

T.C.

YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ
HALİNDE 3.KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ONUR ALTINKAN

13300001318

TEZ DANIŞMANI:

Yrd. Doç. Dr. EMRE CUMALIOĞLU

İzmir, 2015



T.C.

YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZLİ YÜKSEK LİSANS TEZ JÜRİ SINAV TUTANAĞI

ÖĞRENCİNİN		
Adı, Soyadı	:	
Öğrenci No	:	
Anabilim Dalı	:	
Programı	:	
Tez Sınav Tarihi	:/...../201.....	Sınav Saati :
Tezin Başlığı:		
.....		
Adayın kişisel çalışmasına dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek çalışma konusu gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,		
<input type="checkbox"/> BAŞARILI olduğuna (S) <input type="checkbox"/> OY BİRLİĞİ 1 <input type="checkbox"/> EKSIK sayılması gerektiğine (I) ile karar verilmiştir. 2 <input type="checkbox"/> BAŞARISIZ sayılmasına (F) <input type="checkbox"/> OY ÇOKLUĞU		
3 <input type="checkbox"/> Jüri toplanamadığı için sınav yapılamamıştır. 4 <input type="checkbox"/> Öğrenci sınava gelmemiştir.		
<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F) Üye : İmza :	<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F) Üye : İmza :	<input type="checkbox"/> Başarılı (S) <input type="checkbox"/> Eksik (I) <input type="checkbox"/> Başarısız (F) Üye : İmza :

- 1 Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
- 2 Bu halde öğrencinin kaydı silinir.
- 3 Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.
- 4 Bu halde varsa öğrencinin mazeret belgesi Enstitü Yönetim Kurulunda görüşülür. Öğrencinin geçerli mazeretinin olmaması halinde Enstitü Yönetim Kurulu kararıyla ilişkisi kesilir. Mazereti geçerli sayıldığında yeni bir sınav tarihi belirlenir.

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../...

Onur ALTINKAN

ÖZET

Yüksek Lisans

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

Onur ALTINKAN

Yaşar Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tezin konusu, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinden doğan eser üzerindeki bağımsız bölümlere malik olma amacıyla yüklenici ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişinin yüklenicinin temerrüdü halinde hukuki durumudur.

Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki hukuki ilişkinin yükleniciden bağımsız bölüm satın almak isteyen üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkilemesi sebebiyle, çalışmanın birinci bölümü genel olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin incelenmesine ayrılmıştır.

İkinci bölümde ise; üçüncü kişilerin yükleniciden hak iktisap ediş şekilleri ve buna göre üçüncü kişilerin değişen hukuki durumları belirlenmiştir. Buna göre; üçüncü kişilerin yükleniciden hak iktisap ediş şekillerinin; taşınmaz satış sözleşmesi, alacağın temlik veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği tespit edilmiş ve buna uygun olarak üçüncü kişilerin hukuki durumu incelenmiştir.

Yüklenicinin temerrüdü halinde üçüncü kişinin hukuki durumunun belirlenebilmesi adına öncelikle temerrüt kavramı ve arsa sahibinin seçimlik haklarıyla bunların özellikleri incelenmiş, farklı ihtimaller karşısında üçüncü kişinin hukuki durumunun ne şekilde değişeceği tespit edilmiştir.

Çalışma; doktrinde daha önce konuya ilişkin ortaya konulan görüşler ve Yargıtay uygulaması çerçevesinde ele alınmış ve bu yönüyle teori ve pratik arasındaki farklılıklar belirlenerek kişisel kanaatin aktarılmasıyla şekillenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arsa, Kat, İnşaat, Yüklenici, Üçüncü Kişi

ABSTRACT

Master Thesis

THE LEGAL STATUS OF THE THIRD PARTY WHEN CONTRACTOR DELAYS IN THE CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN FOR FLAT

Onur ALTINKAN

Yaşar University

Institute of Social Sciences

Master of Private Law

The subject of the thesis is, the legal situation of the third party who enters a legal relationship with delayed contractor and intends to be a tenant on independent sections in structure which is born from the “flat for construction” relationship between the landowner and contractor.

First part of the thesis is reserved for researching the flat for construction contract generally. It is required because the legal relationship between the contractor and landowner affects the legal situation of third party which intends to buy an independent section from contractor

In the second part of the thesis; third parties’ ways to acquire rights from contractor and changing legal status are determined. According to this, it is determined that ways of acquiring rights from the contractor can be described as real state sales contract, transfer of receivable or real estate sales promise and with this information, the legal situation of third parties are researched.

For determining the legal situation of third party when contractor delays, delay concept and optional rights of landowner and their properties are researched firstly. After that, it is determined that how the legal status of third parties have been identified across different possibilities.

The study is discussed in the framework of opinions expressed in the doctrine and practice of the Supreme Court. By this way, the study is shaped with describing the difference between theory and practice and explaining the personal opinion.

Keywords: Land, Flat, Construction, Contractor, Third Party

İÇİNDEKİLER

TEZ SINAV TUTANAĞI.....	i
YEMİN METNİ.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

I. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT TERİMİ, KAVRAM VE SÖZLEŞMENİN UNSURLARI.....	3
A. Kat Karşılığı İnşaat Terimi.....	3
B. Kavram.....	5
C. Sözleşmenin Unsurları.....	8
1. Arsa.....	8
2. İnşaat Yapma Edimini Taahhüt.....	10
3. Taraflar Arasında Karşılıklı Anlaşma.....	11
II. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ VE ŞEKLİ.....	15
A. Hukuki Niteliği.....	15
1. Çifte Tipli Karma Nitelikte Bir Sözleşme Olması.....	16
2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....	19
3. İvazlı ve Rızai Bir Sözleşme Olması.....	20
4. Sürekli – Ani Karışığı Edimli Bir Sözleşme Olması.....	21

B. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredildiği An Bakımından	
Sözleşmenin Çeşitleri.....	27
1. Arsa Paylarının Sözleşmenin Kurulmasıyla Yükleniciye Devredildiği Biçim.....	28
2. Arsa Paylarının İnşaatın Belirli Aşamalara Ulaşmasıyla Kademeli Devredildiği Biçim.....	30
3. Yüklenicinin Taahhüt Ettiği İnşaatın Teslim Edilmesiyle Arsa Paylarının Devredileceğinin Vaad Edildiği Biçim.....	31
C. Sözleşmenin Şekli.....	32
III. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ.....	37
A. Arsa Sahibinin Borçları.....	37
1. Arsayı İnşaata Elverişli Biçimde Teslim Borcu.....	37
2. Vekalet Verme Borcu.....	40
3. Arsa Payını Devir Borcu.....	41
B. Yüklenicinin Borçları.....	43
1. İnşaat Öncesi İşlemlerde Sözleşmeye Uygun Hareket Etme Borcu.....	43
2. İnşaatın Sadakat ile Yapılması Borcu.....	44
3. İnşaatın Özen ile Yapılması Borcu.....	48
4. İnşaatın Sözleşmeye Uygun Yapılması Borcu.....	52
5. Eseri Teslim Borcu.....	54
6. Ayıptan Sorumluluk.....	57
7. Diğer Borçlar.....	61
C. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilirlik.....	62

İKİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİTTEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN 3.KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN YÜKLENİCİDEN HAK İKTİSAP EDİŞİNE GÖRE HUKUKİ DURUMU.....	66
A. Üçüncü Kişinin Yükleniciyle Satış Sözleşmesi Yapması	
Halinde Hukuki Durumu.....	67
1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Sözleşmesi.....	67
a. Tanımı.....	68
b. Unsurları.....	68
aa. Taşınmaz.....	68
bb. Satış Bedeli.....	69
cc. Tarafların Anlaşması.....	70
c. Yarar ve Hasarın Geçişi.....	74
d. Sorumluluk Hükümleri.....	75
aa. Ayıptan Sorumluluk.....	75
bb. Zapttan Sorumluluk.....	83
2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki Taşınmaz Satış Sözleşmesi.....	84
a. Yüklenicinin Üçüncü Kişiyle Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapabileceği Haller.....	84
b. Üçüncü Kişinin Yükleniciden Taşınmaz Satış Sözleşmesiyle Hak İktisap Etmesi Halinde Hukuki Durumu... ..	87
aa. Üçüncü Kişinin Alıcı Sıfatıyla Borçları.....	87
aaa. Satış Bedelini Ödeme Borcu.....	87
aaaa. Üçüncü Kişinin Satış Bedelini Ödemede Temerrüde Düşmesi.....	89
bbb. Devralma Borcu.....	90
ccc. Yan Borçlar.....	92
bb. Yüklenicinin Satıcı Sıfatıyla Borçları.....	93
aaa. Mülkiyeti ve Zilyetliği Devretme Borcu.....	93
bbb. Satıcı Sıfatıyla Yan Yükümlülükleri.....	94
B. Üçüncü Kişinin Alacağın Temliki Sözleşmesiyle Hak İktisap Etmesi Halinde Hukuki Durumu.....	94

1. Genel Olarak Alacağın Temliki Sözleşmesi.....	94
a. Kavram.....	94
b. Taraflar.....	96
c. Koşulları.....	97
aa. Alacağın Varlığı.....	97
bb. Yazılı Sözleşme.....	98
cc. Temlike Engel Halin Bulunmaması.....	100
2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasında	
Alacağın Temliki Sözleşmesi.....	102
a. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişkinin Alacağın	
Temliki Sözleşmesi Olarak Nitelendirilebildiği Haller.....	102
b. Alacağın Temliki İlişkisinde Üçüncü Kişinin	
Hukuki Durumu.....	106
aa. Yükleniciye Karşı Hukuki Durumu.....	108
aaa. Yüklenicinin Alacağın Varlığından Sorumluluğu.....	108
bbb. Konusu Aynı Olan Hakkın	
Birden Fazla Kişiye Temliki.....	110
bb. Arsa Sahibine Karşı Hukuki Durumu.....	112
aaa. Def'i ve İtirazlar.....	112
bbb. Kendisine Alacağın Devredildiği Bildirilmeyen	
Arsa Sahibinin Borcunu Hak Sahibi Olmayana	
İyiniyetle İfası.....	118
ccc. Faydalı ve Zaruri Giderler.....	119
C. Üçüncü Kişinin Yükleniciyle Taşınmaz Satış Vaadi	
Sözleşmesi Yapması Halinde Hukuki Durumu.....	120
1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi.....	120
2. Yükleniciyle Üçüncü Kişi Arasında Taşınmaz Satış Vaadi	
Sözleşmesi İlişkisi.....	123
a. Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirme.....	124
II. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE	
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU.....	130
A. Temerrüt Kavramı ve Sonuçları.....	130

1. Genel Olarak Temerrüt Kavramı.....	130
2. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü.....	131
a. Unsurları.....	133
aa. Muacceliyet.....	133
bb. İfanın Mümkün Olması.....	137
cc. İfanın Gerçekleşmemiş Olması.....	138
dd. İhtar.....	140
ee. Hukuka Aykırılık.....	143
b. Sonuçları.....	145
aa. Genel Olarak.....	146
aaa. Aynen İfa Yükümlülüğünün Varlığını Sürdürmesi.....	146
bbb. Gecikmeden Doğan Zarardan Sorumluluk.....	149
ccc. Cezai Şarttan Doğan Sorumluluk.....	150
bb. Arsa Sahibinin Temerrütten Doğan Seçimlik Hakları.....	154
aaa. Seçimlik Hakların Kullanılabilmesinin Koşulları.....	154
bbb. Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Zararın Tazmini....	156
aaaa. Kavram ve Nitelik.....	156
bbbb. Kapsam.....	158
cccc. Tazminat Miktarının Belirlenmesi	159
ccc. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini.....	165
aaaa. Sözleşmeden Dönme.....	166
bbbb. Menfi Zararın Tazmini.....	174
cc. Sözleşmenin Sürekli Edimli Sayılması	
ve Sözleşmenin Sona Ermesine Etkisi.....	176
aaa. Sürekli Edimli Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk....	177
bbb. Sözleşmenin Geriye ya da İleriye Etkili Olarak	
Sona Ereceğini Öne Süren Görüşler.....	180
ccc. Dönmenin Feshe Tahvili.....	182
ddd. Yargıtay Uygulaması.....	183
aaaa. İçtihadı Birleştirme Kararı.....	183
bbbb. Değerlendirme.....	202
3. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin	
Kısmi Temerrüdü.....	203
4. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Vadeden Önce	

Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi.....	205
a. Şartlar.....	206
b. Sonuçlar.....	209
B. Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu...	210
1. Genel Olarak.....	210
2. Sözleşmenin Geçmişe Etkili Şekilde Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.....	211
a. Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkı İktisap Ettiğinde Hukuki Durumu.....	211
aa. Dönmenin Tasfiye İlişkisine Etkisine İlişkin Teorilerin Konuya Etkisi.....	211
bb. Tapu Siciline Güven İlkesinin Konuya Etkisi.....	214
cc. Alacak Hakkının Nisbiliği İlkesinin Konuya Etkisi.....	217
dd. Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirme.....	218
b. Üçüncü Kişinin Şahsi Hak İktisap Ettiğinde Hukuki Durumu.	227
aa. Üçüncü Kişinin Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesiyle Şahsi Hak İktisap Etmesi Halinde Hukuki Durumu.....	227
bb. Üçüncü Kişinin Alacağın Temlik Sözleşmesiyle Şahsi Hak İktisap Etmesi Halinde Hukuki Durumu.....	229
3. Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.....	231
4. Kısmi Temerrüt ve Vadeden Önce Temerrüt Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.....	237
SONUÇ.....	242
KAYNAKÇA.....	253

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
bkz	: bakınız
c.	: cilt
Çev.	: Çeviri
d.n.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
Karş.	: Karşıt Görüş
KMK	: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
md.	: madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
s.lı	: sayılı
Sa.	: sayı
T.	: Karar Tarihi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

YİBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisine duyulan ihtiyaç, sosyo–ekonomik bir takım gereksinimlerin mevcudiyetiyle doğmuş ve söz konusu sözleşme, ülkemizde inşaat alanında en çok başvurulan sözleşmelerden biri haline gelmiştir. Nitekim, söz konusu hukuki ilişkiyle arsa sahibi para harcamadan arsası üzerine inşaat yapılmasını sağlamakta; sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenici de arsa satın almaktan kurtulup, arsa bedeli olarak ayrıca bir para harcamaya gerek duymadan inşaata başlamakta ve kendisine kalacak olan arsa paylarına özgülenecek olan bağımsız bölümleri satarak kar elde etmektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, Türk Hukuku’nda kanun ile düzenlenen tipik bir sözleşme olmayıp, atipik nitelikte bir sözleşme olmasına rağmen uygulamada çok sık rastlanan bir sözleşme türüdür. Çalışmanın amacı bu sözleşme türüyle inşa edilen, inşa edilmekte olan veya inşa edilecek olan eser üzerinde bağımsız bölüm satın almak isteyen üçüncü kişinin, bir diğer deyişle alıcının yüklenicinin temerrüdü karşısındaki hukuki durumunu ortaya koyabilmektir. Nitekim kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa üzerinde sözleşme ile belirlenen şartlara uygun bina inşa etme yükümlülüğü altına giren yüklenici veya arsa sahibinin henüz inşa işlemi bitmeden, hatta inşaat başlamadan dahi inşası planlanan bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmaları uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur.

