan söz edilemez.

Genellikle şu hususların olumsuz zarar kavramına gireceği **KABUL EDİLMEKTEDİR**.

- Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler; Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi,
- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edimin kabulü için yapılan giderler,
- Sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi,
- Sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; örneğin o zaman başkasından 1.000.000 TL.'ye alınabilecekken, şimdi, 1.200.000 TL.'ye alınabilmesi,
- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar ve,
- Dava masrafları,

Bu genel açıklamaların ışığında somut olaya baktığımızda taraflar arasında tapu sicil memurluğunda resmi senet şeklinde düzenlenen 27.5.1993 tarihli sözleşme ile, davaya konu orman niteliğindeki taşınmazda 49 yıl süreli irtifak hakkı tesis edildiği, bu süre içinde davacının buraya sözleşmede öngörülen sürede ve nitelikte bir turistik tesis yapması ve irtifak hakkı süresinin bitiminde tesisin işler durumda Maliye Bakanlığınca intikal etmesinin kararlaştırıldığı ayrıca, davacı tarafından yapılan tesislerin Maliye Bakanlığı ve Turizm Bakanlığından izin alınmaksızın başkasına kiraya verilmesi halinde, tazminat ödenmeksizin davalı Hazineye devredileceğinin bir sözleşme hükmü olarak hükme bağlandığı, davacının ise, Maliye Bakanlığından izin almaksızın 1.8.1996 tarihinde irtifak hakkının konusu olan tesisi, dava dışındaki T. Otelcilik Ltd. Şti.'ne 1.8.1996 tarihinden itibaren 6 aylığına kiraya verdiği **HUSUSLARI TARTIŞMASIZDIR**.

Davacı şirketin, dava konusu tesisi sözleşmede öngörülen 49 yıllık süreden önce bedelsiz olarak davalı Maliye Hazinesi'ne devretmesi nedeniyle, uğradığı olumlu ve olumsuz zararlarını **İSTEDİĞİ ANLAŞILMAKTADIR**. Ancak sözleşmedeki açık hükme (irtifak hakkı sözleşmesinin 5. ve 16 ncı

Olumsuz zarar kalemleri arasında öncelikle sözleşme yapma masrafları, sözleşme görüşmeleri sırasında seyahat, konaklama, noter masrafları sayılacaktır¹⁷². Bundan başka sözleşmeden dönmek amacıyla yapılan giderler, dönülen sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek başkalarıyla sözleşme yapılamadığından başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olması da olumsuz zarar kalemleri arasında sayılabilir¹⁷³. Başka bir deyişle iş sahibi aynı sözleşmeyi daha iyi şartlarla yapma imkanına sahip olduğunu ileri sürerek yükleniciden olumsuz zararın tazminini isteyebilir.

Olumsuz zarar kalemleri somut olayın durumuna göre, iş sahibinin olay nedeniyle uğradığı zararın oluşumuna göre değişebilmektedir. İş sahibinin yükleniciye sözleşme nedeniyle verdiği ve bu nedenle kullanamadığı veya semerelerinden faydalanamadığı için uğradığı kazanç kayıpları da bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁷⁴. Bundan başka Yargıtay¹⁷⁵ bir kararında arsa payı karşılığı

maddeleri) aykırı davranan davacının sözleşmenin feshine kendi kusuruyla neden olduğundan, olumlu zararını isteyemeyeceği yukarıda açıklanmıştır.

Davacının olumsuz zararını isteyebilmesi için, sözleşmenin feshedilmesinde bir kusurunun OLMAMASI GEREKİR. Davacı irtifak hakkının iptal edilmesinde kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayamadığı, bilakis sözleşmenin davacının kusurlu davranışı sonucu iptal edildiği anlaşıldığından, olumsuz zararını da isteyemez.

Hal böyle olunca, yanların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve belgelere yukarıda açıklanan gerektirici nedenlere göre, usul ve yasaya uygun direnme kararının ONANMASI GEREKİR.

Sonuç : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle (ONANMASINA), gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 7.4.2004 tarihinde OYÇOKLUĞUYLA KARAR VERİLDİ.”, YHGK. 07.04.2004, E. 2004/13-208, K. 2004/211, www.corpus.com.tr.

¹⁷² Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 177.

¹⁷³ Şahin, s. 310; Buz, s. 246; Ayan, s. 279; Muaz Ergezen, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007): s. 125, Yarg.15.HD, E.2005/2929, K. 2006/2593, 27/04/2006, “Sözleşmenin uygulanacağına güvenilerek yapılan ve sözleşmenin geçersizliği ve ifa edilmemesi sonucu malvarlığını eksilten harcama ve giderlerin karşılığı olumsuz zarardır. Bu kapsamda sözleşmenin taraflarının ifa olunmayan sözleşmeye güvenerek kaçırmış olduğu fırsattan kaynaklanan zararları da olumsuz zarardır.”, www.corpus.com.tr.

¹⁷⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.177; YHGK 27.02.1985, 1983/15-74 E, 1985/254K, “ BK 108/2 maddesindeki “bundan başka borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse

inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüt halinde olduğu sırada yapılan imar değişikliği nedeniyle inşaat alanının küçülmesi halinde, sözleşmeden dönmenin

alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.” Şeklindeki hüküm uyarınca sözleşmeyi fesheden arsa sahibi (alacaklı) bu maddeye dayanarak akdin hükümsüzlüğünden doğan zararının giderilmesini de yükleniciden (borçludan) isteyebilir. Dairemizin uygulamaları ve doktrindeki hakim görüşe göre buradaki zarar, menfi zarardır. Menfi zarar da alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmasaydı uğramamış olacağı zarardır. Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicinin kusuru ile feshedilmesi halinde arsadaki evin yıkılması sebebiyle enkaz bedeli değil, kaybedilen şeyin yani binanın objektif değeri ile bu yıkım nedeniyle elde edilemeyen kira geliri menfi zarar olarak talep edilebilir.” Şahin, s. 313; Yarg. 15.HD. E. 1996/729, K. 1996/823, 15.02.1996 : “...Davacı iş sahibi, davalının mütemerrit duruma düşmesini neden göstererek sözleşmeyi feshettiğine göre, BK. 108 gereğince ancak menfi zararın tazminini isteyebilir. Burada kalan işleri daha yüksek bir bedelle yaptırması sözleşme tarihinde başka birisiyle yapabileceği sözleşme imkanını kaçırmasının sonucu olup menfi zarar kapsamındadır. Ancak davalının temerrüdünden dolayı kira kaybından doğan zarar, menfi zarar kapsamına girmediğinden bunu isteyemez. Bu nedenle bilirkişi raporuna bağlı kalınarak hesap edilen menfi zarar yanında reddi gereken kira parası alacağı 20.000.000 TL'nin hüküm altına alınması usul ve yasaya ve süre gelen uygulamaya aykırı bulunduğundan hüküm bozulmalıdır...” www.corpus.com.tr.

¹⁷⁵ “Yanlar arasında düzenlenmiş bulunan 31.12.1997 tarihli sözleşmenin feshi istendikten başka fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak davalıdan 6.000,00 TL tazminatın tahsili de istenmiş, mahkemece bu tazminat talebinin dayanağının açıklanması yönünde verilen ara karar üzerine sunulan 07.05.2005 havale tarihli dilekçede ise, sözleşmenin yapıldığı 31.12.1997 ile şubat/2003 tarihleri arasında inşaatın yapılacağı taşınmazlarda imar uygulaması açısından herhangi bir kısıtlama yokken şubat 2003'ten sonra imar planlarında değişikliğe gidildiği, yeni plan uygulamasında eski projelerin geçersiz kaldığı ve bu suretle arsa üzerine inşa edilebilecek bağımsız bölüm sayısında azalma olduğu, dolayısıyla da arsa sahiplerinin hak sahibi olabilecekleri bağımsız bölüm sayısının düştüğü ifade edilerek dava konusu tazminatın bu konudaki kayba ilişkin olduğu bildirilmiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonucu davalı yüklenicinin sözleşme ile yüklediği edimlerini yerine getirmeyerek temerrüde düştüğü (BK. 106), bu itibarla davacı arsa sahiplerinin fesih taleplerinin haklı olduğu saptanmış olmakla, davacıların bu yüzden uğradıkları menfi zararlarını BK. 108/2 uyarınca istemeye haklarının olduğu açıktır. Bilindiği gibi menfi zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve uyulmaması yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.01.1990, 1989/13-392, 1990/1 sayılı karar). Nitekim somut olayda arsa sahipleri yapılan sözleşme ile ileride yapılıp kendilerine teslim edilecek belirli sayıda bağımsız bölüm karşılığında arsalarını davalı yükleniciye tapuda devretmeyi taahhüt etmişler ise de davalı, karşı edim olarak yüklediği inşaat yapma ve teslim etme edimini yerine getirmemiş, bu arada sözleşme ile kararlaştırılan süre dolmuş, ondan sonradır ki inşaatın yapılacağı alanı da kapsayan imar planlarında değişiklik olduğu ve bu planlara göre de sözleşme tarihine kıyasla arsaların üzerine yapılabilecek bağımsız bölüm sayısında azalma olduğu ileri sürülmüştür. Böyle bir durumun saptanması halinde davacıların sözleşmenin yerine getirileceğine dair güvenlerinin boşa çıkmasından dolayı zarar uğradıklarının ve bu zararın da niteliğince menfi zarar olduğunun kabulü gerekir.” Yarg. 15.HD. 27.02.2009, E. 2008/1658, K. 2009/1058, ancak Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sonradan yapılan imar değişikliğini müspet zarar olarak kabul ettiği kararları da vardır: “...Yüklenicinin karşı ediminin ifasında temerrüdü gerçekleştikten sonra, imar değişikliği nedeniyle inşaat alanının küçülmesinden kaynaklanan sebeple, birleşen davada, istenen ...YTL maddi tazminat, talep aşılarak ... YTL olarak kabul edilip mahkemece hükmedilmiş ise de, bu zarar hukuksal niteliğince “olumlu zarar” olup, BK. 106 maddesi hükmünce, sözleşmenin yürürlükte tutulmuş olması durumunda istenebilir...” Yarg. 15. HD. 06.06.2008, E. 2007/1093, K. 2008/3760, Şahin, s. 313-314.

yanında iş sahibinin uğradığı zararın da olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Olumsuz zarar kalemlerinin belirlenmesinin yanında, yükleniciden olumsuz zarar talep edebilmenin öncelikli şartı ortaya çıkan zarar, uğranılan kayıp ile iş sahibinin dönülen sözleşmeye olan güveni arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹⁷⁶.