“Üçüncü kişinin hukuki durumu” tabiriyle ifade edilmek istenen husus temel anlamda alıcının hakları ve alıcının borçları bağlamındadır. Söz konusu bu hak ve borçların ortaya konulabilmesi için konuya ilişkin hukuki müesseseler ve bunların nasıl uygulanacağı, mevzuatın hangi hükümlerinin konuyla ilişkili ve muteber olduğu, konuya ilişkin içtihatlar ve bütün bunların üçüncü kişilere hukuken etkileri çalışmada incelenmektedir.

Çalışma iki ana bölüm altında incelenmiş olup; birinci bölüm; ikinci bölüm için bir nevi altyapı niteliğindedir. Zira birinci bölümde kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili genel konular incelenmiş olup; sözleşmenin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, şekli, tarafları ve hükümleri genel manada incelenmiştir. Söz konusu hususlar yüklenicinin temerrüdü halinde üçüncü kişinin hukuki durumunu ortaya koyabilmek bakımından ele alındığı için detaylı bir incelemeye tabi tutulmamış olup, konuya etkisi dokunabilecek içerikle sınırlandırılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü ise; üçüncü kişinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yükleniciden hak iktisap ediş şekillerinin incelenmesiyle başlamakta, üçüncü kişinin hak iktisap ediş şekillerindeki farklılıkların üçüncü kişinin hukuki durumuna etkisi bu bağlamda incelenmektedir. Nitekim üçüncü kişinin hak iktisabına temel teşkil eden müesseselerin hukuki nitelikleri, üçüncü kişinin hak ve borçlarını etkilemekte ve yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği borç bakımından temerrüde düşmesi halinde üçüncü kişilerin hukuki durumlarının belirlenmesinde bu incelemenin yapılması zaruriyet arz etmektedir.

İkinci bölüm, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcu bakımından temerrüde düştüğü hallerde üçüncü kişinin hukuki durumunun ne olacağına incelenmesiyle devam etmektedir. Sözleşmenin olağan yolla sona ermesi, tarafların karşılıklı olarak edimlerini ifa etmeleri halinde mümkündür. Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirme iradesinin ortaya konması ise, sözleşmenin olağan üstü bir yolla sona ermesine yol açmaktadır. Sözleşmenin bu şekilde sonlanmasıyla, sona ermenin geçmişe ya da ileriye etkili olması çalışmamızda da incelenen bir takım koşullara bağlı olarak somut olayın özelliğine göre tespit edilecektir. Dolayısıyla üçüncü kişinin hukuki durumunun değişmesi, bu tespitle yakından ilgilidir.

Sözleşmenin geçmişe ya da ileriye etkili olarak sona ermesinin dışında, üçüncü kişinin yüklenicinin temerrüdü karşısında hukuki durumunu etkileyen diğer bir faktör ise, üçüncü kişinin yükleniciden hak iktisap ediş şeklidir. Üçüncü kişinin yükleniciyle girdiği hukuki ilişkide aynı hak iktisap etmesi mümkün olduğu gibi, şahsi hak iktisap etmesi de mümkündür. Yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmenin sona ermesiyle üçüncü kişinin hukuki durumu da, yükleniciden iktisap edilmiş olan hakkın aynı nitelikte ya da şahsi nitelikte olup olmasına göre değişmelidir.

Çalışma konusunun geniş olması bir takım sınırlamalara gidilmesi gerekliliğini doğurmuş; bu bağlamda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un konuya etkisi, üçüncü kişilerin yüklenici ile taşınmaz satış sözleşmesi ilişkisine girdiği hallerde yüklenicinin ayıptan sorumluluğu dışında inceleme dışında bırakılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

I. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT TERİMİ, KAVRAM VE SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

A. Kat Karşılığı İnşaat Terimi

İnceleme konusu olan sözleşme türü, gerek uygulamada gerekse doktrinde birçok farklı şekilde ifade edilmiştir. “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi” ifadesi, diğer tabirlere nazaran uygulamada daha çok kullanılmaktadır.

Uygulamada bu sözleşmeye çok sık karşılaşılmamasına rağmen, yasalarla düzenlenmiş bir tanımı mevcut değildir. Nitekim sözleşme, atipik bir sözleşme niteliğindedir.¹

Kanunla getirilen bir tanımı ve özel olarak kanunla düzenlenen bir sözleşme tipi olmamasına karşın, söz konusu sözleşme tipi; Türk Medeni Kanunu’nun tapu kütüğüne şerhe ilişkin bir düzenleme getirdiği 1009. maddesinde “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak ifade edilmektedir.²

Tapu Sicil Tüzüğü’nün 55. maddesinde ise, kişisel hakların şerhi için aranacak belgeler arasında, kat karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenmiş sözleşme ifadesi kullanılmıştır.

Sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak ifade edilmesi, yükleniciye inşaat karşılığında anlaşılan oranda “arsa payı” devredilmesinin taahhüt edilmesinden kaynaklanmaktadır.

¹ Aşağıda bkz: Birinci Bölüm, II, A, 1 numaralı başlık.

² TMK md. 1009: “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir.*”

Doktrinde de yazarların büyük çoğunluğu arsa payı karşılığı inşaat ifadesini tercih etmiştir.³ Özellikle uygulamacılar olmak üzere bir kısım yazar ise uygulamada daha çok kullanılan “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” ifadesini tercih etmektedirler.⁴ Bir kısım yazar ise eserlerinde her iki ifadeyi de yer yer kullanmaktadırlar.⁵

Yaygın kullanılan bu iki ifadenin dışında özellikle noterler tarafından düzenlenen sözleşmelerin başlığı olarak “Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Satış Vaadi Sözleşmesi”, “Gayrimenkul Satış Vaadi Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” ve “Taşınmaz Satış Vaadi ve İnşaat Sözleşmesi” ifadeleri de kullanılmaktadır.⁶ Ayrıca sözleşmeyi ifade etme bakımından doktrinde kullanılan “arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi”,⁷ “arsa payı karşılığında bağımsız bölüm yapma sözleşmesi”⁸ ve “arsa karşılığı bağımsız bölümlerden oluşan çok katlı binanın yapımı sözleşmesi” ifadelerinin de kullanılabilirdiğini belirtmek gerekir.⁹

³ Bkz: AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014, s. 591; ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010; KARTAL, Bilal, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi, YD, (I), 1983, s. 96 – 113; (II), s. 329 – 353; (III), s. 551 – 568; KIRMIZI, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014; YENER, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, 2011; ERMAN, Hasan, İnşaat (Arsa Payı Karşılığı) İnşaat Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2012; ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2013, (İnşaat) s. 7; ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 25 vd. ; COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010; YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş, İstanbul, 2014; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013;

⁴ SÜTÇÜ, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Ankara, 2014; OY, Osman / HAŞAL, Tahsin Emre, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2014; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2011.

⁵ AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2012, s. 40 vd. ; DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Ankara, 2014, s. 114 vd.

⁶ GÜMÜŞ, s. 114; SÜTÇÜ, c. 1, s. 27.

⁷ ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, s. 59; AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara, 2014, s. 39; KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, s. 5; ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, s. 18.

⁸ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2010, s. 29.

⁹ KAPLAN, s. 270

Netice olarak tüm bu ifadeler aynı anlama gelmekte olup; arsa sahibinin bir bölüm arsa payını devretmeyi, yüklenicinin ise söz konusu arsa payına karşılık olarak şartları sözleşme ve ekleri ile belirlenen bir inşaat yapmayı üstlendiği sözleşme türü anlamına gelmektedirler.

Yargıtay ise içtihatlarında hem “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”¹⁰, hem de “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”¹¹ terimini kullanmaktadır.

Bu çalışmada söz konusu sözleşme türü, uygulamada daha yaygın kullanılıyor olması da göz önüne alınarak “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” şeklinde ifade edilecektir.

B. Kavram

Evvelce belirtildiği üzere çalışmanın konusu olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yasayla düzenlenmiş herhangi bir tanımı mevcut değildir. Bu sebeple doktrinde farklı tanımlamalar mevcut olduğu gibi, Yargıtay’ın da farklı içtihatlarında birbirine eş olmayan tanımlamalara yer verdiği görülmektedir.

Misalen doktrinde yer alan bir tanıma göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı; arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında müteahhide devretmeyi taahhüt etmesi şeklindedir.¹²

Doktrinde söz konusu tanımın daha geniş yapılan bir çeşidi, arsa sahibinin, arsasının belirli paylarının mülkiyetini devri karşılığında yüklenicinin arsa üzerine

¹⁰ Örneğin; kat karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesinin kullanıldığı kararlardan bazıları: Y1HD, E. 2002/3679, K. 2002/5371, T. 29.4.2002, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014; YHGK, E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.4.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014; Y15HD, E. 2004/1107, K. 2004/2923, T. 26.5.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014; YHGK, E. 2012/6-198, K. 2012/702, T. 10.10.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014; Y14HD, E. 2008/6588, K. 2008/11713, T. 15.10.2008, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014; Y13HD, E. 2012/8687, K. 2012/11071, T. 24.4.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014;

¹¹ Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesinin kullanıldığı kararlardan bazıları: Y14HD, E. 2012/8365, K. 2012/9084, T. 2.7.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014; Y15HD, E. 2012/7767, K. 2013/1748, T. 14.3.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2014; YHGK, E. 2012/13-592, K. 2013/65, T. 16.1.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014; Y23HD, E. 2012/4892, K. 2012/6777, T. 19.11.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18.09.2014.

¹² ERMAN, İnşaat, s. 1; ŞAHİN, s. 102.

bir bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşa etmeyi ve bunlardan sözleşme gereğince arsa sahibine ait olan bağımsız bölümleri teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir, şeklindedir.¹³ Ancak söz konusu tanımda kullanılan bütünlük ifadesi yanlış anlaşılmalara mahal verebilecek niteliktedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile kurulan hukuki ilişkiyle yüklenicinin her zaman bütün bağımsız bölümleri bir bütünlük arz eder biçimde inşa etmesi gerekmeyebilmektedir. İki veya daha fazla ayrı parsel üzerine yapılacak inşaatın bir parseli üzerindeki bina yükleniciye, diğer parsel üzerindeki binanın ise arsa sahibine ait olacak olması da muhtemeldir. Diğer bir ihtimalde, yüklenicinin inşasını üstlendiği parselden tamamen bağımsız başka bir parsel üzerindeki bağımsız bölümlerin yükleniciye devredilmesi de kararlaştırılabilir. Dolayısıyla bu tanımdaki bütünlük ifadesi yanlış anlaşılmaya imkan verebilmekte olup, bağımsız bölümlerin bütünlük arz etmesi her zaman mümkün olmayabilecektir. Bu bağlamda tanımdaki bütünlük ifadesiyle, sözleşmeye konu olan tüm bağımsız bölümler arasındaki bütünlüğü kastetmek, her zaman doğru yorumlanamayabilecektir. Kast edilmesi gereken husus; yüklenicinin arsa üzerinde üstlendiği inşaata ilişkin olmak kaydıyla bağımsız bölümleri bir bütün olarak inşa etmesidir.¹⁴

Daha yalın bir tanım ise arsa sahibinin, arsasının belirli paylarının mülkiyetini müteahhide devrettiği, müteahhidin ise arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etmek borcu altına girdiği sözleşme, şeklindedir.¹⁵

Doktrinde yer alan daha farklı bir tanım ise sözleşmenin içeriğini daha da daraltarak sözleşmeyi; arsa karşılığı, bağımsız bölümlerden oluşan çok katlı bir bina yapım sözleşmesi ile arsa sahibinin yapılacak arsa üzerinde yapılacak binanın bir kısım bağımsız bölümlerini ve bunların arsa paylarını müteahhide devretmesi, buna karşılık yüklenicinin de arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan çok katlı bina yapmayı taahhüt etmesi şeklinde tanımlamıştır.¹⁶

¹³ COŞKUN, s. 25; GÜMÜŞ, s. 113; KARTAL, (I), s. 98; KAYA, s. 5; YAVUZ, s. 1066

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: SÜTÇÜ, c. 1, s. 28.

¹⁵ YENER, Temerrüt, s. 3.

¹⁶ KAPLAN, s. 270.

Ayrıca doktrinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımlanması esnasında eser sözleşmesinin TBK’nda yer alan tanımından yararlanıldığı da görülmektedir. 6098 s.lı kanunun 470. maddesinde eser sözleşmesi; yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir, şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷ Doktrinde söz konusu tanımdan yola çıkılarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi; iş sahibi tarafından ödenen bedelin, yaptırılan inşaatın belirli bir kısmının yükleniciye devri şeklinde olduğu sözleşmelerdir, şeklinde tanımlama yapılmıştır.¹⁸

Yargıtay ise kat karşılığı inşaat sözleşmesini; arsa sahibinin sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek ve yüklenici edimini yerine getirdiğinde edimi karşılığı yükleniciye bırakılacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin tapusunu devretmekle yükümlü olduğu, sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmekle yükümlü olduğu sözleşme olarak tanımlanmaktadır.¹⁹

Kanımızca kat karşılığı inşaat sözleşmesini şu şekilde tanımlamak mümkündür; kat karşılığı inşaat sözleşmesi, arsanın belirli paylarının mülkiyetini devralma karşılığında yüklenicinin sözleşmeyle yüklediği kısım dahilinde bir bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşa ederek, arsa sahibine kararlaştırılan bağımsız bölümleri teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir.

¹⁷ Eser sözleşmesinin söz konusu bu tanımı İsviçre doktrininde de aynıdır: BECKER, Herman, (Çev. DURA, Suat), Eser (İstisna) Sözleşmesi, YD, (I), 1983, s. 308

¹⁸ OY / HAŞAL, s. 25.

¹⁹ İlgili karar için bkz: YHGK, E. 2004/14-551, K. 2004/571, T. 3.11.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.10.2014; Farklı bir karardaki tanımlama ise şu şekildedir: YHGK, E. 2012/13-592, K. 2013/65, T. 16.01.2013, AYDEMİR, s. 625: “(...) arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir. (...)”

C. Sözleşmenin Unsurları

Doktrin ve içtihatındaki tanımlamalarda, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin üç temel unsuru bakımından farklı görüşler mevcuttur.²⁰

Kanımızca sözleşmenin unsurları; arsa, inşaat ve yüklenicinin eseri inşa ve teslim borcunun karşılığı olarak arsa sahibinin belirlenen arsa paylarının ve özgülendikleri bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmesi konusunda taraflar arasında anlaşma bulunmasıdır.

1. Arsa

Taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisi kurulabilmesi bakımından evvela bir arsanın mevcudiyeti gerekmektedir.

Arsa kavramının kanuni tanımı TBK, TMK veya KMK’nda mevcut olmayıp, yasal bir tanım olarak Emlak Vergisi Kanunu’ndaki tanımdan faydalanılmaktadır. Söz konusu tanım kanununun 12. maddesinde şu şekilde yapılmıştır:

“Belediye sınırları içinde belediyece parsellenmiş arazi arsa sayılır.

Belediye sınırları içinde veya dışında bulunan parsellenmemiş araziden hangilerinin bu kanuna göre arsa sayılacağı Bakanlar Kurulu Kararı ile belli edilir.”

İlgili tanım uyarınca arsa kavramının anlaşılabilmesi için arazi kavramının tanımına ulaşmak gerekmektedir. Arazi kavramı, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun 3. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: *“Arazi:*

²⁰ ERMAN, İnşaat, s. 2 vd. : Yazar, sözleşmenin unsurlarını; arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini devir borcu altına girmesi, yüklenicinin bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesi ve taraflar arasında anlaşma hususları olarak belirtmektedir; Aynı yönde: AYAN, Serkan, s. 31; YAVUZ, s. 1067 vd. : Yazar da unsurları benzer şekilde nitelendirmiş, ancak yüklenicinin bağımsız bölümleri teslim borcu altına girmesini değil, yüklenicinin inşaat yapma borcu altına girmesini sözleşmenin bir unsuru olarak belirtmiştir.; Eser sözleşmesinin unsurları ise doktrinde eser meydana getirme taahhüdü, ücret ödeme taahhüdü ve tarafların anlaşması olarak sayılmıştır: DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007, s. 6 vd.;

Toprak, iklim, topografya, ana materyal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçasını(...) ifade eder.”²¹

O halde doğanın etkisi altında olan yeryüzü parçalarının arazi olduğu ve söz konusu bu yeryüzü parçalarından belediye sınırı içindekilerin parsellenmiş olanları arsa olarak kabul edilecektir.²² Belediye sınırlarına dahil olsun veya olmasın parsellenmemiş araziler bakımındansa, Bakanlar Kurulu'nun kararnameleleri doğrultusunda çeşitli şartların mevcut olması halinde arazilerin arsa sıfatı kazanacağı görülmektedir.²³

Yapılan açıklamalar neticesinde kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olacak kara parçasının arsa niteliğinde olması gerektiği, arsa sınıflamasının dışında kalan kara parçalarını konu alan kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinin kurulamayacağı yönünde bir sonuca varmak mümkün gibi gözükse de, imar mevzuatı uyarınca inşaata elverişli olan her türlü kara parçası üzerinde sözleşmenin kurulabileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim, 3119 sayılı İmar Kanunu'nun 20. maddesi inşaata konu olabilecek kara parçalarını arsa ile sınırlandırmamış ve ruhsat şartlarını taşıyan arazi ve arsalarda yapı yapılabileceğini düzenlemiştir. O halde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin vazgeçilmez bir parçası olarak belirttiğimiz arsa unsurunu, hukuken inşaata elverişli alan olarak algılamak gerekmektedir. İmar mevzuatı uyarınca uygun olan ve sözleşmenin amacına hukuken ve fiilen uygun elverişli olan bir arzın ortaya

²¹ Bir diğer tanım ise şu şekildedir: KARTAL, (I), s. 99: “*Arsayı, köy ve kasaba içinde olup üzerinde bina, ağaç olmayan toprak parçası olarak tanımlayabiliriz.*”

²² KARTAL, (I), s. 99;

²³ Nitekim Yargıtay'ın da bir kararındaki ifadesi şu şekildedir: Y20HD, E. 2013/4253, K. 2013/8046, T. 17.09.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.10.2014: “(...) 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 17.07.1972 tarihli ve 1610 sayılı Kanun ile değişik 12. maddesinin yedinci fıkrasına göre Bakanlar Kurulunun 28.02.1983 gün ve 1983/6122 sayılı ve 11.03.1983 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren kararına göre arsa sayılacak parsellenmemiş plansız alanda kalan araziler hakkında değişik kriterler getirilmiştir. Bu kriterlerin birlikte ve birarada olması gerekir. İmar planında yer almayan bir taşınmazın arsa sayılabilmesi için, belediye veya mücavir alan sınırları içinde olmakla beraber, belediye hizmetlerinden (belediyece meskûn olduğu için veya meskûn hale getirileceği için sunulan yol, su, elektrik, ulaşım, çöp toplama, kanalizasyon, aydınlatma vd.) yararlanması ve meskûn yerler arasında bulunması gerekir. (...)”

konması, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinin kurulabilmesi bakımından yeterli kabul edilmelidir.²⁴

2. İnşaat Yapma Edimini Taahhüt

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, niteliği itibarıyla taşınmaz satışı ve eser sözleşmesine ilişkin edimlerin bir araya geldiği bir karma sözleşme olarak nitelendirilse de²⁵, özellikle Yargıtay tarafından eser sözleşmesinin bir türü olarak da nitelendirilmektedir.²⁶

Eser sözleşmesinin asli unsurlarından biri, eser meydana getirmek unsurudur. Eser sözleşmesinin unsuru olan ve yüklenicinin üstlendiği edimi ortaya koyan eser meydana getirme, kat karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından da inşaat yapma unsuru olarak cereyan etmektedir.²⁷

Eser sözleşmesinin eser meydana getirme unsuru, sadece bina inşa etmeyle sınırlı olmayıp bir çalışmanın sonucu olarak ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmeye müsait her türlü sonucun ortaya konması, eser meydana getirmek anlamındadır.²⁸

²⁴ KARTAL, (I), s. 99; YAVUZ, s. 1068, 12 numaralı d.n., KAPLAN, s. 270.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Birinci Bölüm, II, A, 1 numaralı başlık.

²⁶ Y23HD, E. 2012/2501, K. 2012/4840, T. 11.7.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.10.2014: "Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshiyle kira kaybı ve eksik imalat bedelinin tahsil istemine ilişkindir. B.K.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" uygulamadaki adıyla Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, (...)"

²⁷ AKBIYIKLI, Rıfat, İnşaat Sözleşmeleri Esasları ve Uygulamaları, İstanbul, 2009, s. 6-7; ARAL / AYRANCI, s. 339; AYAN, Serkan, s. 24-25; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 747; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 33; EREN, Özel, s. 584; GÜLEÇ, Şafak, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara, 2009, s. 23-24; GÜMÜŞ, s. 4; KAPLAN, s. 52; KAYA, s. 7; KOSTAKOĞLU, s. 17-20; KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 27; OLGAÇ, Senai, s. 3; ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 3; ÖZ, İnşaat, s. 3; TANDOĞAN, s. 3; YAVUZ, s. 1068; YENER, Temerrüt, s. 3; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 476

²⁸ AKBIYIKLI, s. 7; ARAL / AYRANCI, s. 335-339; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 747;-749; BECKER, (I), s. 310; BÜYÜKAY, s. 33; DİRİCAN, s. 7; EREN, Özel, s. 587-588; OLGAÇ, Senai, İstisna Akdi, Ankara, 1977, s. 2; ŞAHİN, s. 37; TORUN, Enis, İstisna Akdinde (Eser Sözleşmesinde) Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları, YD, (I), 1982, s. 413; Maddi olmayan bir çalışma sonucunun eser sayılabilmesi için objektif olarak taahhüt edilebilir ve belirlenebilir olması koşulları doktrinde savunulmuştur.: KURT, s. 33; Aynı yönde: ÖZ, Dönme, s.7-8; Karş.: GÜMÜŞ, s. 4-6: Yazar, maddi olmayan iş görme borçlarına ilişkin sözleşmelerin eser sözleşmesi olmayıp, kendisine özgü yapıda birer sözleşme olduklarını savunmaktadır; Karş.: TANDOĞAN, s. 19: Yazar, maddi

Bu bakımdan eser sözleşmesinin konusunu yüklenicinin iş görmesi ile ortaya çıkan ve yüklenicinin ortaya çıkan sonucu iş sahibine teslimle yükümlü olduğu maddi ve maddi olmayan her türlü varlığın oluşturduğu söylenebilmektedir.²⁹

O halde, bir dış protezinin yapılması, bilgisayar programı yazılması, proje çizimi gibi konular eser sözleşmesinin konusu oluşturabilmektedir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinde meydana getirilecek olan şey, eser sözleşmesindeki gibi geniş kapsamlı olmayıp, bina inşa edilmesi ile sınırlıdır. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin unsuru, eser meydana getirmek değil, daha dar bir anlam ihtiva etmek üzere inşaat olarak kabul edilmelidir.³⁰

3. Taraflar Arasında Karşılıklı Anlaşma

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, niteliği gereği “synallagmatique”, yani tam iki tarafa borç yükleyen, iki tarafı birden borç altına sokan bir sözleşmedir.³¹

olarak tecessüm etmeyen şeylere ilişkin sözleşmelere eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin değil, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.; YAKUPPUR, Sendi, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, 2009, s.11; YAVUZ, s. 986; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 474 vd.

²⁹ Eser sözleşmesinin konusunun hem maddi hem de manevi sonuçlara ilişkin olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi, sadece maddi sonuçların ortaya konulabilmesiyle sınırlı olduğunu savunanlarda mevcuttur. Ancak söz konusu tartışmanın konumuz açısından önemi olmayıp, inşaatı konu alan sözleşmelerin maddi sonuç ihtiva ettiğinin şüphe içermemesi sebebiyle söz konusu tartışmalara değinmenin faydası görülmemektedir. Eser kavramının maddi ve manevi sonuçları içerip içermediği bakımından ortaya konulan görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz: ARAL / AYRANCI, s. 334-338; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 747, 749; BECKER, (I), s. 310-311; BÜYÜKAY, s. 32-35; EREN, Özel, s. 584-589; GÜMÜŞ, s.4-6; KURT, s. 27-35; ŞAHİN, s. 30-41; TANDOĞAN, s. 2-21; ÖZ, Dönme, s.7-8; YAKUPPUR, s. 6-11; YAVUZ, s. 986-991; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 474-478; Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü de aynı yöndedir: YHGK, E. 2009/15-459, K. 2009/541, T. 18.11.2009, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 11.10.2014: “(...) Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi hükmü uyarınca, eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki; onunla yüklenici, iş-eser sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Gerek, hukuk öğretisinde ve gerekse uygulamada eserin kapsamı genişletilerek; insan emeğinin ürünü olmak ve maddi bir varlıkta kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin bile eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Burada önemli olan, yüklenici sanatçının, eser sözleşmesi konusu olan şeyin “sonuç sorumluluğunu” yani sonucun ortaya çıkmasını üstlenmiş ve sanat gücünü kullanarak, bağımlı olmadan yaptığı işlerin bağımlı işlere oranla üstün olmasıdır. Yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebileceği her şey, ister maddi varlığı bulunsun, ister bulunmasın “eser” olarak kabul edilmelidir. (...)”

³⁰ AKBIYIKLI, s. 6-7; ARAL / AYRANCI, s. 339; AYAN, Serkan, s. 24-25; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 747; BECKER, (I), s. 311; BÜYÜKAY, s. 33; EREN, Özel, s. 584; GÜLEÇ, s. 23-24; GÜMÜŞ, s. 4; KAPLAN, s. 52-53; KAYA, s. 7; KOSTAKOĞLU, s. 17-20; KURT, s. 27; OLGAC, Senai, s. 3; ÖZ, Dönme, s. 3; ÖZ, İnşaat, s. 3; TANDOĞAN, s. 3; YAVUZ, s. 1068; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 476;

³¹ ARAL / AYRANCI, s. 333; AYAN, Serkan, s. 39; BÜYÜKAY, s. 42; DİRİCAN, s. 5; EREN, Özel, s. 580-581; ERMAN, İnşaat, s. 4; GÜMÜŞ, s. 2; KURT, s. 45; ŞAHİN, s. 27; YAŞAR, s. 291;

Sözleşmenin kurulabilmesi bakımından taraf iradelerinin sözleşmenin konusuna uygun düşer nitelikte olması gerekmektedir.

Zira TBK'nun tüm sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin getirdiği genel hükümler, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da muteberdir.

Karma bir sözleşme olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin edimlerinden biri yasayla düzenlenen eser sözleşmesinden alınırken, sözleşmenin asli edimlerinden diğeri taşınmaz satış sözleşmesinden alınmaktadır. Söz konusu iki sözleşmenin de bir unsuru olan taraflar arasında karşılıklı anlaşma durumu, rızai bir sözleşme olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de işin doğası gereği bir unsurudur.³²

Kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle taraflardan arsa sahibinin üstlendiği edim; sözleşme ile belirlenen arsa paylarının mülkiyetini, sözleşmenin karşı tarafı olan yükleniciye devretme borcu altına girmesidir.

Söz konusu borç, aslında yüklenicinin üstlendiği edimin bir karşılığı, ivaz anlamındadır. Arsa sahibi, burada yüklenicinin üstlendiği eser yapma borcunun karşılığı olarak para mahiyetinde bir bedel ödemek yerine eser sözleşmesinden farklı olarak arsa paylarını karşılık olarak vermektedir.³³

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde; sözleşme konusu olan inşaatın tamamlanmasının ardından arsa sahibinin ve yüklenicinin sahip olacağı bağımsız bölümler, sözleşmenin kurulması aşamasında belirlenmektedir. Bu durum, bazı

YENER, Temerrüt, s. 4; YAKUPPUR, s. 4; YAVUZ, s. 1074; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 489; Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kavramı ve bu sözleşmelerin yapısal özellikleri için bkz: HAVUTÇU, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1994, s. 3-29; YILMAZ, Ejder, 2006, Hukuk Sözlüğü, Ankara.