4.3. Yargıtay'ın İş Sahibinin Arsasında Yapılan İnşaat Sözleşmesinden Dönmesi Konusundaki Uygulaması

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin kusurlu olarak inşaatı tamamlayamaması üzerine TBK 123-125 hükümlerine göre sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olacağını belirtmiştik. Bununla birlikte, iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda (bunların büyük kısmı arsa payı (kat) karşılığı inşaat sözleşmesidir) işin çoğu bitmişken temerrüde düşen yükleniciye karşı kullanılan sözleşmeden dönmeye, bu geçmişe etkili tartışılmıştır. Her ne kadar eser sözleşmesi çeşidi olan inşaat sözleşmesinin yapısı ve kanunun lafzı, fesih üzerine sözleşmenin geçmişe etkili olarak son bulacağını belirtiyor olsa da, bir tartışma ve tereddüt devresi sonunda, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararı¹⁷⁷, bu durumda sözleşmenin

¹⁷⁶ Öz, s. 178.

¹⁷⁷ "Borçlar Kanununun 360. maddesinin son fıkrasındaki, "yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal'i fazla bir zararı mucip ise, iş sahibi ancak ikinci fıkra mucibince işlem yapar" hükmünün (müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi halinde) uygulanması konusunda YARGITAY Hukuk Genel Kurulu'nun 6.10.1982 günlü ve 1982/15-356 Esas, 1982/817 Karar sayılı kararıyla Onbeşinci Hukuk Dairesi kararları arasında içtihat uyumsuzluğu meydana gelmesi nedeniyle içtihatların birleştirilmesi Onbeşinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'nın 26.4.1983 gün ve 1983/54 sayılı yazısıyla (bu konudaki daire kararına dayanılarak) istenilmiş olmakla, YARGITAY İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda kararlar arasında içtihat uyumsuzluğunun varlığı kabul edilerek işin esası görüldü:

1- Kararlar arasındaki içtihat uyuşmazlığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmeyerek kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, olayın niteliği ve özelliğinin. haklı gösterdiği durumlarda, Borçlar Kanununun 360. maddesinin kıyas yoluyla uygulanıp UYGULANAMAYACAĞINDA TOPLANMAKTADIR. Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin kararlarında, bu hallerde 360. maddenin kıyas yoluyla uygulanacağı KABUL EDİLMEKTEDİR. Hukuk Genel Kurulu kararında ise müteahhidin. kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda uyuşmazlığın yalnızca Borçlar Kanununun 106-108 inci maddeleri hükümleri uyarınca çözümlenmesi, 360. maddenin kıyasen uygulanamayacağı GÖRÜŞÜ BENİMSENMİŞTİR.

Raportör Üyenin, konuya ve ayrıca sorunun çözümüne ilişkin bilimsel görüşler hakkındaki açıklamaları da dinlendikten sonra, aşağıdaki gerekçelerle içtihat UYUŞMAZLIĞI GİDERİLMİŞTİR.

2- Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm YER ALMAMAKTADIR. Genel hükümlerde (madde 106-108) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun TEMERRÜDÜ DÜZENLENMİŞTİR. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106-108 inci maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğuna göre, hâkimin. görevi herşeyden önce bu HÜKÜMLERİ UYGULAMAKTIR. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde mümkündür (MK. m.1).

Kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığı altında düzenlenen Borçlar Kanununun 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 DE BENİMSENMEMİŞTİR.

Öte yandan, Borçlar Kanununun 358 inci maddesi genellikle iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi HALİNE İLİŞKİNDİR. Bu nedenle, içtihadı birleştirmeye konu olayda 358 inci maddenin uygulanabileceğini kabul etmek de mümkün. görülmemiştir.

3 - A) Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106-108 inci maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden AÇIKÇA BAHSEDİLMEMEKTEDİR. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108 inci MADDELER OLACAKTIR. Ancak, 108 inci maddenin 1 inci fıkrasında, "Akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği" belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının. karşılığının iadesi hakkında kanunda bir AÇIKLIK BULUNMAMAKTADIR. 0 halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut "kanun içi" boşluğun TAMAMLANMASI GEREKMEKTEDİR. Bu hususta, Medeni Kanunun 1 inci maddesiyle birlikte 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasında düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1 inci maddedeki doğruluk kuralıyla, kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması AMACI GÜDÜLMÜŞTÜR. Öte yandan, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven. esastır. Güven kuralı uyarınca da, hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı, herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona GÖRE DAVRANMALIDIR. Konuya bu kurallar açısından bakıldığında, müteahhidin yapının. tamamladığı kısmı (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmi ifanın karşılığını elbette müteahhide İADE EDECEKTİR. İade edilecek bu kısmi ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği

gerçeğiyle feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden UZAK TUTULMAMALIDIR.

B) İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalâa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da GÖZETİLMESİ GEREKİR. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer VERİLDİĞİ GÖRÜLMEKTEDİR. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi inşaat sözleşmeleri "geçici-sürekli karmaşığı" bir ÖZELLİK TAŞIMAKTADIR. Baskın olan bilimsel görüşler de BU YOLDADIR. Borçlar Kanununun 106-108 inci maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara GÖRE DÜZENLENMİŞTİR. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı KURAL KARŞILAŞMAKTADIR. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide İFADE EDİLMEKTEDİR. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?

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 inci maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal hallerde sağlayamayacağı bir imkâna (müteahhidin 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 tâyinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106-108 inci maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun

hükümleri tatminkâr olmaktan UZAK KALABİLMEKTEDİR. 0 halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü ancak Medeni Kanunun 2 nci maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk - İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda Medeni Kanunun 1 inci maddesinden değil, 2 nci maddenin 2 nci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılabilir. Bu gün hakim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme İMKÂNINI SAĞLAMAKTIR. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulu'nun Medeni Kanun tasarısını Millet Meclisi'ne sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: "Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde, MK. m. 2 f. 2 hükmünün amacı zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkân sağlamaktır". Prof. Dr. Zahit Imre'nin Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde (Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan, Ankara-1973, sh. 173) görüşüne yer verilen İsviçre'de Medeni Hukuk Profesörü Merz'in ifade ettiği gibi, bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi, adalet mülâhazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. Ord. Prof. Dr. Andreas B. SCHWARZ'm (Medeni Kanunun 2 nci maddesiyle Borçlar Kanununun 106-108 inci maddelerine ilişkin) görüşü de özetle şöyledir: I- MK.nun 2 nci maddesindeki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak bütün hukuk sistemine HÂKİM BULUNMAKTADIR. Bu umumi esaslar kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kâbiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elâstikiyet bahşetmektedir (Medeni Hukuka Giriş, İstanbul- 1946, sh. 203 vd.). II-MK.nun 2 nci maddesindeki esaslar da gözetildiğinden, alacaklı, ihlâl edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlâli sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri BİR KURALDIR. Bu hususta hâkimin, her hâdisede "feshin doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hâl suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, hâlin icaplarına göre tartması gerekir (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlâli Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül'ulâ Mardin'e Armağan, İstanbul-1944, Sh. 759 vd.).

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/2 nci maddesindeki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına İSTİSNA GETİRİLMEKTEDİR. Ancak, bu kuralın tâliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2 nci maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir ŞEKİLDE UYGULANABİLECEKTİR. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır:

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin. yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK.nun 106-108 inci maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa, sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları DOĞURACAĞI TABİİDİR. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108 inci maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2 nci maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı KABUL EDİLMELİDİR. 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 OLACAKTIR.

Sonuç: İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108 inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2 nci maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına, birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25.1.1984 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verildi.

GEREKÇE BAKIMINDAN MUHALEFET ŞERHİ

Bu 'Tevhidi İçtihat Kararı', YARGITAY Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin 26.4.1983 gün ve 1983/56 sayılı kararı ve bu karara atfen aynı tarihli yazılı isteği üzerine, "YARGITAY İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu" tarafından ittihaz buyurulmuş BİR KARARDIR. Gerek söz konusu Özel Daire kararında ve gerekse 2797 sayılı "YARGITAY Kanunu"nun 45 inci maddesi hükmüne göre 'YARGITAY Birinci Başkanlık' makamına yazılan yazıya eklenen, (8.4.1977 gün ve E. 1977/470, K. 1977/837 İzmir Asliye Beşinci Hukuk Hâkimliği'ne, 14.2.1980 gün ve E. 1979/2683, K. 1980/341 Antalya Asliye Üçüncü Hukuk Hâkimliği'ne ve 2.4.1980 gün ve E. 1980/679, K. 1980/843 sayılı Ankara Asliye Altıncı Hukuk Hâkimliği'ne) ait dava dosyalarıyla ilgili olarak söz konusu Özel Dairece verilen karar örnekleriyle aynı "istek yazısına" ekli YARGITAY Hukuk Genel Kurulu'na ait 6.10.1982 gün ve E. 1982/15-356, K. 1982/817 sayılı ve (Samsun Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi)'ne ait dava dosyasıyla ilgili kararların bir teki dahi (bedel) yani (para) karşılığı yapılan inşaat sözleşmesiyle ilgili olmayıp tamamı (arsa payı karşılığında apartman inşaatına ilişkin) olup (arsa sahibi) ile o inşaatı deruhte eden (müteahhit) arasında zuhur etmiş ve bu nedenle de Borçlar Kanununun 358, 360 ve 371 inci maddeleri hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara ait bulunmasına rağmen, her nedense tevhibi içtihat kararının hemen hemen hiç bir yerinde (ana metnin ikinci satırı içindeki tek kelime dışında) bu "maddi olay" yönüne değinilmediği gibi, sanki, Tevhidi İçtihat isteği genel olarak "para karşılığı inşaat yapımı" uyuşmazlığından kaynaklanmış ve bu nedenle böyle bir karar verilmişçesine, okuyanlar üzerinde yanlış bir kanaat ve intiba uyandırır tarz ve üslupla kaleme ALINMIŞ BULUNMAKTADIR.

2797 sayılı "YARGITAY Kanunu"nun 45/f-4 hükmü ile "YARGITAY İç Yönetmeliği"nin 16 ncı maddelerinde; (İçtihadı Birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır) hükmü yer ALMIŞ BULUNMAKTADIR. Diğer taraftan, aynı Kanunun 17/C bendi hükmüne göre İçtihadı Birleştirme görüşmeleri ve kararlarının alınış biçimiyle ilgili olarak (YARGITAY Başkanlar Kurulu) tarafından alınan ve (Resmi Gazete)'nin 13.7.1975

gün ve 15294 sayısının onbirinci sayfasında yayınlanmış olan 18 maddelik (İlke Kararı)'nın 8 inci maddesinde aynen:

(İçtihadı Birleştirme görüşmelerinde söz alanların konuşmaları elektromanyetik âletlerle tespit ve sonradan daktilo edilir. Daktilo edilen metin raportör üye ve konuşmacı tarafından imzalanır. Bantlar, Birinci Başkanlıkça saklanır...)

denildiği gibi "Kararın yazılmasında gözönünde tutulacak esaslar" başlıklı kısmında da:

M. 13 - İçtihadı Birleştirme kararına neden olan kararların dayandıkları hukuki esaslar ve bu kararlar arasındaki çelişkiler, ön sorunların oylanmasına ilişkin açıklamalar.

M. 14 - Müzakereler sırasında ortaya çıkan başlıca hukuki görüşler ve gerekçesi.

M. 15 - Oylama sonucu içtihatların birleştirilmesi yönünde benimsenen hukuki görüş ve bu görüşün gerekçesi.

M. 18 - İçtihadı Birleştirme kararı yazım işi ile görevlendirilen Kurul Üyesi tarafından kaleme alındıktan sonra Başkana sunulur, karara son yazılış biçimi vermek BAŞKANA AİTTİR.

denilmektedir.

25.1.1984 gün ve E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı bu "Tevhidi İçtihat Kararı"nın, madde metinleri aynen yukarıya aktarılan. "İlke Kararı"na tam mânasıyla uyularak kaleme alındığı iddia edilemez. Diğer taraftan, söz konusu "İlke Kararı"nın (Resmi Gazete)

ile yayınlanmasından bugüne kadar aradan geçen sekiz yılı aşkın uzun süre içerisinde, "İçtihadı Birleştirme" müzakereleriyle ilgili olarak, "İlke Kararı"; müzakerelerin elektromanyetik âletlerle (teyple) tespit ve sonradan daktiloyla çözümlü konuşmacıya imzalatılması gereğinin yerine getirildiğini ve bu suretle "İlke Kararı"na uyulduğunu, hiç bir yetkili kişi, ileri süremez ve bu itibarla da söz konusu "İlke Kararı", sadece yayınlandığı (Resmi Gazete)'nin sayfaları arasında KALMIŞ BULUNMAKTADIR. Şayet, bu "İlke Kararı" gereği yerine getirilmiş olursa idi, o zaman, bu 'Tevhidi İçtihat Kararı' müzakere zabıtları karar metniyle birlikte tıpkı 1927-1954 yılları arasında olduğu gibi yayınlanması gerekecek ve hangi üyenin, hangi görüş istikâmetinde ne şekilde bir fikir beyan ettiği ve alınan kararın hangi hukuki ilkeler doğrultusunda bir sonuca bağlandığı hususu, hiç bir tereddüde meydan vermeyecek bir şekilde, tebeyyün. edecek idi.

Her ne kadar, "YARGITAY Kanununun" 45 inci maddesinin son fıkrası hükmüne göre, İçtihadı Birleştirme Kurulları, Özel Daire ve Genel Kurulların kararlarında yer alan gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın karar vermek imkânına sahip iseler de, hiç şüphesiz ki, bu hal, madde metinlerini bu muhalefet şerhine aynen aktardığım söz konusu "İlke Kararı"nın kararların yazılmasıyla ilgili açık hükümleri karşısında 'Tevhidi İçtihat Kararı' yazılırken heyetin hangi nedenlerle değişik bir sonuca ulaştığı hususunu, karar metninde belirtmeyi, bertarafetmez. Tevhidi içtihadı neden olan kararlarda yer alan "maddi vâkîâ" ve varılan hukuki görüşlere, bu Tevhidi İçtihat Kararında olduğu gibi karar metninde hiç yer verilmeden, "mücerret" olarak kararın kaleme alınmış olması hâli, o kararın, hangi benzer olaylarda uygulanacağı hususunda, başta, mahkeme hâkimleri olmak üzere, bilumum sair ilgilileri tereddüde sevkeder ve sebepsiz olarak yanlış uygulamalara ve hattâ "karışıklığa" neden olur ve olacaktır da!..

YARGITAY Kanununun 45/f.5 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, (İçtihadı Birleştirme Kararları benzer hukuki konularda YARGITAY Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar). Binâenaleyh, "bağlayıcılık" yönünden 'Tevhidi İçtihat Kararı' ile kanun hükmü arasında hiç bir "değer farkı" yoktur. Her kanun gibi, "Tevhidi İçtihat Kararı" da, hiç bir tereddüde ve karışıklığa mahâl vermeyecek derecede "açık" ve "kesin" bir ifadeyle kaleme alınmış OLMASI ŞARTTIR. Malum olduğu vechile, kanun metninin açık olmaması ve uygulama alanında tereddütlere neden olması halinde, ilgililerin vâki müracaatı üzerine, teşrii

organ olan, (Türkiye Büyük Millet Meclisi) tarafından "tefsir kararı" verilme suretiyle kanunlardaki tereddüt ve müphemiyetin giderilmesi her zaman mümkün bulunduğu halde, 'Tevhidi İçtihat" kararlarındaki aynı müphemiyeti açıklığa kavuşturacak, YARGITAY Kanunu'nda hiç bir hüküm SEVKEDİLMİŞ DEĞİLDİR.

Bu "Tevhidi İçtihat" isteğiyle ilgili olarak 'YARGITAY Büyük Genel Kurulu'nda ayrı ayrı zamanlarda ve tam dört defa yapılan müzakereler sırasındaki her konuşmamda da belirttiğim üzere, YARGITAY Onbeşinci Hukuk Dairesi'ne ait bu muhalefet şerhinin baş kısmında tarih ve numaralan yazılı daire kararlarla YARGITAY Genel Kurulu'na ait (27 oya karşı 6 muhalif oyla alınmış olan) karar arasındaki aykırılık; (arsa payı karşılığı apartman inşaatı yapımı sözleşmelerinde), inşaatı (keyfi) veya kendi (kusurlu hareketi) sonucu sözleşmede belirtmiş olan (süre) içinde tamamlamayıp yanda bırakıp işi terkeden ve fakat o arsa sahibi tarafından, ya kendi imkânları içinde veya bir başka müteahhitle yeni bir sözleşme yapmak suretiyle ancak inşaatı tamamlanan o apartman binasında kusurlu ilk müteahhide yaptığı iş oranında ve (kâr) şeklinde kendisine apartman dairesi vermek suretiyle, o müteâhhit, o binanın mülkiyetine ortak mı olacak, yoksa, Borçlar Kanununun "haksız iktisap hükümleri"ne göre, müteâhhidin arsa sahibinden sadece inşaatı yan bıraktığı âna kadar o inşaatı sarfettiği ve inşaatın bünyesine giren (malzeme bedeli + işçilik ücreti =) toplamı neye bâliğ oluyorsa sadece onu (para) olarak mı alabileceği noktasında toplanmakta idi, Özel daire, münhasıran, inşaatı yapıp ikmâl edilmiş olan ve sadece yapımında "nefaset farkı" bulunan istisna akitlerinde ancak uygulanma olanağı bulunan ve bu nedenle de yan kalan ve henüz tamamlanmamış olan inşaatlarda asla uygulanması mümkün bulunmayan Borçlar Kanununun 360/f.3 hükmünün (kıyas yolu) ile yan kalmış inşaatlarda da uygulanabileceği, iddia ve görüşünde idi. Buna mukabil, "YARGITAY Hukuk Genel Kurulu" ise, 6.10.1982 gün ve 356/817 sayılı kararında açıkça belirttiği üzere kendi kusuru veya ihmaliyle inşaatı yan bırakan müteâhhidin (arsa sahibi) inşaat sahibinden biraz önce belirttiğimiz üzere, sadece, (inşaatın bünyesine giren malzeme bedeli + o inşaatın o hale gelebilmesi için inşaatı kullanılan usta ve işçilik ücretleri =) toplamı neye bâliğ oluyorsa o miktarı (para) olarak alabileceği ve fakat asla kendisine müteâhhitlik kân karşılığı olarak kendi kusuru veya ihmali hareketi ile yan bıraktığı o inşaatın (daire) verilemeyeceği, aksi halde, (kusurlu) müteâhhidin (kâr karşılığı kendisine daire verilip o apartmanın mâlikleri arasına girdiği sürece) malzeme ve işçilik ücretlerinin piyasa şartlarına göre yükseliş gösterdiği hallerde içi yanda bırakmasının onun lehine daha kârlı bir sonuç doğuracağı ve arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin asıl

gâyesinin inşaatı bir an önce bitirmeyi hedef aldığı ve aksi takdirde "kusurlu" veya "keyfi" hareketi sonucu inşaatı yanda bırakıp arsa sahibim kendi kaderi ile baş başa bırakan ve bunun sonucu olarak onu mahkeme kapılarında süründürüp perişan eden müteâhhidin aynı binada arsa sahibiyle birlikte (kat mâliki) durumuna girmesinden, burada sayılamayacak kadar, değişik mahzurlar ortaya çıkacağı ve bu halin tam bir (huzursuzluk kaynağı) oluşturacağı ve müteâhhidin (kâr karşılığı) olarak kendisine düşen daire veya daireleri bir başkasına satsa ve o binada fiilen oturmasa bile bu satışı arsa sahibine sırf huzursuzluk vermek için içtimai ve ahlaki durumları münasip olmayan kişilere satmayı tercih edeceği, halbuki 634 sayılı (Kat Mülkiyeti Kanunu)'nun ana espirisinin her şeyden önce apartmanda huzur ve sükunu sağlamak olduğu ve eskilerin (ev alma, komşu al!..) deyimini kullandıkları, bunun da ancak (kusurlu) hareketiyle inşaatı yanda bırakıp kaçan müteâhhide sadece yaptığı işe karşılık (nakit para) vermekle mümkün olabileceği, noktasında toplanmakta idi.