³² Sözleşmenin rızai niteliği için bkz: Birinci Bölüm, II, A, 3 numaralı başlık.

³³ AYAN, Serkan, s. 30-31; BECKER, (I), s. 313; BÜYÜKAY, s. 37; ERMAN, İnşaat, s. 2; GÜMÜŞ, s. 113; KAPLAN, s. 272; KARTAL, (I), s. 99; KIRMIZI, s. 626; ÖZ, Dönme, s. 2; ÖZ, İnşaat, s. 73; ŞAHİN, s. 102; TANDOĞAN, s. 28; TORUN, (I), s. 414; YAKUPPUR, s. 5; YAVUZ, s. 1067-1068; YENER, Temerrüt, s. 3; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 482; Arsa sahibinin bu borcunun, yüklenicinin üstlendiği asli edimin bir karşılığını teşkil etmesine ilişkin bir Yargıtay kararındaki ifade şu şekildedir: Y23HD, E. 2012/2501, K. 2012/4840, T. 11.07.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.10.2014: "(...) Görüldüğü gibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibi belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girmektedir. Burada, arsa paylarının mülkiyetinin devri, yüklenici tarafından inşa edilecek binadaki belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini teşkil etmektedir. (...)"

hallerde sözleşmeye götürü bedelli sözleşmelere uygulanan hükümlerin uygulanabilmesine imkan tanımaktadır.³⁴

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin götürü bedelli bir niteliğe sahip olmasının önem arz etmesinin sebebi, sözleşmeye Türk Borçlar Kanunu'nun götürü bedelli sözleşmelerle ilgili öngördüğü hükümlerin uygulanacak olmasıdır.

Türk Borçlar Kanunu'na göre götürü bedelli bir sözleşmede; sözleşmeyle üstlenilen işin sonradan sözleşmede öngörülenden fazla emek ve masraf gerektirmesi halinde dahi yüklenicinin belirlenen bedelin artırılmasını isteyememesi kuraldır. Aynı şekilde işin sonradan sözleşmede öngörülenden daha az emek ve masraf ile bitirilebilmesi halindeyse arsa sahibinin belirlenen bedelin azaltılmasını isteyememesi kuraldır.³⁵ Ancak kanunun 480. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre; başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlarda, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse; yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ayrıca dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirme hakkına da sahip olması bizzat kanun ile tanınmış bir haktır.³⁶

³⁴ Örneğin; yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibinin müspet zararının giderilmesini istediğinde, tazminat miktarının fark teorisine göre hesaplanması hali için bkz: AYAN, Serkan, s. 31; Sözleşmeyi götürü bedelli bir mahiyette nitelendiren yazarlar için ayrıca bkz: AKBİYİKLİ, s. 7; AYAN, Serkan, s. 31, d.n. 50; GÜMÜŞ, s. 118; SÜTÇÜ, c. 1, s. 37; KIRMIZI, s. 666; GÜMÜŞ, s. 118; ÖZ, İnşaat, s. 73-74; TANDOĞAN, s. 235; YAVUZ, s. 1088-1089; Ayrıca bkz: ARAL / AYRANCI, s. 387 vd.; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 766 vd.; BECKER, (III), s. 109; BÜYÜKAY, s. 164 vd.; DİRİCAN, s. 13; EREN, Özel, s. 651 vd.; KAPLAN, s. 170 vd.; OLGAÇ, Senai, s. 81 vd.; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 548 vd.

³⁵ AKBİYİKLİ, s. 7; ARAL / AYRANCI, s. 387; AYAN, Serkan, s. 32; AYDOĞDU / KAHVECİ; 766; BECKER, (III), s. 109; BÜYÜKAY, s. 167-168; DİRİCAN, s. 13; EREN, Özel, s. 651-652; GÜMÜŞ, s. 79; KAPLAN, s. 170; OLGAÇ, Senai, s. 81 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 56 vd.; TANDOĞAN, s. 234 vd.; TORUN, (I), s. 418 ve (II), s. 578 vd.; YAVUZ, s. 1043-1044; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 548 vd.

³⁶ Bkz: TBK md. 480; Ayrıca bkz: ARAL / AYRANCI, s. 389 vd.; AYAN, Serkan, s. 31, d.n. 47; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 766-768; BECKER, (III), s. 110 vd.; BÜYÜKAY, s. 170 vd.; EREN, Özel, s. 654 vd.; GÜMÜŞ, s. 84 vd.; KAPLAN, s. 171-172; OLGAÇ, Senai, s. 86 vd.; ÖZ, Dönme, s. 69; ÖZ, İnşaat, s. 64 vd.; TANDOĞAN, s. 239 vd.; TORUN, (I), s. 419 vd.; YAVUZ, s. 1088.; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 555 vd.;

Sözleşmenin götürü bedele ilişkin mahiyetine yönelik yapılan bu açıklamalar Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarında da şu şekilde görülebilmektedir: Y15HD, E. 2003/4424, K. 2003/4772, T. 15.10.2003,

Arsa sahibinin söz konusu bu asli edimini yerine getireceği zaman tarafların üzerinde anlaştıkları kat karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşidine göre değişen niteliktedir.³⁷

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların üzerinde anlaşacakları diğer asli edim ise yüklenici tarafın üstlendiği edimdir. Söz konusu edim, sözleşmeyle öngörülen bağımsız bölümlerin inşa edilerek arsa sahibine yüklenici tarafından teslim edilmesidir.³⁸ Sözleşmenin unsurlarından biri olan ve yüklenicinin asli edimi olan bu borç; karma bir sözleşme olan kat karşılığı inşaat sözleşmesine Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser sözleşmesinden dahil edilen bir edimdir.³⁹

Tarafların sözleşme ile belirledikleri amaçlarına ulaşabilmesi için binanın tamamlanarak kat mülkiyetine çevrilmesi gerekmektedir. Nitekim tarafların kendilerine ait olacak olan bağımsız bölümlere malik olması, ancak kat mülkiyetinin

www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.09.2014: “(...)Yanlar arasında yapılan ve İ 25.Noterliğince doğrudan düzenlenen 24.8.1992 tarihli ve 39257 yevmiye numaralı "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin" kapsamının doğruluğunda uyumsuzluk yoktur. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, Borçlar Yasasının 355.maddesinde tanımlanan ve karşılıklı haklar ve borçlar içeren iki taraflı sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinin bir türüdür. Bu sözleşmelerde, yüklenicinin yapacağı işin yani inşaatın bedeli, arsa üzerinden, arsa sahibince verilecek pay ile aynı olarak ödenmektedir. İnşaat bedelinin yükleniciye arsa payı olarak ödenmesinin sözleşmede kararlaştırılması halinde ise iş bedeli, "götürü" olur. İşin yapımı, götürü (kesin) bedelle yüklenildiği durumlarda; Borçlar Yasasının 365/2.maddesinde belirtilen yasal nedenlerle bedelin artırılmasını gerektiren koşulların olduğu yüklenici tarafından yasal delillerle kanıtlanmadıkça, yüklenici eseri götürü bedelle yapmak zorundadır ve eser yani bu kapsamda inşaat daha çok çalışmayı ve gideri gerektirmiş olsa bile, yüklenici iş bedelinin artırılmasını isteyemez. (...)"

³⁷ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bu çalışmada bkz: Birinci Bölüm, II, B başlığı.

³⁸ Yüklenicinin inşaatı tamamlamasına rağmen, arsa sahibine teslimi gerçekleştirmemesi halinde edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine ilişkin bkz: ARAL / AYRANCI, s. 367; AYAN, Serkan, s. 25.; BÜYÜKAY, s. 74; DİRİCAN, s. 9; EREN, Özel, s. 615: Yazar sözleşmeyi eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi olarak ikiye ayırmıştır: “Eser teslim sözleşmesinde yüklenici meydana getirdiği eseri, iş sahibine teslim etmek zorundadır. Dolayısıyla, yüklenici eser meydana getirmekle borcunu ifa etmiş olmaz; onun borcunu ifa etmesi ayrıca bu eseri iş sahibine teslim etmesine bağlıdır.”; ERMAN, İnşaat, s. 3-4; GÜLEÇ, s. 38; GÜMÜŞ, s. 28; KURT, s. 67; ÖZ, İnşaat, s. 144 vd.; ŞAHİN, s. 43; ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014, s. 6; YAKUPPUR, s. 63; YAVUZ, s. 1020-1021; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 496; Ayrıca bkz: AKBIYIKLI, s. 7; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 753-754; DİRİCAN, s. 5; KAPLAN, s. 272; TANDOĞAN, s. 124 vd.; YAKUPPUR, s. 5;

³⁹ Yargıtay'ın eser sözleşmesinden kaynaklanan bir uyumsuzluğa ilişkin verdiği kararında, söz konusu bu borç şu şekilde ifade edilmiştir: YHGK, E. 2012/13-592, K. 2013/65, T. 16.01.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.09.2014: “(...)Genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenici, belli bir sonucu meydana çıkararak onu iş sahibine teslim etmeyi taahhüt eder. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin “eseri meydana getirme borcu” dayanağını, 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 355.maddesinden alır. Bir iş görerek eseri meydana getirmek ve meydana getirilen eseri iş sahibine teslim etmek yüklenicinin ana borcudur.(...)”

sağlanmasıyla mümkün olabilmektedir. Bu bakımdan yüklenicinin sadece arsa sahibine ait olacak olan bölümleri tamamlaması, sözleşmenin amacına aykırı düşecektir. Sözleşme ile amaçlanan husus kat mülkiyetinin kurulmasıyla bağımsız bölümlerin nihayetinde paylaşılması olduğuna göre,⁴⁰ ana taşınmazın bütün olarak tamamlanmış olması ve arsa sahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir.⁴¹ Nitekim ancak bu şekilde kat mülkiyetinin kurulması mümkün olacaktır.⁴²

Ana taşınmazın kat mülkiyetine dönüştürülmesinde engel teşkil etmeyen eksiklikler ise edimin yerine getirilmediği sonucunu doğurmayacaktır. Ancak ana taşınmazda yer alan eksikliklerin kat mülkiyetine geçilmesine engel teşkil etmesi halinde yüklenicinin edimini yerine getirmediğinden söz edilebilecektir.⁴³

Yüklenicinin üstlendiği bu edimi kendisinin finanse etmesi esastır. Nitekim, yüklenici eser yapma işine karşılık olarak arsa sahibinden karşılık olarak arsa payları ve bağımsız bölümler üzerinde mülkiyet hakkı iktisap edecektir, dolayısıyla karşılığını edineceği eser yapma işinin finansmanını kendisi sağlamak durumundadır.

II. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ, ÇEŞİTLERİ VE ŞEKLİ

A. Hukuki Niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, bir uyuşmazlık halinde sözleşmeye uygulanması gereken hükümlerin tespit edilebilmesi açısından önemlidir.

⁴⁰ KARTAL, (I), s. 101: “Ayrıca sözleşme ile istenen amaç (...) bütünlük taşıyan anayapının ortaya çıkarılmasıdır.”

⁴¹ ARAL / AYRANCI, s. 367; AYAN, Serkan, s. 65 vd.; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 759; BÜYÜKAY, s. 73 vd.; DİRİCAN, s. 10; EREN, Özel, s. 615; ERMAN, İnşaat, s. 3; GÜMÜŞ, s. 28; KAPLAN, s. 54 ve s. 75.; KURT, s. 70; ÖZ, İnşaat, s. 145-146; ŞAHİN, s. 47; ŞAHİNİZ, Eksik İş ve Ayıplı İfa, s. 7; TANDOĞAN, s. 125; YAKUPPUR, s. 64; YENER, Temerrüt, s. 23-24; YAVUZ, s. 1020-1021; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 502.

⁴² ERMAN, İnşaat, s. 3; KMK md.10/II: “Anagayrimenkulün tümünün mülkiyeti (Kat mülkiyeti) ne çevrilmeden o gayrimenkulün yalnız bir veya birkaç bölümü üzerinde kat mülkiyeti kurulamaz.”

⁴³ ERMAN, İnşaat, s.3; ÖZ, İnşaat, s. 146; YAVUZ, s. 1021: “Tamamlanmış eser meydana getirilmiş ve sözleşme ile hedeflenen tarzda işsahibinin kullanabileceği eserdir.” Ayrıca bkz: GÜMÜŞ, s. 30;

Türk Hukuku'nda, Türk Borçlar Kanunu veya diğer tüm mevzuat dahilinde düzenlenmemiş bir sözleşme olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi, kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olması sebebiyle atipik nitelikte bir sözleşmedir.

Sözleşme; hukuki niteliği bakımından karma, tam iki taraflı, ivazlı, rızai, sürekli-ani karmaşığı olan, götürü bedelli ve tapu kütüğüne şerh edilebilir nitelikte bir sözleşmedir.

1. Çifte Tipli Karma Nitelikte Bir Sözleşme Olması

Türk Borçlar Hukuku'nda; hem 818. sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında, irade özerkliğinin sözleşmeler hukuku bakımından yansımaları olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, diğer bir deyişle sözleşme serbestisi benimsenmiştir. Nitekim yürürlükte olan TBK'nun 26. maddesi uyarınca sözleşme taraflarının bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleme hakları mevcuttur.