"Tevhidi İçtihat" müzakereleri sırasında müteâddit konuşmalarında da etraflıca ve mükerreren belirttiğim üzere, müteâhhidin (kâr) karşılığı olarak ve yaptığı iş oranında o apartmanda daire alabilmesi için yani (kat mâliki) olabilmesi için Borçlar Kanununun 371 inci maddesi şartlarının o olayda gerçekleşmiş olması icap eder. Müteâhhit inşaatı yürütürken ölür veya bütün maddi olanaklarını seferber edip bunları kullanmasına rağmen, sırf, içine düştüğü ekonomik (âciz hali) sonucu, inşaatın % 85-90'ını ikmal etmiş olduğu halde mütebâki kısmı bitirememiş ise, işte bu takdirde ve bu şartlar altında, ancak hâkim, Medeni Kanunun 2 nci maddesinde yer alan (objektif iyiniyet) ve (hakkâniyet) kuralları içerisinde, elbette, böyle bir müteâhhide yaptığı işle orantılı olarak o inşaatta bir karşılık yani (daire) verecek ve onu (kat mâliki) DURUMUNA GETİRECEKTİR. Bilindiği üzere, Medeni Kanunun 2 nci maddesi hükmünde yer alan "objektif iyiniyet kuralı", her hukuk kuralının en üstünde yani (zirvede) yer alan ve her halükârda hâkimin "re'sen = kendiliğinden" gözönünde bulundurup uygulaması gereken bir "ana kural" olması itibariyle, bu kuralın, bu 'Tevhidi İçtihat" kararında hâkimleri müteâhhitler lehine, inşaat ne oranda yapılmış olursa olsun ve müteâhhit yaptığı inşaatı hangi sebepler altında yarı bırakırsa bıraksın, aman, sen bu kuralı her zaman müteâhhide uygula!.. Sakın bunu hatırdan hiç çıkarma!.. anlamı, yaratacak bir ifade üslubu içerisinde kaleme alınıp işlenmiş olması, genç ve tecrübesiz hâkimleri daima yanlış ve haksız bir UYGULAMAYA SEVKEDECEKTİR. Halbuki, bu 'Tevhidi İçtihat Kararı", şimdi benim bu "muhâlefet şerhi"nde, Borçlar Kanununun 371 inci maddesi hükmüyle ilgili olarak belirtmeye çalıştığım ve müteâhhidin hiç bir "kusuru keyfi hareketi"

olmaksızın, inşaatın en az % 80-90 nispetinde ikmâl edilmiş olmasına rağmen, müteâhhidin "hali âcze" düşmesi veya ölümü sonucu yan kalması halinde ancak uygulanabileceği ve "iyiniyet kuralı"nın bu şartlar dışında müteâhhit lehine uygulanmasına imkân olmadığı aksi halde, müteâhhidin sudan sebeplerle inşaatı daima yanda bırakıp kaçma kanaat ve temâyülünü gönlünde taşıyacağı görüşünün, heyetçe, 12 özel daire görüşü oyuna karşı, 65 gibi çok farklı bir oyla benimsenmesi sonucu, ittihâz buyurulmuş BİR KARARDIR.

'Tevhidi İçtihat Kararı" bizim bu muhâlefet şerhinde açıklamaya çalıştığımız "hukuki görüş" doğrultusunda çıkmış olmasına rağmen, kararın kaleme alınış şekli itibariyle, uygulamada bazı tereddüt ve hattâ yanlış anlamalara sebep olacağı kanaati ile ve sırf bir mesleki sorumluluk duygusu altında bu "muhalefet şerhi"ni yazmak gereğini, hissetmiş bulunmaktayız.

"Tevhidi İçtihat Kararı"nın 2. bendinin en son paragrafında, Borçlar Kanununun 358 inci maddesi hükmünün olayda uygulanma olanağı bulunmadığına, çünkü, bu madde hükmünün "sözleşmeden erken dönme haline ilişkin" bir hüküm olduğuna, değinilmiştir. Kararda yer alan bu görüş çok mutlak bir şekilde İFADE EDİLMİŞTİR. Borçlar Kanununun 358 inci maddesi hükmü müteâhhidin temerrüdünün. "diğer bir çeşidini" hükme BAĞLAMIŞ BULUNMAKTADIR. Bu 'Tevhidi İçtihat Kararı"na ana dayanak yapılmış olan (temerrüt nedeniyle akdin feshi BK. m. 106-108) hali ile, Borçlar Kanununun. 358/f.1 hükmünün. iş sahibine (arsa sahibine) "geriye etkili dönme hakkı tammiş olduğu" hususunda, doktrinde ittifak vardır (Guhl-Merz-Kum-mer, Das Schweizerische Obligationenrecht-İsviçre Borçlar Hukuku 7. Aufl. Zürich 1980, s. 47, IV, 3, sayfa: 453, Oser-Schöncnberger, Art. 366, Nr. 2, Becker, Art, 366, Nr. 4, Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Arsa üzerine inşaat yapma sözleşmelerinde işi tamamlamadan bırakan müteâhhidin yapılan kısımla orantılı ücret alması sorunu üzerinde görüşler Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran1981, cilt: XI, sayı: 1, sayfa: 33'den naklen). Binaenaleyh, Tevhidi İçtihat Kararına göre Borçlar Kanununun 358 inci maddesi hükmü gereğince erken dönmede "akdin feshi" geriye etkili olarak kabul edilirken, işi yanda bırakan müteâhhidin bir de mütemerrit olması halinde "akdin feshinin geriye etkili olamayacağını" bu kararda ileri sürmek, müteâhhide hakkaniyete hiç de uygun olmayan bir biçimde koruma" sonucunu doğurur.

'Tevhidi İctihat Kararı'nın (B) bendinin ikinci paragrafında, müteahhidin "kısmi temerrüdünü" sonuçlarının ne olacağı hususunda Borçlar Kanununda bir "boşluk" olduğuna değinildikten sonra ilâveten "bazı istisnai hallerde hakkı şekle mahkum edecek" derecede, adalete aykırı sonuçlar ortaya çıkacağı belirtilerek bu haksızlığın ancak Medeni Kanunun 2 nci maddesi hükmüyle giderilebileceği görüşü ORTAYA ATILMIŞTIR. Bizim şahsi kanaatımızca, "kısmi temerrüdün" sonuçlarının ne olacağı hususunda Borçlar Kanununda bir "boşluk" yoktur. Çünkü, "kısmi temerrüdün sonuçları" için Borçlar Kanununun 20/f.2 hükmünü, (kıyas yoluyla) UYGULAMAK MÜMKÜNDÜR. Şayet, müteahhit tarafından (ifa) edilmeyen yani henüz inşa edilmemiş olan bina kısmı olmadıkça, sözleşme yerine getirilmiş sayılamayacak bir derecede ise, o zaman, "geriye etkili fesih halini" o inşaat sözleşmesinin tamamına teşmil etmek, en isabetli bir hal şekli olur.

Her ne kadar, 'Tevhidi İctihat Kararı'nda, müteahhidin inşaatı sözleşmede belirtilen süre içinde tamamlamayıp temerrüde düşmesi nedeniyle Borçlar Kanununun 106-108 inci maddeleri hükümlerine göre yapılacak feshi "kural olarak" geriye yürürlü (etkili) olacağı, ancak (istisnâen) ileriye etkili sonuç doğuracağı belirtilmişse de, gerekçede (3-A bendinde) müteahhidin haklı beklentilerinde "hayal kırıklığına uğratılmaması" gerektiğine ilişkin görüş biçimi, işi (inşaatı) tamamlamama hallerinin hepsinde veya büyük bir kısmında objektif iyiniyet kuralının uygulanması görüntüsü altında kusurlu müteahhide yaptığı az işle orantılı ücret yani (apartman dairesi) verilmesi yolunun açılması tehlikesini doğuracak BİR MÂHİYETTEDİR. Halbuki, "objektif iyiniyet" kuralı, ancak, işin (inşaatın) tamamına yakın büyük bir kısmının yapılıp tamamlandığı ve geriye cüz'î bir kısmının kaldığı hallerde "ileriye etkili" feshi, haklı kılar, yoksa müteahhit, velevki için yansından fazlasını yapmış olsa bile, "kusuruyla" veya "keyfi" olarak işi (inşaatı) yanda bırakmış ve geri kalan kısmı BK.nun 371 inci maddesi şartları da olmamasına rağmen tamamlamak için hiç bir çaba göstermemiş ise, kendisinin "objektif iyiniyet" kuralına dayanması ve bu kuralla mükâfatlandırılması asla MÜMKÜN DEĞİLDİR. Bu tevhide içtihatla ilgili müzakereler sırasında açıkça belirttiğim üzere, işi (inşaatı) kusuruyla yanda bırakan. mütemerrit müteâhhide yaptığı işle orantılı (işçilik ücreti + inşaatın bünyesine giren malzeme bedeli toplamı nakit para dışında) kâr (daire) vermek, yalnız müteahhidin "sun'u taksiri" olmadan işi (inşaatı) yapmaktan âcize düşmesi veya ölmesi halinde o müteahhide (kâr) verilmesini öngören BK.nun 371 inci maddesi hükmüne aykırı bir

sonucun da ortaya çıkmasına neden olur. Bu halin doğuracağı sakıncalar ise ÇOK AŞİKÂRDIR.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle işbu (Tevhidi İctihat Kararına), gerekçe yazılışı noktasından. muhalifim.

KARŞI OY YAZISI

Çoğunluğun kararında belirlendiği gibi, içtihadı birleştirmenin maddi olay yönünden konusu, borçlu müteahhidin alacaklıya karşı arsa karşılığı birden fazla bağımsız bölümden oluşan bir bina yapımına ilişkin taahhüdünü sözleşmede yazılı ve hattâ daha sonra verilen sürelerle rağmen kendi kusuruyla zamanında yerine getirmemiş OLMASINDAN İBARETTİR. Bu maddi olay karşısında hukuki sorun ise, istisna sözleşmesine ve kanun hükümlerine göre alacaklının sözleşmeyi fesih hakkı olup olmadığı, alacaklının akti feshe hakkı varsa fesih sonunda borçlunun alacağına ne olması gerektiği NOKTASINDA TOPLANMAKTADIR. Başka bir ifade ile, yukarıda sözü edilen maddi olayda, kanunun hangi hükmünün uygulanacağı UYUŞMAZLIK KONUSUDUR.

FESİH HAKKI

Görüşmeler sırasında bu hususta üç ana görüşün ileri SÜRÜLDÜĞÜ GÖZLENMİŞTİR. Birinci görüşe göre, içtihadı birleştirme konusu maddi olay hakkında Borçlar Kanununun genel ve özel hükümlerinde bir AÇIKLIK BULUNMAMAKTADIR. İkinci görüşe göre, Borçlar Kanununun özel hükümlerinde açıklık bulunmadığından işin genel hükümler çerçevesinde ÇÖZÜMLENMESİ GEREKİR. Üçüncü görüşe göre de, Borçlar Kanununun istisna (eser) sözleşmelerini düzenleyen hükümler arasında olaya uygun HÜKÜMLER BULUNMAKTADIR. Birinci görüşü paylaşanlarca kıyasen Borçlar Kanununun 360. maddesinin iki ve üçüncü bendlerinin uygulanması ileri sürülmüşse de Çoğunluk kararı gerekçesinde açıklandığı gibi bu maddenin maddi olaya uygunluğu

bulunmadığından sözü edilen görüşe İTİBAR EDİLMEMİŞTİR. Bu noktada, Çoğunluk düşüncesine katıldığımızdan ayrıca açıklamada bulunmaya gerek olmadığı kanısındayız.

Kanunda açıklık bulunduğu görüşlerine gelince; biz, istisna sözleşmelerini içeren Borçlar Kanununun özel hükümlerinde konuyu aydınlığa kavuşturacak hükümlerin varlığına inanıyoruz. Onun için Borçlar Kanununun genel hükümlerine başvurmadan konunun ÇÖZÜMLENMESİ MÜMKÜNDÜR. Ancak, şurasını belirtmekte de yarar var ki, istisna sözleşmelerine ilişkin kanun hükümlerinden birini olayda uygulama olanağı yoksa fesih konusunda son çarenin Borçlar Kanununun genel hükümlerini uygulamak olduğuna KUŞKU YOKTUR. 17.4.1972 gün ve 8/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ifade edildiği gibi kanunun. yorumunda, sözünü esas tutmak ve sözünden çıkan anlamı kanunun tümünden çıkan anlamla çelişme halinde bulunmadığı takdirde bu anlamı esas almak, bir çelişme bulunması halinde tümünden çıkan anlamı uygun şekilde yorum yapmak Medeni Kanunun 1 inci maddesi GEREĞİ BULUNMAKTADIR. Öyle ise, önce kanunun sözlerine ve sonra da kanunun bu konudaki anlamına uygun olarak kanunda bir hüküm bulunup bulunmadığının araştırılması sonuca ulaşmak İÇİN ZORUNLUDUR. Borçlar Kanununun 358/1 inci maddesine göre müteahhit (yüklenici) işi tehir eder ya da iş sahibinin kusuru olmaksızın vâki olan teahhür sebebiyle bütün tahminlere rağmen müteahhidin işi belli zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa alacaklı teslim zamanını beklemeye mecbur olmaksızın akti feshedebilir. Kanunun (tehir) kavramıyla ifade olunan bu bölümü olayda aynen uyduğu halde fesih hakkı yönünden. kanunun açık hükmünün sadece (iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline) ilişkin olarak yorumlanmasının yorum kurallarına uygun DÜŞMEDİĞİ AÇIKTIR. Söz konusu kanun hükmü bir yönü itibarıyla anıldığı gibi ise de yorum suretiyle açıklanacak sebeplerle diğer sonuca ulaşmakta o kadar MÜMKÜN BULUNMAKTADIR. Genelde, kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde hâkimin ilk başvuracağı yol kuşkusuz HUKUKİ YORUMDUR. Bu itibarla, hukuki yorumla kanunun özel bir hükmünü uygulama olanağı varsa artık genel de olsa kanunun başka bir hükmünü olaya uygunluğunu araştırmaya GEREK YOKTUR. Hukuki yorumla sonuca üç surette ulaşılabilir: 1- Evleviyet "a fortiori", 2- Kıyas "a pari", 3- Mefhumu muhalif "a contrario" (E. Arsebük, MK., Sh. 96). İşte, kanun hükmü bu kurullardan faydalanılarak yorumlanabilir. İşin zamanında bitirilemeyeceğinin anlaşılması halinde alacaklının. fesih hakkının bulunduğu Medeni Kanunun 358/1 inci maddesinde AÇIKÇA YAZILIDIR. İçtihat konusu

maddi olayda ise, borçlu yüklenici, alacaklının hiç bir kusuru olmadan tamimiyle kendi kusuru nedeniyle içi ZAMANINDA BİTİREMEMİŞTİR. Öyle ise, teslim için süre gelmediği halde işi tamamlamamış kusurlu borçlu aleyhine alacaklının fesih hakkı tanınmış olmasına göre, çok daha ağır bir durum olan, teslim zamanı geçtiği halde işi bitirememiş kusurlu ve mütemerrit müteahhide karşı alacaklının fesih hakkının bulunduğu evleviyetle KABULÜ GEREKİR. İstisna sözleşmesine ilişkin tüm maddi ve hukuki olaylardan en evvel akla gelen örnek olayın her halde içtihat konusu olay ve benzerleri olduğuna KUŞKU YOKTUR. Böylesine her zaman karşılaşılabilecek olayın kanun hükümleri düzenlenirken kasten ya da unutulmayla kanun koyucu tarafından düşünülmemiş olduğu iddia olunamaz. Aksine, kanun koyucu olayımıza uygun olan kuralı BK. nun 358/1 inci maddesinde başka bir ifadeyle ortaya koymak suretiyle bu yöndeki tüm olayları KARŞILAMAK İSTEMİŞTİR. Onun için arsa payı karşılığı bina yapımı sözleşmelerinde borçlunun kusuru ile iş zamanında bitirilememişse alacaklının sözleşmeyi feshe hakkı bulunduğu haydi haydi KABULÜ GEREKİR. Çoğunluk görüşünde ise bu fesih hakkı alacaklıya BK. nun 106 ncı maddesi GEREĞİNCE TANINMIŞTIR.

FESHİN SONUÇLARI

İçtihadı birleştirmeye neden olan asıl hukuki sorun ve de uyuşmazlık feshin sonuçlarının ne OLACAĞINDA TOPLANMAKTADIR. Hattâ denebilir ki, işin zamanında bitirilememiş olması sebebiyle borçlunun hakkının şu ya da bu sebeple ne olacağına birleşilemediğinden uyuşmazlık İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'na KADAR GELMİŞTİR. Peşin kabul etmek gerekir ki, aktin feshinden sonra tarafların alacak ve borçlarının tasfiye şekli hakkında Borçlar Kanununun özel hükümleri arasında hesaplaşmanın nasıl yapılacağı yönünden gerçekten bir AÇIKLIK YOKTUR. Bu nedenle, istisna sözleşmesinin feshinden sonra sonuçlarının Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre tayininde ZORUNLULUK VARDIR. Hesaplaşmanın Borçlar Kanununun 108 inci maddesine göre yapılmasında aktin, aynı Kanunun 358/1 inci maddesi uyarınca feshedilmiş bulunması engel teşkil etmez. Zira açıklık olmayan hallerde Borçlar Kanununun 108 inci maddesinin genel bir hüküm olarak tüm akitlerin feshinde uygulanma OLANAĞI VARDIR. Bundan dolayı Çoğunluk görüşünde borçlunun alacağının tespiti için. başlangıçta kabul edilen bu ilkeye katılmamak MÜMKÜN DEĞİLDİR. Ne var ki, Çoğunluk görüşünde, feshin sonuçlarının tayininde Borçlar Kanununun 108 inci maddesinin uygulanması açıkça

kabul edilmişken, ileri sürülen ve kanun hükümleri arasında açıkça yazılı bulunmayan yeni bazı kavramlardan hareketle bu açık ve kesin kanun hükmünün aynen uygulanmasına OLANAK TANINMAMIŞTIR. Ve böylece hesaplaşmada Borçlar Kanununun genel hükümleri esas alınmasına karşı bazı hallerde bu kuralın ihmâli ile 108 inci maddenin aynen uygulanmasından sarfı NAZAR EDİLMİŞTİR. Şöyle ki, kanunlarda açıkça bulunmadığı halde öğretilerde, akitlerin nitelendirilmesinde

sözü edilen, (sürekli edim) ve (ani edim) kavramlarından daha doğrusu yorumlardan hareketle aktin geriye ya da ileriye doğru feshi tartışma konusu yapılarak yüklenicinin bazı hallerde zararlar karşılıklı bırakılmasını önlemek amacıyla Medeni Kanunun 2/2 nci maddesine göre feshin kapsamının tâyin ve tespiti yoluna gidilmiş ve ölçü olarak ta olayın niteliği ve özelliği ESAS ALINMIŞTIR. Oysa, bu ayırım ve sonuçla kanunda öngörülmemiş bir değerlendirmeye başvurulmak suretiyle taraf haklarına ve uygulamaya kesin bir çözüm GETİRİLMEMİŞ OLMAKTADIR. Sadece yüklenicinin durumu gözönünde tutularak sonuca ulaşmaya çalışmak hukukun eşitliği KURALINA AYKIRIDIR.

İçtihadı birleştirmeye konu olan Hukuk Genel Kurulu'nun. 6.10.1982 gün ve 15/817 sayılı kararının bir yerinde açıklandığı gibi, işi kusuruyla yanda terk eden ya da sürüncemede bırakan yükleniciye yaptığı kısımla orantılı bir pay verilmesi halinde yüklenici taşınmazın paydaşı olacaktır ki bu durumda yarım kalan işlerin kim tarafından nasıl tamamlanacağı sorunu ORTAYA ÇIKACAKTIR. Kat Mülkiyeti Kanununa göre ana taşınmazın tamamı bitirilmeden kat mülkiyeti kurulamayacağından ve iskân izni alınamayacağından iş sahibinin yalnız kendisine kalacak dairelerini bir başkasına yaptırmayı MÜMKÜN DEĞİLDİR. Sözleşmeye göre yükleniciye kalacak bağımsız bölümleri de yaptırmak zorunda kalacak olan iş sahibini peşinen böyle bir külfete katlanmak zorunda bırakmak âdil bir ÇÖZÜM OLMAYACAKTIR. Bu harcamalarını sonra yükleniciye tazmin ettirmesi ve gecikme tazminatı alması olanağı ise haksızlığı giderecek bir NEDEN DEĞİLDİR. İş, kusuruyla yanda bırakan yüklenici hem yaptığı işle orantılı kârını almış hem de işini bizzat iş sahibi tarafından tamamlanmasının sonuçlarından YARARLANMIŞ OLMAYACAKTIR. Ayrıca, kusurlu yükleniciye böyle bir olanağın tanınması işin kârli kısımlarını yapıp istediği zaman inşaatı yanda bırakmak gibi kendi kusurundan yararlanmak olanağı DA DOĞURACAKTIR. Bu itibarla, tartışmasız olan maddi olayda düşünülmesi ağırlık kazanan biri varsa o da alacaklı ARSA SAHİBİDİR.