Hukukumuzda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 207 ile 645. maddeleri arasında ve diğer kanunlarla tipik sözleşmeler düzenlenmiştir. Şüphesiz, tarafların söz konusu sözleşme tiplerinden dilediğini seçme ve bu şekilde sözleşme yapma hakları vardır. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi sadece bununla sınırlı bir ilke değildir. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçebilme özgürlüğü, sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini dilediği gibi belirleme, değiştirebilme ve ortadan kaldırabilme özgürlüğü ve en nihayetinde tarafların kanunla düzenlenmemiş olan yeni bir sözleşme türünü yaratmaları da sözleşme serbestisinin sağladığı özgürlüklerdendir.⁴⁴

Bu bakımdan sözleşme serbestisi ilkesi, kanunla hiç düzenlemeyen bir sözleşme türü yaratılmasını kapsadığı gibi, kanun ile düzenlenmiş olan tip sözleşmelere ait çeşitli unsurların kanun ile öngörülmemiş bir biçimde bir araya

⁴⁴ ATEŞ, Derya, Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBB Dergisi, Sa. 72, 2007, s. 76 vd.; ARAL / AYRANCI, s. 55; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 14 vd.; ERİN, Özel, s. 49 vd.; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul, 1980, s. 14-15; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Ankara, 2011, s. 77; OKTAY, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHF, C. LV, 1996, s. 267 vd.; YAVUZ, s. 14 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 7 vd.

getirilmesini de kapsamaktadır. Nitekim bu şekilde oluşan atipik sözleşmelere karma sözleşme denilmektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi de niteliği gereği bir karma sözleşmedir. Zira söz konusu bu sözleşme, hem taşınmaz satış sözleşmesi hem de eser sözleşmesine ilişkin unsurların bir araya getirilmesi yoluyla oluşturulmuştur. Arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye geçirme ve inşa edilen bağımsız bölümleri ara sahibine teslim etme edimleri karşılıklı olarak kabul edilmektedir. Bu durum taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin asli edimin ve eser sözleşmesine ilişkin asli edimin alınarak, birbirilerinin karşılığını teşkil etmek suretiyle, kanunda öngörülemeyen biçimde bir araya getirilmesi suretiyle karma sözleşme oluşturmak, yani çifte tipli karma sözleşme ihtiva edilmesi anlamındadır.⁴⁵

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile amaçlanan husus tek başına taşınmaz satışı veya bağımsız olarak bir eser yapımı değildir. Değindiği üzere, arsa sahibi binanın inşası ile bağımsız bölümlerin tamamlanmasından sonra arsa paylarının satışını amaçlamakta, yüklenici de bu arsa payları karşılığında bir inşaat yapmayı amaçlamaktadır. Burada taşınmaz satışı ve eser sözleşmelerinin bağımsızlıklarını koruduğu ve birleşik sözleşme ihtiva edildiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü kanunla düzenlenen iki tipik sözleşmeye özgün hükümlerin kat karşılığı inşaat sözleşmesine ayrı ayrı uygulanması mümkün değildir. Zira kat karşılığı inşaat sözleşmesinin oluşumunda eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesi

⁴⁵ ARAL / AYRANCI, s. 59; AYAN, Serkan, s. 31 ve s. 39, d.n. 86; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 39; BÜYÜKAY, s. 37; COŞKUN, s. 26; DİRİCAN, s. 5, 4 numaralı d.n.; DUMAN, s. 121; EREN, Özel, s. 25; ERMAN, İnşaat, s. 4; FEYZİOĞLU, s. 58, d.n. 78; GÜMÜŞ, s. 113; HELVACI, İlhan, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2010, s. 231; KAPLAN, s. 271; KURT, s. 37; KIRMIZI, s. 627; OKTAY, s. 274; OLGAC, Samet Can, Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Kişilerin Hukuki Durumu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 86, Ekim 2013, s. 83; ÖZ, Dönme, s. 2; SARI, Suat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, Sa. 2, s. 273-300, İstanbul, 2006, s. 276; TANDOĞAN, s. 28; YAKUPPUR, s.5, 8 numaralı d.n; YAVUZ, s. 1071-1072; YENER, Temerrüt, s.4-5; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 18-19;

Nitekim Yargıtay da kararlarında bu sözleşmelere ilişkin olarak çift tipli veya iki tipli karma sözleşme deyimini kullanmaktadır. Örneğin Yargıtay'ın bir kararındaki ifadesi şu şekildedir: YHGK, E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 9.6.1982, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2014. “(...)Görülüyor ki, davalının edimi (borcu) eser sözleşmesinin (İstisna Akdinin); Davacının karşı edimi ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat (apartman) yapımı) diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır.(...)”

bağımsızlıklarını kaybetmekte, ayrı birer sözleşme olarak varlıklarını devam ettirememektedirler.⁴⁶

Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanması gerektiğine yönelik birden fazla teori mevcuttur. Söz konusu teorilerden ilki; karma sözleşmeye özel hükümlerin kıyas yoluyla uygulanamayacağı, uygulanması gereken hükümlerin genel hükümler olduğu şeklindedir. Bir diğer teori, önemli olan unsurun ait olduğu tip sözleşmeye ilişkin hükümlerin karma sözleşmeye uygulanmasıdır. Söz konusu bu teori, doktrinde “soğurma teorisi” olarak ifade edilir. Birleştirme teorisi olarak anılan teori ise, karma sözleşme kapsamındaki her edime, ait olduğu sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması şeklindedir.⁴⁷ Doktrinde baskın olarak kabul edilen ve günümüzde itibar edilen teori ise; bir diğer adı yaratma teorisi olan kıyas teorisidir.⁴⁸

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bağlamında kıyas teorisi; taşınmaz satışı ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması, bu hükümler arasında çatışma olması halinde sözleşmenin amacı ve taraf menfaatlerinin dengesi uyarınca hakkaniyete uygun karar verme ve bu bakımdan gerektiği takdirde sırasıyla Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri ile örf ve adet hukukuna göre hüküm kurulması ve yine sonuç alınamaz ise Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca hukuk yaratılması şeklinde vücut bulmaktadır.⁴⁹

Ancak Yargıtay, kararlarında sözleşmenin niteliğinin çift tipli karma sözleşme olması sebebiyle ilke olarak birleştirme teorisine itibar edilerek hüküm kurulması gerektiği belirtilmektedir. Ancak hükümler arasında çatışma olması halinde hakkaniyete uygun karar verilmesi gerektiği de Yargıtay’ca belirtilmektedir.

⁴⁶ ERMAN, İnşaat, s. 5-6; YAVUZ, s. 1071; YENER, Temerrüt, s. 5.

⁴⁷ ARAL / AYRANCI, s. 63; AYAN, Serkan, s. 40; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 40; EREN, Özel, s. 29 vd.; FEYZİOĞLU, s. 61; HELVACI, s. 232; KAPLAN, s. 271, yazar birleştirme teorisi uyarınca ihtilafın bağlantılı olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerin kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanması gerektiğini savunmaktadır; OKTAY, s. 275 vd.; YAVUZ, s. 28 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 20;

⁴⁸ AYAN, Serkan, s. 40-41; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. COŞKUN, s. 26; 42-751; EREN, Özel, s. 33; ERMAN, İnşaat, s. 7; FEYZİOĞLU, s. 62; GÜMÜŞ, s. 117; HELVACI, s. 232; YENER, Temerrüt, s. 5; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 20;

⁴⁹ ARAL / AYRANCI, s. 64; AYAN, Serkan, s. 40-41; ERMAN, İnşaat, s. 8; ERMAN, Hasan, Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İÜHFİM, C. L, Sa. 1-4, 1984, s. 511; FEYZİOĞLU, s. 62; HELVACI, s. 233; YENER, Temerrüt, s. 6

Bu durumda Yargıtay'ın lafzi olarak birleştirme teorisine itibar etmesine karşın esas itibariyle kıyas teorisine yaklaşan bir bakış açısına sahip olduğu da söylenebilmektedir.⁵⁰

Netice itibariyle atipik bir sözleşme olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin çifte tipli karma bir sözleşme olduğu, Yargıtay kararlarında da bu şekilde anıldığı, uygulanacak hükümlerin tespitinde kıyas teorisinin benimsenmesi gerektiği söylenebilmektedir.

2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme taraflarının her ikisinin de karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı konumuna girmeleri sebebiyle tam iki taraflı bir sözleşmedir. Tarafların üstlendiği edimler birbirinin nedenini ve sebebini oluşturmaktadır. Yüklenicinin üstlendiği inşaat yapma borcuna karşılık olarak arsa sahibinin de arsa paylarını devretme borcu bulunmakta, iki ediminde üstlenilme sebebi diğerinin mevcut olmasıdır. Dolayısıyla burada karşılıklı bir borç ve alacak ilişkisi doğmakta ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme meydana gelmektedir.⁵¹

⁵⁰ Bu duruma ilişkin Yargıtay'ın bakış açısı şu kararıyla görülebilmektedir: Y15HD, E. 1974/26, K. 1974/111, T. 12.2.1974, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.11.2014 “(...)Belirtelim ki, yurdumuzda giderek kentleşme sorunu, arsa payı karşılığında kat yapımı örneklerinin uygulamada görülmesi sonucunu doğurmuştur. Dava konusu olayda da, arsa maliki davalı ile davacı ve ortağı arasında yapılan sözleşme uyarınca 570/750 pay karşılığı 3 dairenin yapımı ve teslimi borcu yüklenilmiştir. Sözleşmeye göre, davalı, 570/750 pay mülkiyetini başka bir karşılığa gerek olmadan davacı ve ortağına geçirecek, onlarda da taşınmazda apartman meydana getirerek öngörülen 3 daireyi davalıya vereceklerdir. Görülüyor ki, arsa payı karşılığında kat yapımında, inşaatçının yüklediği kendi gereçleriyle yapı yapma ediminin karşılığını arsa maliki, arsasının bir bölümünün mülkiyetini geçirerek ödemektedir. İnşaatçının yüklediği yapı yapma ediminde, ağır basan yön, gereçlerin tesliminden çok anlaşmaya uygun belli bir eserin yaratılması (katların yapılması)dır. Bu nedenle, bu edim, eser (istisna) sözleşmesinin belirleyici özelliklerini ve buna karşılık, arsa malikinin karşı edimi, taşınmaz satımı sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Böyle olunca, arsa payı karşılığında kat yapımını çift tipli bir karma sözleşme diye nitelemek gerekir. İlke olarak, çift tipli karma sözleşmeye, herbir edimin alındığı sözleşmelerden herbirinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Şu da var ki, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmak gerekir.(...)”

⁵¹ ARAL / AYRANCI, s. 333; AYAN, Serkan, s. 39; BÜYÜKAY, s. 42; DİRİCAN, s. 5; EREN, Özel, s. 580-581; ERMAN, İnşaat, s. 4; GÜLEÇ, s. 24; GÜMÜŞ, s. 2; KAPLAN, s. 272; KIRMIZI, s. 627; KURT, s. 45; OLGAC, Samet Can, s. 83; SÜTÇÜ, c.1, s.34; ŞAHİN, s. 103; TORUN, s. 412; YAKUPPUR, s. 4-5; YAŞAR, s. 291; YAVUZ, s. 1073-1074; YENER, Temerrüt, s. 4; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 489; Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından edim ile karşı edimin karşılıklı bağlılığı için ve sebep-amaç teorisi için bkz: HAVUTÇU, Müspet Zarar, s. 4 vd. ve s. 15; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir: YHGK, E. 2010/6-341, K. 2010/346, T. 23.6.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.09.2014 “(...)Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri eser (

3. İvazlı ve Rızai Bir Sözleşme Olması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, mahiyeti gereği ivazlı ve rızai bir sözleşmedir.⁵²

Sözleşmenin karşılıklı edimlerden herhangi biri olmaksızın kurulması, diğer bir deyişle ivazsız olarak meydana getirilmesi halinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir. Yüklenicinin üstlendiği edimin olmaması halinde söz konusu sözleşme elden bağışlama veya bağışlama sözü verme sözleşmesi olarak meydana gelecektir. Nitekim herhangi bir karşılık olmaksızın arsa sahibinin mülkiyet hakkını yükleniciye devretmesi ya da devretmeyi vaad etmesi söz konusu olacaktır.⁵³ Arsa sahibinin üstlendiği edimin mevcut olmaması halinde ise yüklenici mülkiyet hakkı iktisap etmeyecek ve herhangi bir karşılık olmaksızın arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yaparak, ortaya çıkan eseri arsa sahibine teslim edecektir. Bu durumda ortaya çıkan sözleşmenin bir iş görme sözleşmesi olduğu açıktır. Ancak sözleşme ivazsız olduğundan hizmet ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek, kanımızca ivazsız bir vekalet ilişkisinin kurulduğunun kabulü gerekecektir.⁵⁴

istisna) sözleşmelerinin özel bir çeşidi olup; kural olarak, karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. Eş söyleyişle, bu sözleşme ile taraflar yani arsa maliki ile yüklenici karşılıklı olarak arsa malikine ait taşınmazdaki payların devri karşılığında inşaatın sözleşme koşulları çerçevesinde imal edilerek teslimi yükümü altına girerler. (...)

⁵² AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 749-750; BÜYÜKAY, s. 42; DİRİCAN, s. 5; EREN, Özel, s. 581-582; GÜLEÇ, s. 24; KURT, s. 45; TANDOĞAN, s. 28; YAKUPPUR, s. 4-5; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 491; Yargıtay da kararlarında sözleşmenin bu niteliğini vurgulamaktadır: Y23HD, E. 2013/3436, K. 2013/5497, T. 18.09.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.12.2014 “(...)818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 355. vd. (6098 Sayılı T.B.K.nun 470. vd.) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir.(...)”

⁵³ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 749; KARTAL, (I), s. 99; SÜTÇÜ, c.1, s.35.

⁵⁴ AYAN, Serkan, s. 29, d.n. 37; DİRİCAN, s.8; KARTAL, (I), s. 99; EREN, Özel, s. 582: Bu durumda sözleşmenin somut olayın mahiyetine göre vekalet ya da eser sözleşmesi benzeri bir karma sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.; TANDOĞAN, s. 24; TORUN, (I), s. 414; YAKUPPUR, s. 12; ARAL / AYRANCI, s. 340: Yazarlara göre bu durumda vekalet

Tam iki tarafa borç yükleyen ve ivazlı olması gereken kat karşılığı inşaat sözleşmesinin rızai bir sözleşme olduğu da açıktır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması, sözleşmenin kurulabilmesi bakımından elzendir.⁵⁵ Sözleşmenin real sözleşme olarak nitelendirilmesi ise mümkün değildir. Nitekim bir sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi, tarafların irade beyanlarının yanı sıra maddi bir olayın gerçekleşmesine bağlıysa, sözleşme real sözleşme olarak nitelendirilebilecektir.