Medeni Kanunun 2 nci maddesinin 1. bendinde aranan iyiniyet, 2. bendinde aranan suistimâl, hakların kullanılmasına ilişkin

HUKUK İLKELERİDİR. Bu iki kural kanun ya da sözleşmede açıklık bulunmayan hallerde uygulama olanağı bulunan GENEL KURALLARDIR. Oysa, fesih hakkının hangi koşullarda kullanılacağı gerek BK.nun 106 ve gerekse 351/1 inci maddesinde açıkça yazılı olduğu gibi fesih halinde borçlunun alacağının neden ibaret olacağı aynı Kanunun 108 inci maddesinde açıkça BELİRLENMİŞ BULUNMAKTADIR. Bu nedenle, alacaklının fesih hakkını kullanmasında veya borçlunun alacağının neden ibaret olduğunda Medeni Kanunun 2/2 nci maddesi hükmünü uygulama OLANAĞI YOKTUR. Borçlu tarafından işin az veya çok yapılmış olması, alacaklının kanun hükmüne göre doğan fesih hakkını etkilemez. Fesih hakkı doğduktan sonra hesaplama sırasında hakların kötüye kullanılmasından ya da borçlunun iyiniyetinden de söz edilemez. Bu aşamada olsa olsa hakkaniyet ilkesi söz konusu olabilirse de, yukarda özetlenen Hukuk Genel Kurulu kararında belirlendiği gibi, kusurlu yüklenicinin hakkaniyet ilkesinden yararlandırılması kusurlu müteahhidi ödüllendirmekten başka bir anlam taşımaz. Alacaklının olayda hiç bir kusuru bulunmadığı anlaşılmasına göre, kusurlu yüklenicinin kendi kusurunun sonuçlarına katlanması kadar tabii bir sonuç düşünülemez. Ve bu sonuç hakkaniyet ilkesine en UYGUN OLANIDIR.

Bundan başka, hakkın kötüye kullanılmasında sadece ızzar kastının BULUNMASI GEREKİR. Borçlunun temerrüdü karşısında fesih hakkının kullanılmasındaki ızzar kastının ya da Borçlar Kanununun 108 inci maddesine uygun olarak tasfiye istemesindeki ızzar kastının varlığına nasıl ulaşıldığını Çoğunluk görüşünde açıklanmadığı için, anlamaya imkân. bulunmamıştır.

İşte bütün bu nedenlerden dolayı, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'na (istisna sözleşmelerinin türü olan inşaat sözleşmesiyle alacaklının arsası karşılığında bu arsaya birden fazla daire yapmayı yüklenen borçlu yüklenicinin kendi kusuru ile işi zamanında bitirememiş olması halinde, yapılan. binanın kal'ı çok fazla zararı gerektirse bile alacaklının Borçlar Kanununun 358/1 inci maddesine göre fesih hakkı

bulduğuna ve aynı Kanununun 108 inci maddesi gereğince borçlunun alacağıın yapılan işin malzeme ve işçilik bedeli olduğuna, borçlunun ayrıca yaptığı işin kâr payını istemeyeceğine) şeklinde karar verilmesi gerekirken Borçlar Kanununun özel ve genel hükümlerindeki hukuki açıklığa rağmen buna aykırı olarak, Çoğunluk görüşünde belirlenen şekilde karar verilmiş olmasına karşıyım.

KARŞI OY YAZISI

1- İctihadı Birleştirme Kararının oluşmasına neden olan olayda, davacı arsa sahibi noterde düzenlenmiş sözleşmeyle dört daire ve bir dükkân karşılığında apartman inşaatını yapmak üzere davalı yükleniciyle ANLAŞMIŞLARDIR. Taraflar arasında geçerli ve tipik (kat karşılığı inşaat sözleşmesi) kurulmuş olup, yüklenicinin edimi kendi levazımatıyla başkasının arsası üzerinde yapacağı inşaatın belirli bölümleri arsa sahibine bırakmak, işverenin edimi ise inşaatın diğer bölümlerini kat irtifakı ya da kat mülkiyeti şeklinde yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişilere tapuda ferağım VERMEKTEN İBARETTİR. Böylece ortaya çıkan bu hukuki ilişkide karma akit niteliğinin VARLIĞI AÇIKTIR. Yükleniciye veya onun emrine bırakılan bağımsız bölümler açısından taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi, başkasının arsası üzerinde inşaat yapmak, projeleri ve değişikliklerini arsa sahibi adına hazırlamak ve onaylatmak, inşaat ve iskân ruhsatlarını almak gibi işlemler açısından vekâlet, istisna ve hizmet sözleşmeleri, kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulması, ortak yerlerden yararlanma ve bunlarla ilgili işlemler açısından taraflar arasında adi ortaklık sözleşmesi OLUŞMUŞ BULUNMAKTADIR.

Böyle olunca, kat karşılığı inşaat sözleşmesi adıyla tanımlanan akitlerin genel anlamdaki inşaat sözleşmelerinden soyutlanarak sürekli akit tipi olduğu belirlenmeli ve bunun sonucu olarak bu tür sözleşmelerin yüklenicinin temerrüdüne bağlı feshi halinde istisnasız ileriye etkili sonuçlar DOĞURACAĞI AÇIKLANMALIDIR.

Bu nedenle ve öncelikle somut olay açısından bu sonucun İctihadı Birleştirme Kararında belirlenmemiş olmasının sakıncalı olduğunu karşı oy olarak belirtmek istiyoruz.

2- Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri dışında kalan diğer istisna akitlerini sürekli ya da ani akit tipi şeklinde nitelendirmek MÜMKÜN DEĞİLDİR. Böyle olunca sürekli veya ani akit tipine özgü fesih kurallarının inşaat sözleşmelerine uygulanacağını söylemek de olanaksızdır, gerçekten yasa koyucu istisna sözleşmelerinin bazıları için borçlunun temerrüdü halinde uygulanacak fesih sonuçlarını belirlemesine karşın BK.nun 358 inci maddesinde bu konuda bir açıklık BULUNMADIĞI ORTADADIR. 0 halde koşulları mevcut olduğu takdirde BK.nun 360. maddesinin bunlar için uygulanması amaca uygun düşer. Çünkü her şeyden önce anılan madde, inşaat sözleşmeleriyle ilgili hükümleri içermesi bakımından özel bir KURAL GETİRMİŞTİR. Özel hüküm bulunduğu yerde genel nitelikte olan MK. 2 nci madde hükmünün uygulanması teknik açıdan DOĞRU DEĞİLDİR.

İkincisi, objektif iyiniyet kuralım her olayda ve her aşamada uygulamak ta son DERECE SAKINCALIDIR.

Nihayet, BK.nun 360. maddesi esasen iyiniyet kuralım da BERABERİNDE GETİRMİŞTİR. Ancak uygulamada karşılaşılabilen duraksamaları gidermek açısından belli ölçüleri içerdiği için, uygulamaya daha yatkın ve yararlar dengesine daha UYGUN DÜŞMEKTEDİR.

Bu nedenlerle, MK.nun 2 nci maddesi yerine BK.nun 360. maddesinin kıyas suretiyle uygulanarak yasa eksikliğinin giderilmesi gerektiği görüşüyle Çoğunluk oyuna karşıyım.

KARŞI OY YAZISI

İstisna sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığında kat yapımı şeklindeki inşaat sözleşmelerinde, müteahhit, teslim gününde, hattâ ek olarak verilen mehlin sonunda, inşaatı yapıp teslim etmemek suretiyle, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşmüş ise, alacaklı durumundaki arsa sahibinin, akti feshedip edemeyeceği, fesih hakkının,

Medeni Kanununun 2 nci maddesi çevresinde kullanılamayacağı hallerin öngörülüp öngörülemeyeceği, Borçlar Kanununun 360. maddesi kıyasen uygulanarak feshin mümkün olmadığı sonucuna varılıp varılamayacağı, feshin câiz olduğu ve olmadığı hallerde, tasfiyenin nasıl yapılacağı hususları içtihadı birleştirmenin KONUSUNU OLUŞTURMAKTADIR.

Yukarıda açıklanan durumda, iş sahibinin akti feshedebileceği konusunda, Borçlar Kanununun istisna aktine ilişkin bölümünde, özel bir DÜZENLEME YOKTUR. Gerçekten, Borçlar Kanununun 358 inci maddesi, müteahhidin zamanında işe başlamaması veya başlasa bile sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi veya işi bütün tahminlere göre zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması veya imâl sırasında müteahhidin kusuruyla ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılacağı katiiyetle tahmini ve üçüncü kişiye yaptırılmasının mümkün. olmaması, yani teslim zamanı gelmeden önceki temerrüde benzer hallerde, alacaklı iş sahibinin akti feshine dair olmakla, teslim zamanı geldikten sonraki temerrüt HALLERİNİ KAPSAMAMAKTADIR.

Borçlar Kanununun 360. maddesi ise, tamamlanıp teslim gününde teslim edilen eserlerdeki kusura, ayıba, eserin sözleşme şartlarına aykırı yapılmış olması HALİNE İLİŞKİNDİR. Anılan Kanununun 371 inci maddesinde sözü edilen "...müteahhidin sun'u taksiri olmadan işin bitirilememesi" hali de söz KONUSU DEĞİLDİR. İstisna aktine ilişkin bölümde, fesih hakkı konusunda başkaca bir hüküm DE YOKTUR. Fakat, Borçlar Kanununun 106-108 inci maddelerinde, genel hükümlerde, KONU DÜZENLENMİŞTİR. Bu maddelere göre, alacaklı iş sahibi, aktin feshine ilişkin seçimlik hakkını kullanarak akti feshedebilir. Bu nedenle, bu konuda, kanun BOŞLUĞU YOKTUR. Yasal hüküm. mevcut olduğuna göre de, Medeni Kanununun 1 inci maddesi uyarınca, burada kıyasa gidilemez ve Borçlar Kanununun 360/3 üncü maddesinin kıyasen uygulanması söz konusu olamaz.

Ne var ki, olayların özelliğine göre, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinden kaynaklanan fesih hakkının kullanılmasının Medeni Kanununun 2 nci maddesi uyarınca, afâki iyiniyet kurallarına ters düştüğü haller söz konusu olabilir ve bu gibi pozisyonlar AYRIK TUTULMALIDIR.

Şu var ki, vâde ve munzam mehle rağmen inşaatı zamanında teslim etmeme şeklinde kusurlu olan müteahhidin, dürüstlük kurallarına uyduğu söylenemez. Böyle hallerde, temerrütteki kusurla dürüstlüğe aykırı davranışın iç içe BULUNDUĞU MEYDANDADIR. Böyle durumlarda, iş sahibi alacaklının eser sözleşmesini fesih hakkını kullanması, afâki iyiniyet kurallarına aykırı davranış olarak nitelendirilemez. Kimse kendi kusurundan yararlandırılmaz.

Feshin mümkün olmadığı hallerde SÖZLEŞME YÜRÜRLÜKTEDİR. Sözleşmede açıklık olmayan konularda Borçlar Kanununun genel ve özel hükümleri uyarınca uyuşmazlıkların ÇÖZÜMLENMESİ GEREKİR.

İnşaat sözleşmesinin, iş sahibi tarafından feshinin mümkün olduğu hallerde tasfiye konusunda, Borçlar Kanununun 108 inci maddesinde iş sahibi için BOŞLUK YOKTUR. Bu maddeye göre iş sahibi alacaklı "vaadolan şeyi vermektan imtina edebilir."

Şu anlamdaki, inşaat karşılığında vereceği arsa payı ve katı vermeyebilir. Veya arsa payım önceden vermiş ise geri almak için tapu iptâli davası açabilir. Ayrıca, aktin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini de isteyebilir. Fakat, kusurlu mütemerrit müteahhidin durumu için Borçlar Kanununun 108 inci maddesinde bir AÇIKLIK YOKTUR. Borçlu müteahhit verdiklerini, yaptıklarını sebepsiz iktisap kurallarına GÖRE İSTEYEBİLECEKTİR. Çünkü, iş sahibi müteahhidin işe başladığı âna göre, arsasında yapılan tamamlanmamış inşaat mütemmim cüz'ü nedeniyle, zenginleşmiştir. Bu zenginleşmeyi geri VERMESİ LÂZIMDIR. Kendisine ücret olarak, arsa payı ve kat, kâr verilemez ise de inşaatın objektif değerinin, yani yapım değerinin Medeni Kanunun 4 üncü maddesi uyarınca hakkaniyet, adalet ve nesafet ilkesi çevresinde ÖDENMESİ LAZIMDIR.

Öte yandan, fesih tarihindeki malzeme ve işçilik râyicinin tasfiyeye esas tutulması öngörülürse, bu konuda da hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşılmış olur."

ileriye etkili olarak sona erdirilmiş sayılacağını, yani feshedilmiş olacağını hükme bağlamıştır.

Kararda belirtilen görüşler ve nedenleri doğrultusunda doktrinde birçok görüş ortaya atılmış ve savunulmuştur. Doktrindeki görüşler ve bunların gerekçeleri, eser sözleşmesinin bir çeşidi olan inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği noktasında toplanmaktadır. Bu görüşleri gerekçeleriyle incelemek yerinde olacaktır.

Bu İçtihadı Birleştirme Kararından sonra Yargıtay kararlarında gözlenen ilginç bir gelişme de, sözleşmeden dönmeyi ileriye etkili fesih saymak için aranacak olan yapılmış iş oranının gitgide arttırılmasıdır. İlk kararlarda işin yarından çoğunun yapılmış olması ileriye etkili sona ermeye yeterli sayılırken, en son kararlarda Yargıtay bu oranı neredeyse %90'a kadar yukarı çekmiştir.¹⁷⁸

4.3.1.Doktrindeki Görüşler

4.3.1.1.İleriye Etkili Feshin Mümkün Olduğu Görüşü

İş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda, inşaatın çoğunluğunun bitmiş olması durumunda Yargıtay'ın sözleşmenin feshini ileriye etkili sona erdirme sayan görüşü, doktrinde özellikle Sungurbey¹⁷⁹ tarafından ortaya atılmış ve savunulmuştur. Yazara göre, yüklenici inşaatın teslim gününe kadar inşaatı tamamlayamamış olmakla birlikte, eğer inşaatın çoğunluğunu tamamlamışsa ve yapının sökülüp kaldırılması aşırı zarar verecekse artık bu durumda sözleşmeden dönme değil ileriye etkili fesih söz konusu olacaktır. Üstelik, yüklenici kusurlu olsa da bu sonuç değişmemelidir. Bu görüşün sonucu olarak, yüklenicinin kusurlu olmasının yaratacağı fark sadece, iş sahibinin yükleniciden uğradığı olumlu zararın tazminini isteyebilmesidir. Ancak

¹⁷⁸ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.180; Yarg. 15. HD. 14.01.2004, 3057/88, Yarg. 15. HD. 10.03.2003, 492/1152, www.corpus.com.tr; Yarg. 15. HD, 07.02.2005, 3589/526, Kostakoğlu, s. 799-800.

¹⁷⁹ İsmet Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, 1984, cilt 5, s. 601.

yüklenici, iş sahibinden bu aşamaya kadar yaptığı inşaatın bedelini (ücret) isteyebilir. Bu durumda yüklenici daha avantajlı konumda görünmektedir.

Sungurbey'in ileri sürdüğü ve Yargıtay'ın da desteklediği bu görüş temelde, inşaat sözleşmesini ani ve sürekli edim karması bir borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir. Esasen bu görüşün dayanak noktası sözleşmenin hukuki niteliğinde yatmaktadır. Bu görüşe göre sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, kanun hükümlerinin sevk ediliş amacı göz önüne alınarak TBK md. 475 (BK md.360) hükmünün kıyasen uygulanması gerekmektedir. Anılan maddede eserdeki ayıptan dolayı iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin koşulları düzenlenmektedir. Buna göre inşaatın sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Böylece iş sahibinin arsasında yapılan inşaat sözleşmelerinde de sözleşmenin feshi aşamasında bu hüküm kıyasen uygulanacaktır. Gene Sungurbey'e göre, iş sahibinin arsasında yapılan inşaat kat karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde ise, işin çoğu bitmişken gerçekleşen fesih üzerine, yüklenici yapılan inşaat kısmı oranında indirilecek arsa payına ve buna göre belirlenecek bağımsız bölümlere hak kazanabilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönmeyi ileriye etkili fesih sayan görüşün bir diğer çıkış noktası da TMK md. 2'dir. Yüklenici inşaatta kendi malzemesini kullanmışsa ve inşaatı belli bir aşamaya kadar getirmişse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciyi arsa payı veya bağımsız bölüm yerine, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ödenecek bir miktar paraya maruz bırakmak hakkaniyete aykırıdır. Yüklenici inşaatın çoğunu bitirmiş olduğundan, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirildiğinde ileriye etkili fesih olarak sonuç doğuracaktır. Ancak Yargıtay 1984 tarihli kararında, BK md. 360/3'ün uygulanmasını reddedip TMK md. 2 uyarınca dürüstlük kuralına göre hareket edilmesine karar vermiştir.

İleriye etkili fesih görüşünü savunan bir diğer hukukçu Hasan Erman¹⁸⁰ da, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesinin hem taraflar arasında menfaat dengesini daha iyi sağlaması, hem uygulama kolaylığı yaratması, hem de adalet duygusuna daha yakın olması sebebiyle daha yerinde olacağını savunmaktadır. Yazara göre eser sözleşmesinde tarafların yerine getirdikleri edimlerin varlıklarını koruyacak olması, tarafların sözleşmenin devamına güveni açısından son derece

¹⁸⁰ Erman, Beklenilmeyen Haller, s. 103-104.

önemlidir. Aksi durumda tarafların sözleşmenin devamına olan güveni sarsılacak ve artık kimse eser sözleşmesi ilişkisi içerisine girmek istemeyecektir. Bu da adalet duygusunun sarsılmasına yol açar. Esasen yazara göre Roma Hukukundan gelen “olanın olduğu gibi korunması” sözleşmelerde temel kuraldır.

Erman’ın görüşüne göre, ileriye etkili feshin bir diğer nedeni de yerine getirilen edimlerin geri verilmesinin olanaksız oluşudur. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yükleniciden yerine getirilen şeylerin iadesini istemesi oldukça büyük zorluklar yaratacaktır. Sözleşmenin sona erdirilmesi aşamasına kadar üzerlerine düşen edimleri sadakat içinde yerine getiren taraflardan tüm edimlerin iadesini, sözleşme öncesine dönüşü istemek hakkaniyete aykırı olduğu gibi karşılıklı menfaatleri de zedelemektedir. Ayrıca yerine getirilen edimlerin para olarak iadesi için hesap yapılması da uygulamada büyük güçlükler yaratacaktır.

Erman’ın ileriye etkili fesih görüşünün temelinde eser sözleşmesinin hukuki niteliğinin sürekli edimli borç ilişkisi özelliği de taşıdığı düşüncesi yatmaktadır. Eser sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili açıklamalar birinci bölümde yapıldığından sadece Erman’ın desteklediği görüşü belirtmekle yetinilecektir.

İnşaat sözleşmelerinin sona erdirilmesi konusunda ileriye etkili fesih görüşünü savunan Seliçi¹⁸¹, genel olarak eser sözleşmelerini, hazırlık çalışması gerektirdiğinden bu safhayı sürekli borç ilişkisi özelliğinde görmektedir. Yazara göre kanun koyucu da buna dikkat ederek eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümleri sürekli borç ilişkilerindeki gibi düzenlemiştir(örneğin, TBK m.482/2; m.484, m.485; m.486 = Eski BK m.367/2; m.369; m.370; m.486). Bir borç ilişkisinin ani edimli mi sürekli mi olduğunu saptamakta önemli olan, borçlunun ifaya olan çıkarımının bir an içinde mi, yoksa zaman içerisine yayılarak mı gerçekleştiğinin saptanmasıdır¹⁸².

Seliçi’nin görüşüne göre ileriye etkili fesih halinde yerine getirilmiş olan edimler hukuki sebepten yoksun kalmazlar. Bu edimler geçerli bir sözleşmeye

¹⁸¹ Seliçi, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s. 209-210; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77.

¹⁸² Seliçi, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s. 7.

dayanarak yerine getirilmiş olduğundan, dönme sözleşmenin varlığına dokunmadan sadece içerik itibarıyla değişmesine yol açmaktadır. Başka bir deyişle yazara göre borç ilişkisi organizma olarak devam eder. Böylece organizma olarak devam etmekte olan sözleşme, geri verme taleplerinin de temelini oluşturmaktadır.

Sözleşmeden dönme neticesinde talep edilecek tazminatın niteliği konusunda da Seliçi, bu görüş doğrultusunda bir açıklama yapmaktadır. Yazara göre eğer ileriye etkili fesih görüşü kabul edilirse, tazminat talebi sözleşmenin ihlaline dayandırılacaktır. Fakat geçmişe etkili olarak sözleşmenin ortadan kalktığı kabul edilirse, söz konusu tazminat talebi, sözleşmenin ihlalinden doğan bir tazminat olarak kabul edilecektir ki bu da yazara göre çelişkiye düşmekten başka bir şey değildir.