4. Sürekli - Ani Karışığı Edimli Bir Sözleşme Olması

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin süreklilik arz eden bir sözleşme türü⁵⁶ olup olmaması konusunda doktrinde fikir ayrılığı mevcut olup, günümüzde yazarların bir bölümü sözleşmenin sürekli ve ani nitelikleri aynı anda barındırabileceği ve dolayısıyla sürekli ve ani karması bir sözleşme çeşidi olduğu fikrindedir.⁵⁷

Sözleşmenin sürekli veya ani olarak nitelendirilmesi, özellikle yüklenicinin ifade temerrüde düştüğü hallerde özellik arz edecek ve önem kazanacaktır. Yüklenicinin sözleşme ile belirlenen teslim tarihi geldiğinde, bağımsız bölümleri üstlendiği edime aykırı düşecek şekilde teslim edememesi, yani temerrüde düşmesi halinde kuşkusuz arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirebilmesi mümkün olacaktır. Böyle bir ihtimalde sözleşmenin ileriye etkili olarak mı, yoksa geçmişe olarak mı sona ereceği sorunu gündeme gelecektir.⁵⁸

Sözleşmenin ani edimli bir nitelikte olduğunun kabulü halinde, geçmişe etkili bir şekilde sona ereceği ve yüklenicinin ancak o ana kadar yapılan işin karşılığını alabileceği kabul edilecektir. Nitekim bu ihtimalde yüklenicinin kendi kusuru

sözleşmesinin mevcut olması söz konusu olmayıp, sözleşmenin isimsiz ve karma bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir.

⁵⁵ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 749-750; EREN, (Özel) s. 581-582; HAVUTÇU, Müspet Zarar, s. 5; KAPLAN, s. 270; TANDOĞAN, s. 28; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 491.

⁵⁶ SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 164: Yazar, sürekli sözleşme ilişkilerini edimlerin ansızın olmayıp sürekli ya da dönemli olarak yerine getirildiği ve söz konusu bu sürekli – dönemli edimlerin birbirinden bağımsız sayılacağı sözleşmeler olarak tanımlamaktadır.

⁵⁷ AYAN, Serkan, s. 44-45; ERMAN, İnşaat, s. 8; SÜTÇÜ, c. 1, s. 34-35; COŞKUN, s. 27-28; KIRMIZI, s. 627-628; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 491.

⁵⁸ AYAN, Serkan, s. 41; YAVUZ, s. 1073.

sebebiyle sözleşme geriye etkili olarak sona ermekte, karşı tarafın kusuru bulunmadığından yüklenicinin menfi zararı ile müspet zararını talep edebilme imkanı bulunmamaktadır. Sözleşmenin arsa sahibinin kusuru sebebiyle geriye etkili olarak sona ermesi halinde ise yüklenici TBK'nun 125. maddesinde düzenlenen menfi zararının giderilmesini isteyebilecektir. Sözleşmenin sürekli nitelikli olduğunun kabulü halinde ise, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceği ve yüklenicinin ifası bakımından yerine getirilen kısmın varlığını koruyacağı kabul edilecektir. İşte bu nedenle sözleşmenin ani veya sürekli edimli olması, önem arz etmektedir.⁵⁹

Sözleşmenin ani veya sürekli edimli olduğuna kanaat getirebilmek bakımından evvela yüklenicinin üstlendiği borcun mahiyetinin tespit edilmesi gerekmektedir. Yüklenicinin üstlendiği borcun sadece eserin teslimi olduğunun ve eserin inşasına yönelik faaliyetlerin yüklenicinin bir borcu olmayıp, ifaya hazırlık niteliğinde olduğunun kabulü sözleşmenin ani edimli bir nitelikte olduğu sonucunu ortaya koyacaktır. Bu bakımdan yüklenicinin tüm faaliyetlerde bulunmasına rağmen sonucu sağlayamaması, yani eseri teslim edememesi halinde ifanın gerçekleşmediğinin kabulü gerekeceğinden sözleşmenin ani bir nitelikte olduğu öne sürülmüştür. Nitekim söz konusu görüş, bağımsız bölüm maliki olma amacıyla olan arsa sahibinin çıkarının bir anda, eserin teslim edildiği anda, ortaya çıkacağını savunmaktadır.⁶⁰ Öte yandan yüklenicinin sadece eseri teslim etmeyi değil, eserin oluşturulmasına yönelik olan faaliyetleri de bir borç olarak üstlendiğinin kabulü, sözleşmenin sürekli bir niteliğe sahip olduğu sonucunu doğuracaktır. Söz konusu görüşe göre yüklenici uzun bir zaman içinde edimlerini bölüm bölüm ifa etmekte ve söz konusu ilişki sürekli bir nitelik arz etmektedir.⁶¹ Doktrinde yüklenicinin borcuna karşılık arsa sahibinin üstlendiği borcun sadece eserin tesliminin karşılığı olmayıp,

⁵⁹ AYAN, Serkan., s. 42; ERMAN, İnşaat, s. 9; YAŞAR, s. 313

⁶⁰ AYAN, Serkan, s. 43; HELVACI, s. 234; TORUN, (I), s. 413; YAVUZ, s. 1072.

⁶¹ AYAN, Serkan, s. 43; BECKER, (I), s. 326: “Eser sözleşmesinin özel muhtevası dolayısıyla eserin imali, yapılmamaları henüz borcun yerine getirilmesinde temerrüdü yaratmayan (satımdaki gibi) hazırlık eylemleri değil, ifa eylemlerine dahildir.”; TORUN, (I), s. 413: Yazar sözleşmeyi ani edimli olarak nitelendirmesine rağmen imalat aşamasında sürekli borç ilişkisi bulunduğunun unutulmaması gerektiğini belirtmektedir; YAVUZ, s. 1072.

işin yürütülmesinin de bir karşılığı olarak üstlenildiği savunulmuş ve sözleşmenin sürekli bir nitelik taşıdığı öne sürülmüştür.⁶²

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli olduğunun kabulü ve arsa sahibinin temerrüt gibi haklı bir sebebe dayanarak sözleşmeden döndüğünün varsayılması halinde, geriye etkili olma kuralının göz önüne alınmasıyla; yüklenicinin üzerine geçen arsa paylarının mal sahibine iadesi ve arsa sahibinin yapılan işin karşılığı kadar bedeli sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yükleniciye ödemesi söz konusu olacaktır.⁶³ Bu bağlamda sözleşmenin mutlak olarak ani edimli bir niteliğe sahip olduğu görüşü doktrinde baskın bir şekilde savunulmuştur.⁶⁴

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli bir niteliği haiz olduğunun kabulü ve yine arsa sahibinin temerrüt gibi bir nedenden ötürü sözleşmeyi feshetmesi halinde, ileriye etkili olma kuralının da göz önüne alınmasıyla; yüklenicinin yaptığı işe karşılık nakit anlamında bir bedel alması değil, sözleşme konusu inşaatın bitirildiği kısım oranında hissesine düşen arsa payına bağlanmış bağımsız bölümün mülkiyetini alması söz konusu olacaktır.⁶⁵ Yüklenicinin kendi kusuru sebebiyle sözleşmenin feshedilmiş olması, yüklenicinin TBK'nun 126. maddesi uyarınca müspet zararını talep edebilmesine engel olmaktadır. Ancak sürekli olduğu kabul edilen sözleşmenin arsa sahibinin kusuru nedeniyle ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde, yüklenicinin TBK'nun 126. maddesi uyarınca müspet zararını talep edebileceği kabul edilmelidir.

⁶² SEROZAN, Dönme, s. 166: Sonucun meydana getirilmesinin yolunun da hukuken önem taşıması, yüklenicinin yaptığı işin hazırlık faaliyeti olarak görülemeyeceği, alınan karşılığın sadece eser meydana getirmenin karşılığı olmayıp eseri oluşturan eylemlerin de karşılığı olduğu, sebepleri öne sürülerek, eser sözleşmesinin hiçbir zaman sürekli sözleşme ilişkisi niteliği taşımayacağını ileri sürmenin doğru olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda ani edim sonucu olarak eserin meydana gelmesini bekleyen arsa sahibinin perspektifinden değil de, yüklenicinin perspektifinden bakıldığında çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü hukuksal sonuçların doğması gerektiği görülecektir.

⁶³ SÜTÇÜ, c.1, s. 34.

⁶⁴ ARAL / AYRANCI, s. 334; AYAN, Serkan, s. 46-47; DİRİCAN, s. 5; EREN, Özel, s. 583; GÜMÜŞ, s. 3; ŞAHİN, s. 105-106; YENER, Temerrüt, s. 7; YAKUPPUR, s. 5-64; YAVUZ, s. 1072-1073.

⁶⁵ SÜTÇÜ, c.1, s. 34.

Günümüzde uygulamaya hakim olan ve Yargıtay'ca benimsenen görüş ise, sözleşmenin mutlak anlamda sürekli veya mutlak anlamda ani edimli sayılmayacağı, bir nevi ikisinin karmaşığı şeklinde olduğu yönündedir. Sözleşmenin mutlak anlamda ani edimli sayılması mümkün değildir. Yüklenicinin edimini yerine getirmesi, bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimiyle sağlanmaktadır. Ancak bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslim edilmesi, uzun bir inşaat süresini gerektirmektedir. Söz konusu bu uzun süreyi edimin bir parçası olarak değil de bir nevi edime hazırlık süresi olarak görmek, hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır. Aynı şekilde söz konusu süreyi her zaman mutlak anlamda edimin bir parçası olarak görmek de mümkün olmayabilir. Bu sebeple; sözleşme ile amaçlanan husus ve alacaklının menfaati, ifanın tam olarak gerçekleşmesine, bir bütünü meydana getiren binanın ve bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslimine bağlıdır. Bu açıdan bakıldığında, edimin sonuçlanması arsa sahibine eserin teslimi anında gerçekleştiğinden sözleşmenin ani edimli olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna varılabilmektedir.⁶⁶

Uygulamada bu sorun Yargıtay'ın bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözülmüş ve sözleşmenin hem ani hem de sürekli sözleşme özelliklerini taşıdığına ve ani-sürekli karmaşığı bir niteliğe sahip olduğuna kanaat getirilmiştir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yüksek Mahkemece kabul gören görüş şu şekildedir: “(...)İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «anî edimli» sözleşmeler gurubunda mütalâa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri «geçici - sürekli karmaşığı» bir özellik taşımaktadır.

(...)

⁶⁶ ERMAN, İnşaat, s. 8-9; YAKUPPUR, s. 64.

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanununun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (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. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır:

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK m.106-108 uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkileride olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.”⁶⁷

Yargıtay’ın konuya getirdiği çözümün uygulamaya yansımaları, diğer bir deyişle sözleşmenin ani ve sürekli karması bir niteliğe sahip olduğunun kabulü; kural olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak sona erdiğinin kabul edileceğini, ancak olayın niteliğinin elvermesi ve hakkaniyet ilkesinin de göz önüne alınmasıyla TMK md. 2’ye dayanılarak sözleşmenin sona ermesinin ileriye etkili sonuç doğurabileceğinin kabul edilmesi şeklindedir.⁶⁸

İnşaatın büyük bir kısmının bitirilmiş olması halinde sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkacağı kabulü, şüphesiz dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan

⁶⁷ YİBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984, RG, sa.18325, s. 18.

⁶⁸ SÜTÇÜ, c. 1, s. 35; ERMAN, İnşaat, s. 9; YAVUZ, s. 1090.

bir durum ortaya çıkaracaktır.⁶⁹ Bunun nedeni yüklenicinin o ana kadar yapılan işi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabilmesidir. Sebepsiz zenginleşme nedeniyle geri alınacak bedel, yüklenicinin o ana kadar yaptığı harcamayla sınırlı olacak, diğer bir deyişle karsız maliyetin iadesi söz konusu olacaktır.⁷⁰ Bu nedenle Yargıtay'ın görüşü haklı bir görüş olup, inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olması halinde,⁷¹ sözleşmenin ortadan kalkmasının ileriye dönük etki doğurması hakkaniyete daha uygun olacak ve yüklenici emeğinin ve harcadığı zamanın karşılığını alabilecektir. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ne mutlak anlamda sürekli edimli bir sözleşme olduğu, ne de mutlak anlamda ani edimli bir sözleşme olduğu söylenememektedir.

Yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği asli edim bir iş görme borcu olan inşaat yapımından ve çalışma borcunun sonucu olarak ortaya çıkan eserin teslimi bakımından bir sonuç sorumluluğu ihtiva etmektedir. Bir iş görme borcu olan çalışma borcu mahiyeti itibariyle süreklilik arz etmekteyken, eserin teslimi borcu bir sonuç sorumluluğu olması dolayısı ile ani edim niteliği ihtiva etmektedir. İnşaatın yapımı ve arsa sahibine teslimi edimlerini yüklenicinin bir bütün olarak üstlenmesi sebebiyle sözleşmenin sürekli – ani karmaşığı bir niteliğe sahip olduğunun kabul edilmesi hatalı bir yaklaşım değildir.⁷²

⁶⁹ AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006, s. 6: Yazar, dürüstlük kuralının sadece hukuki işlemler bakımından değil, kanundan doğan hakların kullanılması ve ifası bakımından da göz önüne alınmasının gerekliliğini belirtmiştir. Bu bakımdan dürüstlük kuralının elverdiği haller bakımından Yargıtay sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erebileceği kanaatindedir.

⁷⁰ SÜTÇÜ, c. 1, s. 35.

⁷¹ Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında, inşaatın büyük oranda tamamlanmış sayılması bakımından getirdiği tamamlanma oranı kriteri %90'dır: Y23HD, E.2013/4203, K. 2013/3983, T. 11.06.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.09.2014: "(...) davalının yaptığı inşaat seviyesi belirlenip, 25.1.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda T.M.K.nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Dairemizin, gerekse Yargıtay H.G.K.'nun kararlarında belirtildiği gibi, inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı(...)"