Bir kısmı tamamlanmış inşaatlarda çözümün ne şekilde olacağını da Seliçi yine savunduğu görüş çerçevesinde açıklamaktadır. Haksız inşaat hükümlerinin uygulanması halinde yükleniciyi kötü niyetli malzeme maliki olarak kabul etmek gerekecektir. Sözleşmenin organizma olarak devam ettiği göz önüne alındığında tasfiye işlemi de daha kolay yapılabilecektir. Yerine getirilmiş edimler açısından ise talepler ters dönmüş olarak yerine getirilmelidir. Böylece iş sahibi fazla ücret ödediyse bunu geri isterken, yüklenici de o ana kadar yaptığı için geri verilmesini isteyebilir. Ayrıca yüklenici temerrüde düşmekte kusuru varsa iş sahibinin olumsuz zararını da ödemelidir.

İleriye etkili fesih görüşünü savunan bir diğer yazar da Serozan'dır. Yazara göre eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliği taşıdığından dolayı, yüklenicinin temerrüdü sonucunda ileriye etkili fesih söz konusu olacaktır¹⁸³. Sözleşmeden dönmeye yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesinin mevcut borç ilişkisine dayandığını, bu borç ilişkisinin sona ermeyip muhtevasının değiştiğini kabul etmektedir.

¹⁸³ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 184.

4.3.1.2. Daima Geçmişe Etkili Sona Erme Görüşü

Doktrinde savunulan diğer bir görüş¹⁸⁴ ise dönülen inşaat sözleşmesinin daima geçmişe etkili olarak sona erdirileceği yönündedir. Bu görüşün temelinde, inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin ani edimli bir sözleşme olması yatmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, her ne kadar inşaat sözleşmesi uzun hazırlık çalışmalarını gerektiriyor olsa da, bu hazırlık çalışmalarının ifa ile ilgisi yoktur. Başka bir deyişle, hazırlık çalışmalarını yapmakla yüklenici ifada bulunuyor sayılmaz. Bu sözleşmede önemli olan teslim anıdır. Teslime kadar süren çalışmalar da kısmi ifa değildir. İşte bu nedenle iş sahibi sonuca yani teslim odaklanmıştır. Sözleşmenin kilit noktası da burasıdır. Yapının tamamlanmış olarak teslimi gerçekleşmediği sürece, yüklenicinin edimini kısmen dahi ifa ettiğiinden bahsedilemez.

İnşaat sözleşmesinde yapının inşa edilmesi fiili, niteliği itibariyle kısım kısım ifa edilebilecek bir edim değildir¹⁸⁵. Yüklenicinin borç altına girdiği inşaat, ancak tamamlandığı zaman ifa gerçekleşecektir. İnşaatı sadece bir kısmının tamamlanmış olması, borcun yerine getirilmesi açısından iş sahibi için yeterli değildir. Sadece bir kısmı tamamlanmış inşaat, edimi karşılamaya yetmeyecektir.

İnşaat sözleşmesinde yüklenici, inşaatı tamamlayıp teslim etmeyi borçlanırken iş sahibi de teslim fiilini alacak olarak kabul etmektedir. Eser sözleşmelerinde (bu arada inşaat sözleşmelerinde) zamana yayılan olgu, iş sahibinin ifaya olan çıkarı değil, bu ifayı gerçekleştirmek için yüklenicinin yaptığı hazırlık çalışmalarıdır¹⁸⁶. İş sahibinin ifaya olan çıkarı da ancak teslim anında karşılanmış olacaktır. Bu nedenle inşaat sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi sayılmalıdır. Kanunun eser sözleşmesi hükümlerinin bazısının yükleniciye tamamlamadığı eserin yaptığı kısmına dair bazı haklar tanınması, bu sözleşmeyi sürekli saymasından ve yapılan işleri kısmi ifa kabul etmesinden değil; bu özel durumlarda yüklenicinin harcadığı emek ve masrafa karşı bir talep hakkına sahip olmasını adil görmesindedir. Bu istisnai hükümlerin yorum yoluyla genişletilmemeleri ve yüklenicinin kusurlu temerrüdünden kaynaklanan sözleşmeden dönmeye de kıyasen uygulanmaları doğru değildir.

¹⁸⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi , s. 180-181; Gökyayla, s. 17; Eren, 58.

¹⁸⁵ Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 211.

¹⁸⁶ Baygın, s. 21.

Ancak Öz bu görüşte olmasına rağmen; şayet yüklenici kusursuz olarak temerrüde düştüğünü ispatlayabilirse, TBK m.486 (Eski BK m.371) hükmüne kıyasen, yaptığı iş kısmı kadar bedele hak kazanabileceğini kabul etmektedir¹⁸⁷.

Yüklenici, inşaatın tamamlanması için birtakım faaliyetlerde bulunmak mecburiyetindedir. Başka bir deyişle, inşaat sözleşmesinin meydana gelişinin tabii bir gereği olarak yüklenici, hazırlık çalışmaları, ön faaliyet yapmak zorundadır. Doğaldır ki, eser sözleşmesinin diğer çeşitlerinden farklı olarak inşaat sözleşmesinin ifası, zaman alacaktır. Yüklenicinin zaman alan ve mecbur olduğu hazırlık çalışmaları, kendi ediminin ifasını mümkün kılmak için yapmak zorunda olduğu faaliyetlerdir¹⁸⁸.

İnşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi olduğunu savunan yazarlardan Tandoğan¹⁸⁹, inşaat sözleşmesinde sonuca yaklaşmanın değil sonucu elde etmenin önemli olduğunu vurgulamaktadır. İnşaat sözleşmesinin oluşumuna ve sonuçlanmasına bakıldığı zaman yüklenici, ücret alacağına inşaatı tamamlayıp teslim ettiği anda kavuşmaktadır. Öyleyse, yüklenicinin inşaatı teslim anı önem taşıdığından, sözleşme ani edimli sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

Doktrinde Yavuz¹⁹⁰ da inşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi olduğunu savunmaktadır. Yazarın görüşünü destekleyen hareket noktası, edim sonucunun teslim ile gerçekleşiyor olmasıdır. Hazırlık çalışmaları uzun sürse de önemli olan teslim anıdır.

İnşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi olduğunu savunan Eren¹⁹¹ ise, bu sözleşmede yüklenicinin borçlandığı edimin bir süre boyunca devam eden ifaya yönelik olmadığı görüşündedir. Yazara göre inşaatın bitirilmesi uzun zaman olsa bile sözleşmenin niteliği değişmez. Başka bir deyişle, hazırlık çalışmalarının uzun zaman

¹⁸⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 181

¹⁸⁸ Ayça Akkayan Yıldırım, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 61.

¹⁸⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 150.

¹⁹⁰ Yavuz, s. 517.

¹⁹¹ Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52.

alması, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu göstermez. Çünkü sözleşmenin niteliği değerlendirilirken teslim anı dikkate alınmalıdır. Önemli olan ifa zamanındaki teslimin gerçekleşmesidir.

4.3.1.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

İnşaat sözleşmesinde, iş sahibi ile yüklenici arasında kararlaştırılan, meydana getirilecek olan unsur inşaatın tamamlanmış olarak teslimidir. Esasen tarafların beklentisi, inşaatın tamamlanıp teslim edilmesidir. İnşaatın doğası gereği bir anda bitirilemeyeceği, öncesinde uzun çalışmaların yapılacağı bilinmektedir.

İş sahibi, sözleşmeyi imzaladığı anda, inşaatın belirli (ya da belirsiz) bir zaman alacağını bilincindedir. Ancak önemli olan inşaatın yapım aşamasının zaman alması değil, inşaatın bitmiş halde kendisine teslim edilmesidir. Bu nedenle taraflar inşaat sözleşmesinde sonuca odaklanmaktadırlar. Böylelikle, ön çalışma ne kadar uzun sürerse sürsün, ifanın teslim anında ani olarak yerine getirildiği kabul edilmelidir. Bu görüş doğrultusunda olmak üzere, özellikle yüklenicinin kusurlu olarak borçlu temerrüdüne düştüğü durumlarda, işin ne kadar büyük kısmını bitirmiş olursa olsun, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi geçmişe etkili sayılmalıdır. Böylece, yüklenici yapılan kıma ilişkin kısmi bedel isteyememeli, sadece sebepsiz zenginleşme veya duruma göre haksız inşaat hükümlerine başvurmakla yetinmelidir. Böylece, yaptığı işin işçilik ve malzeme değerinden ibaret bir talep hakkına sahip olacak, yüklenici kâr payı talep edemeyecektir.

Ancak, yüklenicinin temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat ettiği durumlarda, Öz'ün de kabul ettiği gibi, TBK m.486 (Eski BK m.371) hükmüne kıyasen, yapılan kısım oranında bedel isteyebilir.

KAYNAKÇA

Akkanat, Halil, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, 2000.

Akkayan Yıldırım, Ayça, “Kat Karşılığı inşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, 2014

Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 5. Bası, İstanbul, 1985.

Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları, Ankara, Seçkin, 2008.

Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar , İstanbul, 1992.

Başoğlu, Başak, “Borcun ifasındaki İmkansızlık”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan.

Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin, 1998.

Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 3. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003.

Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu olmadığı Sonraki İmkansızlık, Doçentlik tezi, İstanbul, 1976.

Erman, Hasan, Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İÜHFİM, cilt 50, S. 1-4, 1984.

Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2007.

Erman, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.

- Ertaş, Şeref, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçların Devri, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel'e Armağan, s. 79-92.
- Eren, Fikret, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18-19 Mart, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1996.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul, Beta, 2011.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta, 2006.
- Ergezen, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, Yetkin, 2007.
- Ergüne, Mehmet Serkan, "Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları", İÜHFM, 2004, Cilt 62, S. 1-2.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.
- Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Havutçu, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, 1995.
- Kostakoğlu, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 3. Basım, İstanbul, Beta, 2000.
- Kostakoğlu, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Basım, Ankara, Beta, 2006.
- Kurşat, Zekeriya, "İmkansızlığın Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Üzerindeki Etkileri", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal, Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların İfası, İfa Edilmemesi, Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.
- Öz, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

- Öz, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989.
- Öz, M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul, Beta, 2011.
- Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.
- Seliçi, Özer, Seçimlik Borçların İfası, İÜHFM, cilt 4, S. 1-4, 1969.
- Seliçi, Özer, Kesin Vadeli İşlemler, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968.
- Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.
- Serozan, Rona, “Sözleşmenin Kurulmasında (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007.
- Sungurbey, ismet, Medeni Hukuku Eleştirileri, Cilt 5, 1984.
- Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eser Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara, Seçkin, 2012.
- Tandoğan, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, cilt 2, Ankara, 1977.
- Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Akdin Muhtelif Nevileri, 2. Cilt, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977.
- Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972.
- Ulusan, İlhan, İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 1997.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.