⁷² KAPLAN, s. 54; Sözleşmenin hem ani hem de sürekli borçları ihtiva etmesi hakkında bkz: TORUN, (I), s. 413;

Sözleşmenin, Yargıtay'ın da haklı görüşü ve yerleşen içtihadı uyarınca ani-sürekli karmaşığı niteliğine sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın 1983 yılında İçtihadı Birleştirme Kararı ile ortaya koyduğu görüş, günümüzde de geçerliliğini korumaktadır ve söz konusu görüş Yargıtay kararları ile istikrar kazanmıştır.⁷³

B. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredildiği An Bakımından Sözleşmenin Çeşitleri

TBK'nun 26. maddesi ile Borçlar Hukukumuzda benimsenen sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, sözleşme ilişkisine girecek olan tarafların kat karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğini özgürce belirlemeleri mümkündür. Bu konuda kişilere getirilen tek sınır, sözleşme serbestisinin kanunda öngörülen sınırlar içerisinde kalınarak kullanılmasıdır. Sözleşme serbestisine kanunla getirilen sınırlamalar; kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkansız olan sözleşmelerin batıl sayılmasıdır.⁷⁴

Sözleşme içeriğinin tarafların menfaatleri uyarınca özgürce belirlenebilmesi, çeşitli kapsamlarda ve türlerde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin meydana gelebilmesine olanak verir. Ancak içerik farklılığı nedeniyle çeşitli kapsam ve türlerde sözleşmelerin yapılabilir olması, yapılan sözleşmenin genel anlamda kat karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu gerçeğini etkilemez.⁷⁵

Sözleşme içeriğinde süre, cezai şart, taraflara düşecek bağımsız bölüm sayısı ve diğer teknik hususların farklı şekillerde benimsenmesi mümkündür. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin arsa paylarını hangi zamanda yükleniciye devredeceği önem taşımaktadır. Arsa paylarının devredileceği zaman dilimine göre, arsa sahibi ile yüklenici arasında farklı hukuki müesseselerin gündeme

⁷³ Bkz: YİBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984, Resmi Gazete, sa.18325, s. 18; Yargıtay Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü, tasnif edilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul ve daire kararlarını kanun, tüzük, yönetmelik ve diğer mevzuat maddelerine göre kartlara geçirmek ve fihristlerini yapmakla görevlidir. Bu bağlamda içtihadı birleştirme kararlarıyla ortaya konan görüşlerin istikrar kazanması amaçlanmaktadır.

⁷⁴ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 15; EREN, Özel, 49; ERMAN, İnşaat, s. 11; FEYZİOĞLU, s. 14; KILIÇOĞLU, Genel, s. 73; KIRMIZI, s. 632; REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 13 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 7

⁷⁵ AYAN, Serkan, s.39, 86 numaralı d.n.; ERMAN, İnşaat, s. 11.

gelmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşitlerini belirlerken belirlenen kıstas, arsa paylarının yükleniciye devredildiği süreçtir.

1. Arsa Paylarının Sözleşmenin Kurulmasıyla Yükleniciye Devredildiği Biçim

Bu türden kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde; arsa sahibi, arsa paylarının tamamının ya da bir kısmının mülkiyetini, sözleşmenin kurulmasına müteakip tapu sicilinde yükleniciye devretmektedir.⁷⁶ Taraflar arasında yapılan sözleşmede, arsa sahibine ait olacak olan bağımsız bölümler ve bunların nitelikleri ile inşaatla ilişkin diğer hususlar da yer almaktadır.⁷⁷

Uygulamada özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından birinin kooperatif olduğu durumlarda, T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'ndan kredi sağlanabilmesi için arsa paylarının tamamının mülkiyeti yüklenici kooperatife geçirilmekte ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu türü kullanılmaktadır.⁷⁸

Arsa paylarının tamamının baştan yükleniciye devredilebilmesinin yanı sıra arsa paylarının belirli kısımlarının da yine sözleşme kurulduğunda devredilebilmesi mümkündür. Bunun için kat irtifakının kurulmuş olması ya da kurulmaması önem taşımamaktadır. Bu bağlamda arsa sahibinin ileride bağımsız bölümlere bağlanacak olan belirli payların mülkiyetini henüz başlangıçta yükleniciye devredebilmesi ve dolayısıyla kendi edimini bu şekilde ifa etmesi mümkündür.⁷⁹

Bu tür kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, açıklandığı üzere arsa paylarının tamamının veya belirli bir kısmının mülkiyetinin yükleniciye devredilmesi, arsa sahibi açısından çeşitli sakıncalar doğurabilmektedir. Yüklenicinin ileride temerrüde düşmesi ve edimini ifa etmemesi ihtimali her zaman gerçekleşebileceğinden, arsa sahibinin devredilen arsa payları için bir çeşit teminata ihtiyaç duyması

⁷⁶ AYAN, Serkan, s. 39; KIRMIZI, s. 633; ERMAN, İnşaat, s.12-13; COŞKUN, s. 28; GÜMÜŞ, s. 114-115; YENER, Temerrüt, s. 4

⁷⁷ ERMAN, İnşaat, s. 12; COŞKUN, s. 28; GÜMÜŞ, s. 114-115.

⁷⁸ ERMAN, İnşaat, s. 12.

⁷⁹ ERMAN, İnşaat, s. 12; COŞKUN, s. 29; GÜMÜŞ, s. 115.

gerekmektedir. Söz konusu bu teminat, arsa sahibinin haklarının korunabilmesi bakımından yükleniciye devredilen arsa payları üzerine arsa sahibi lehine teminat ipoteği konulmasıyla sağlanmaktadır. İnşaatın belirli aşamalara gelmesiyle ipotek kısım kısım kaldırılmakta ve bu şekilde de yüklenicinin hakları da korunmakta, tüm ipoteğin inşaat sonuna bırakılması ve kaldırılmaması ihtimalinde yüklenicinin yaşayacağı hukuki sıkıntının önüne geçilmektedir.⁸⁰

Yükleniciye yapılan devir işleminin satış şeklinde gösterilmiş olması, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmış olmasından ötürü, bağımsız bir satış işlemi olarak görülmemeli, kat karşılığı inşaat sözleşmesi göz ardı edilerek sadece satış işlemi göz önünde tutularak hukuki bir değerlendirme yapılmaması gerektiği savunulmuştur.⁸¹

⁸⁰ AYAN, Serkan, s. 39-40; KIRMIZI, s. 633; ERMAN, İnşaat, s. 12-13; COŞKUN, s. 30; GÜMÜŞ, s. 114-115; SARI, s. 283; YENER, Temerrüt, s. 4; Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın bir kararında şu ifadeler mevcuttur: Y15HD, E. 2005/7631, K. 2006/ 6983, T. 30.11.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014: “(...) Yanlar arasındaki 21.10.1999 tarihli ve 13036 yevmiye numaralı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi zorunlu şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmiş olup; sözleşmenin koşullarına yönelik olarak taraflar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin 13. maddesi gereğince; kural olarak, yükleniciler inşaatın temel ruhsatını aldıktan ve kaba kısmını ve karkasını bitirip çatısını kapattıktan sonra yasa ve sözleşme koşullarına uygun olarak yapılması gereken inşaatteki kendilerine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin toplam payı olan arsanın tamamı (3) pay kabul edilerek 2/3 payının adlarına tescilini isteyebilirler. Ancak, sözleşmenin 16. maddesi hükmünde ise; sözleşmenin ve inşaatın teminatı olmak üzere; 1. derece ve 1. sırada inşaat teminat ipoteği arsa sahipleri lehine tesis edileceği; yüklenicilere de verilecek 160/240 (2/3 hisse) pay üzerine arsa sahipleri lehine tesis edilecek 3.000.000.000 TL. bedelli teminat ipoteğinin inşaatın ilerlemesine orantılı olarak peyder pey çözüleceği ve geriye kalan dükkân ve daireler üzerine aktarılacağı, inşaatın karkas ve kaba inşaatı tamamlanıp, çatısı tamamen kapatıldığında inşaat teminat ipoteğinden yüklenicilerin seçeceği (3) dairenin ipotek harici tutulacağı, ince sıvası tamamen bittiğinde ve doğramalar tamamen ısı camları ile birlikte takıldığında da diğer (3) daire üzerindeki ipoteğin kaldırılacağı ve nihayet iskan raporu alındıktan, cins tashihi ve kat mülkiyeti kurulduktan sonra ise, geriye kalan daireler ve dükkân üzerindeki ipotek kaydının terkin olunacağı kararlaştırılmıştır. Arsa sahiplerinin teminat ipoteği tesisi ile ilgili haklarının, yanlar arasındaki sözleşmenin değiştirilmesi sebebiyle veya bu haktan feragat etmiş olmaları sonucu ortadan kalktığı, davacılarca yasal delillerle kanıtlanmadığına göre; yanlar arasındaki sözleşmenin 16. maddesi hükmünde öngörüldüğü üzere, arsa sahipleri yararına teminat ipoteği tesis edilmeden davacıların paylarının ve bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin tesciline karar verilemez. (...)”

⁸¹ ERMAN, İnşaat, s. 13; COŞKUN, s. 29; Nitekim Yargıtay içtihatları da bu yöndedir. Konuya ilişkin Yüksek Mahkeme görüşü şu şekildedir: Y15HD, E. 1989/ 2425, K. 1989/ 3191, T. 09.02.1989, ERMAN, İnşaat, s. 13: “(...)Sözleşmeye göre davacı, davacı ve ölü annesinin arsasına bir inşaat yapacak ve buna karşılık bedel olarak da arsanın %50 hissesini devralacaktır. Sözleşmeye göre davalının %50 dışında bir hak talep etmesi mümkün değildir. Akdin intikadından sonra davacı (m), annesi (F) 'ye ait %50 hisseyi davalıya satmış, ancak kendi hissesini üzerinde bırakmıştır. Davada çözümlenmesi gereken husus; bu satışın inşaat sözleşmesi gereği davalıya devri gereken %50 payın intikalini temin için mi, yoksa sözleşme dışı bir işlem mi olduğunun tesbiti noktasında toplanmaktadır... Davalıya verilecek bedel arsanın %50 payıdır. Bu pay da sözleşmeden sonra tapuda davalıya intikal ettirilmiştir. Payın davacı ve annesinin paylarından %25'er nispetinde yapılmayıp, sadece bir hissedarın tüm payının devri yoluyla gerçekleştirilmesi arsa sahiplerini

Görüldüğü üzere şeklen bir satış işleminin mevcudiyeti, yapılan işlemin sözleşme dışı bir satış olduğunu göstermemektedir.

2. Arsa Paylarının İnşaatın Belirli Aşamalara Ulaşmasıyla Kademeli Devredildiği Biçim

Uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu biçimde düzenlenmesi, inşaatın belirli aşamalara ulaştıkça kısım kısım arsa paylarının yükleniciye devredilmesi ya da yükleniciye üçüncü kişilere satış yapabilmesi bakımından vekâletname verilmesi şeklinde cereyan etmektedir.⁸²

Uygulamada bu şekilde kademeli devri öngören bir yol izlenmesinin temel sebebi, yüklenicilerin inşaat aşamasında nakit paraya (üçüncü kişilere satış yaparak) gereksinimlerini giderme ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

Vekaletname verilmesi ile yüklenici ve arsa sahibi arasında hukuken vekalet ilişkisi kurulmuş olsa da, üçüncü kişilere satış yapılmasıyla alınan bedel yüklenicide kalmakta ve yüklenici “satıcı” sıfatı kazanmaktadır.⁸³

borçtan kurtarır. Bu husus arsa sahiplerini ilgilendiren bir iç meseledir. Davalıya hissenin bu şekilde devredilmesi, işlemin satış olduğunu göstermez. Hayatın olağan akışı, sözleşme ile kararlaştırılan amaç, devirdeki gaye, açıkça tapudaki satışın sözleşmeyle arsa sahiplerine yüklenen pay devrinin geçirilmesini temine matuf bir tasarruftur. Bunun sözleşme gereği olmayıp, sözleşme dışı bir satış olduğunu iddia eden davalı yazılı bir belgeyle iddiasını ispat etmelidir. Tapuda işlemin satış olarak gösterilmesi, bu nedenle ve tek başına satış işlemi ispata yeterli değildir(...)

⁸² ERMAN, İnşaat, s. 14; COŞKUN, s. 30-31; YENER, Temerrüt, s. 4; Arsa paylarının inşaat sürecinde geline aşamalar göre devredilmesini öngören kat karşılığı inşaat sözleşmesi biçiminin mevcut olduğu bir Yargıtay kararında geline aşamaya rağmen tapuda ferağ işlemi yapılmaması takdirinde arsa sahibinin temerrüde düşeceği ve temerrüt süresinin yapım süresine eklenmesi gerektiği şu şekilde açıklanmıştır: Y1HD, E. 2007/5385, K. 2007/7545, T. 26.11.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014: “(...)ek 2. maddesinde tapu devrinin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kaba inşaatın ikmalinde % 25 payın, ince işlerin ikmalinde % 20 payın, inşaat iskan aşamasına geldiğinde ise kesin kabul yapılmak şartıyla kalan payın yüklenici kooperatife devir ve temlik gerekmektedir. Kaba inşaat işlerinin ikmalinden sonra davalı kooperatif tarafından keşide edilen 01.06.1998 tarihli ihtarname ile ek sözleşmenin ek 2. maddesi mucibince tapu devri yapılması talep edilmiş, davacılar tarafından keşide edilen 10.07.1998 tarihli cevabi ihtarname ile talep reddedilerek ferağ konusunda davacılar 10.07.1998 tarihinde temerrüde düşmüşlerdir. Sözleşme hükümlerine uygun şekilde tapu devri yapılmadıkça davalı kooperatiften inşaata devam etmesi beklenemeyeceğinden asıl sözleşmenin yukarıda belirtilen 6. maddesi uyarınca 10.07.1998 temerrüt tarihi ile tapu devrinin yapıldığı 03.07.2001 tarihleri arasındaki sürenin yapım süresine eklenmesi gerekir. (...)”

⁸³ ERMAN, İnşaat, s. 14; COŞKUN, s. 31; GÜMÜŞ, s. 115; Konuya ilişkin Yargıtay’ın yerleşik içtihadından bir örnek şu şekilde ifadeler içermektedir: Y13HD, E. 1986/3517, K. 1986/4540, T. 29.09.1986, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 26.12.2014: “(...) Satış sözleşmesi davacı ile dava dışı müteahhitler arasında kurulmuştur. Bu sözleşmede müteahhitler kendilerine düşen bağımsız bölümü

3. Yüklenicinin Taahhüt Ettiği İnşaatın Teslim Edilmesiyle Arsa Paylarının Devredileceğinin Vaad Edildiği Biçim

Diğer iki biçimin aksine bu türde; ne sözleşmenin kurulması anında, ne de yüklenicinin inşaatı yapmaya devam ettiği süreçte tapuda devir işlemi yapılmamaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu biçimde düzenlenmesinde, tapuda yapılacak olan devir, ancak yüklenicinin borcunu ifa ederek inşaat aşamasının sona erdirmesi halinde gerçekleşmektedir.⁸⁴ Ancak sözleşme serbestisi çerçevesinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin mevcudiyetine rağmen, başka arsa paylarının başta veya inşaat sürecinde yükleniciye devredilebilmesi de tarafların karşılıklı anlaşmaları bağlamında mümkündür. Diğer bir deyişle taraflar taşınmaz satış vaadi ve inşaat yapım taahhüdünü içeren hukuki ilişkilerine rağmen, ayrı bir madde ile belirli bağımsız bölümlerin başta veya inşaat esnasında yükleniciye devredileceğini ayrı olarak öngörebilirler. Ancak belirtildiği üzere kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bu biçimde yapılmasıyla sözleşme konusu arsa paylarına ilişkin devir işlemlerinin aksine ayrı bir hüküm yoksa sözleşmeyle vaat edilen tarihte, yani genellikle inşaatın yüklenici tarafından tamamlanmasının ardından yapılması esastır.

Yüklenicinin inşaatı finanse etme gereksinimi hissetmesi ve nakit para ihtiyacının doğması nedeniyle, tapuda herhangi bir şekilde yükleniciye devir işlemi yapılmamasına rağmen, yüklenicinin üçüncü kişilerle yapılacak inşaat sonunda oluşacak olan bağımsız bölümlerin satışı konusunda hukuki ilişkiye girmeleri mümkündür ve uygulamada da çok sık görülmektedir.⁸⁵ Yüklenicinin üzerinde henüz herhangi bir tapu bulunmamasına rağmen üçüncü kişilerle böyle bir ilişkiye girmesi, Yargıtay içtihadı uyarınca alacağın temlik hükümlerine tabi kılınmıştır. Nitekim

davacıya satmayı vaatmişlerdir. Bu sözleşmede, müteahhitlerin davalı arsa maliki adına hareket ettiğine ilişkin bir açıklama yoktur. 19.6.1980 günlü arsa payı karşılığı bina yapımı sözleşmesinde, arsa sahibi davalının müteahhitlere, kendilerine düşen daireleri 3. kişilere satması için vekalet vermeyi kabul etmesi ve vekaleti vermesi aralarındaki istisna akdinin yerine getirilmesi ile ilgilidir. Böyle bir vekaletnamenin varlığı müteahhitlerin davacı ile yaptıkları işlemde arsa sahibi davalı adına hareket ettiklerini göstermez. Nitekim davacı, satış vaadi sözleşmesindeki satış bedelini müteahhitlere ödediğini bildirmiştir. (...)

⁸⁴ COŞKUN, s. 32; GÜMÜŞ, s. 114.

⁸⁵ ERTAŞ, Şeref, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri, Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir, 2001, s. 79; YENER, Mehmet Deniz, Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İÜHF, C. 65, S. 2, 2007, s. 79

yüklenicinin, arsa sahibinden sözleşmeyle edindiği hak, kişisel bir hak olan alacak hakkıdır. Dolayısıyla üçüncü kişilerle “satış” manasında yapılan işlemler, aslında yüklenicinin sözleşmeyle kazandığı şahsi bir hak olan alacak hakkını hukuken temlik etmesi anlamında sayılmaktadır.⁸⁶

C. Sözleşmenin Şekli

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, açıklandığı üzere eser sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin unsurları barındıran karma bir sözleşmedir. Bu karma sözleşmenin meydana geldiği unsurların alındığı tipik sözleşmelerden eser sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.⁸⁷ Eser sözleşmesine ilişkin şekil kuralları geçerlilik şartı olmayıp, ispat şartıdır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesini oluşturan unsurlardan bir diğerinin alındığı tipik sözleşme ise, taşınmaz satış sözleşmesidir. Taşınmaz satış sözleşmesi ise kural olarak resmi şekle tabii bir sözleşme tipidir, diğer bir deyişle taşınmaz satış için resmi şekil bir geçerlilik şartıdır.

⁸⁶ Satış vaadi ve inşaat yapım taahhüdünün bir arada düzenlenmesi şeklinde meydana gelen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde; sözleşmenin imzalanmasıyla yüklenicinin edindiği hakkın bir alacak hakkı olduğu ve bu sebeple kendisinin veya söz konusu bu kişisel hakkın temlik edildiği diğer üçüncü kişilerin yükleniciye yüklenen edim ifa edilmeden arsa sahibine karşı bu hakkı ileri süremeyeceği, bu biçimde yapılan sözleşmelerle kurulan hukuki ilişkilerde yükleniciye yapılmış bir devrin ancak yüklenicinin ediminin ifa edilmesi halinde geçerli sayılabileceği Yargıtay’ın bir kararında şu şekilde açıklanmıştır: YHGK, E. 2010/6-341, K. 2010/346, T. 23.6.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.01.2015: “(...) İşte böyle bir sözleşme imzalayan yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebilir. Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkını arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir.

Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yukarıda değinildiği üzere, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur.

Bu durumda, gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan devrin, gerçek bir devir sayılmayacağı; ancak inşaatın sözleşmeye uygun yapılması halinde yapılan devrin geçerlilik kazanacağı ve yükleniciye yapılan devir ne gerekçe ile yapılırsa yapılsın anılan sözleşme gereğince yapıldığının kabulü gerekir. (...)

⁸⁷ ARAL / AYRANCI, s. 341; AYAN, Serkan, s. 32; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 750; DİRİCAN, s. 9; EREN, Özel, s. 591; ERTAŞ, Devir, s. 80; GÜMÜŞ, s. 7; KIRMIZI, s. 633; OLGAÇ, Senai, s.7; TANDOĞAN, s. 28; TORUN, (I), s. 414; YAKUPPUR, s. 14; YAVUZ, s. 993; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 483.

Taraflardan arsa sahibinin üstlendiği edim belirli arsa paylarını yükleniciye geçirmektir. Yüklenicinin üstlendiği edim, aslen eser sözleşmesinin bir unsurudur ve kanunda şekil şartına bağlanmamıştır. Ancak arsa sahibinin üstlendiği edim, taşınmaz satış sözleşmesinin bir unsuru olarak kanun ile resmi şekil şartına bağlanmıştır.⁸⁸ Bu durumda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bütünü bakımından da resmi şekil şartının muteber olduğu söylenebilmektedir. Çünkü sözleşmeyi meydana getiren asli edimlerden birinin kanun koyucu tarafından resmi şekil şartına bağlı olması, diğer bir deyişle taşınmaz mülkiyetinin devrinin söz konusu olması, karma sözleşmenin bütünü bakımından da resmi şekil şartının aranmasına yol açmaktadır.⁸⁹ Nitekim TMK'nun 706. maddesi de taşınmaz mülkiyeti devrini amaçlayan sözleşmeleri resmi şekle tabi tutmuştur.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekle uygun olarak düzenlenmemesi, sözleşmenin kural olarak geçersizliği sonucunu doğuracak⁹⁰ ve tarafların verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabilmeleri mümkün olacaktır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı da, bu tip bir durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tarafların verdiklerini geri isteyebilecekleri yönündedir.⁹¹ Yüklenicinin inşaat yapımında harcadığı miktar, diğer bir deyişle imalat bedeli ve mimari proje, statik proje, zemin etüdü gibi teknik gerekliliklerin yerine getirilmesi noktasında yüklenicinin harcadığı bedelleri geri istemesi mümkündür. Nitekim böyle bir durumda, yüklenici geçersiz sözleşmeye rağmen iyiniyetli olarak yaptığı faydalı

⁸⁸ ARAL / AYRANCI, s. 342; AYAN, Serkan, s. 33.,AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 750-71; EREN, Özel, s. 591; ERMAN, İnşaat, s. 17; YAVUZ, s. 1077; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 484.

⁸⁹ ARAL / AYRANCI, s. 341; AYAN, Serkan, s. 33; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 750; DİRİCAN, s. 9; EREN, Özel, s. 591-592; ERMAN, İnşaat, s. 17; ERTAŞ, Devir, s. 86; GÜMÜŞ, s. 116; KARTAL, s. 551-552; KIRMIZI, s. 633; TANDOĞAN, s. 28; YAKUPPUR, s. 15; YAVUZ, s. 1077; YENER, Devir, s. 372; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 484.

⁹⁰ ARAL / AYRANCI, s. 342; AYAN, Serkan, s.33; COŞKUN, s. 182; EREN, Özel, s. 592; KIRMIZI, s. 633; KAPLAN, s. 271; YENER, Devir, s. 372; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 484.

⁹¹ Sözleşmenin şekil yönünden geçersizliği noktasında sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması gerektiğini içeren bir Yargıtay içtihadı şu şekildedir: Y13HD, E. 1996/11384, K. 1997/1392, T. 25.2.1997, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014: “(...)Diğer taraftan, davalılar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olduğu için, yüklenicinin arsa sahibine karşı doğmuş bir şahsi hakkı yoktur. O nedenle, bu sözleşmenin yüklenicinin şahsi hakkının davacıya temlik sözleşmesi olarak kabulü de mümkün değildir. Hukuken geçersiz olan sözleşmeler taraflarına, geçerli sözleşmelerde olduğu gibi hak ve borç doğurmaz. O sebeple, davacı ancak bu geçersiz sözleşme gereğince davalı yükleniciye verdiği satış bedelini haksız iktisap kuralları uyarınca geri isteyebilir.(...)”

giderleri geri isteyebilmesi denkleştirici adalet prensibine uygun bir yaklaşım olacaktır.⁹²

Ancak bu konuda bir istisna mevcuttur. Somut olaya göre şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi mümkün olabilmektedir. Bu durum hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşırsa sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemeyecektir.⁹³ Örneğin yüklenicinin edimini yerine getirmiş olması halinde, arsa sahibinin resmi şekil şartı noksanlığını ileri sürerek arsa paylarını devretmemesi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır. Bu nedenle şekil şartının bu şekilde dürüstlük kuralına aykırı kullanılması mümkün olmayıp, verilen örnekte arsa sahibinin arsa paylarını devretme yükümlülüğünden kurtulması söz konusu olamayacaktır. Nitekim Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı da bu yöndedir. Önemli olan, şekil eksikliğini ileri sürenlere tarafın dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığı ve şekil şartını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında olup olmadığıdır.⁹⁴

Bu noktada Yüksek Mahkeme inşaatın büyük oranda bitirilip bitirilmediğini kriter olarak almakta, tamamına yakını bitmiş olan inşaatlarda şekil eksikliğinin ileri sürülerek sözleşmenin geçersiz kılınmak istenmesini dürüstlük kuralına aykırı bulmaktadır.⁹⁵ Yüklenicinin edimini büyük oranda yerine getirmiş olması halinde şekil eksikliğinin ileriye sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde

⁹² KIRMIZI, s. 634; ERMAN, İnşaat, s. 18.

⁹³ AKYOL, s. 80 vd.; ERTAŞ, Devir, s. 86; YAŞAR, s. 297; YENER, Devir, s. 372; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 60-61

⁹⁴ AKYOL, s. 82: 'i' bendinde ileri sürülen görüş; COŞKUN, s. 184; EREN, Özel, s. 592; ERTAŞ, Devir, s. 86; KIRMIZI, s. 640 vd; GÜMÜŞ, s. 116, TANDOĞAN, s. 29 vd.; YAVUZ, s. 1082 vd.; YENER, Devir, s. 373: Yazar, şekil eksikliğinin ileriye sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında sayılacağı halleri, arsa paylarının tapuda yükleniciye devredilmesi ve inşaatın büyük oranda tamamlanması olarak ikiye ayırmıştır.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 484-486

⁹⁵ Örneğin, Yargıtay'ın görüşüne göre %65 civarında bir tamamlanma oranı sözleşmenin dürüstlük kuralı çerçevesinde geçerli kılınmasına cevaz vermemektedir: Y13HD, E. 1996/11384, K. 1997/1392, T. 25.2.1997, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.11.2014: "(...)Davalı arsa sahibi ile diğer davalı yüklenici arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi, yasalarımızın öngördüğü şekil koşuluna uygun olarak resmi biçimde yapılmamıştır (MK.nun 634, BK.nun 213, Tapu Kanununun 26, Noterlik Kanununun 60. maddeleri). Öte yandan, yüklenici bu sözleşmede öngörülen edimini yerine getirip inşaatı tamamlamadığı, ancak % 65-68 seviyesine kadar getirebildiği için MK.nun 2. maddesi gözetilerek sözleşmeye geçerlilik tanınması da mümkün değildir. Hal böyle olunca, davalılar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hukukten geçersiz bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir.(...)"

olmasının yanı sıra, arsa sahibinin edimini yerine getirmiş olması halinde de şekil eksikliğinin ileriye sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilmelidir.⁹⁶

Noterlik Kanunu'nun 60. ve 89. maddelerinin elvermesi neticesinde sözleşmenin noter önünde re'sen düzenleme biçiminde yapılması mümkündür. Ancak tarafların düzenlediği sözleşmenin noterce onaylanması ve bu surette sözleşmenin kurulması, şekil şartının sağlanmaması sonucunu doğurur. Diğer bir deyişle sözleşmenin resmi şekil şartına uygun olarak düzenlendiğinin kabul edilebilmesi tapuda resmi şekilde düzenlemenin dışında, noterde düzenleme şeklinde yapılması halinde de mümkündür.⁹⁷ Doktrinde; noterce düzenlenmemesine rağmen, taraflarca hazırlanan sözleşmenin noter tarafından tüm sayfaların damgalanması ve bir takım şartların yerine getirilmesi suretiyle geçerlilik kazanabileceği de savunulmuştur.⁹⁸

Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihadı taraflarca hazırlanan sözleşmenin noterlikçe onaylanması suretiyle geçerlilik kazanamayacağını, Noter'de düzenleme şeklinde yapılması halinde geçerli olacağını belirtmektedir.⁹⁹

Sözleşmenin sonradan değiştirilmesi ya da şartlarının ağırlaştırılması için yine resmi şekil şartı geçerliyken, yan hükümler bu kuralın dışında olup yan hükümler bakımından herhangi bir şekil şartı yoktur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ileride kurulmasını konu alan ön sözleşmelerle ilgili olarak da, ileride

⁹⁶ Yargıtay'ın bir kararındaki konuya ilişkin görüşü şu şekildedir: Y23HD, E. 2013/3436, K. 2013/5497, T. 18.09.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15/12/2014 : “(...) Somut olayda, uyuşmazlık konusu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmış ise de, arsa sahiplerince tapu devri edimi yerine getirilmiş olmakla artık sözleşmenin tarafları bağladığının kabulü gerekir. (...)”

⁹⁷ ARAL / AYRANCI, s. 342; AYAN, Serkan, s. 33; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 751; ERTAŞ, Devir, s. 80; GÜMÜŞ, s. 114-116; KIRMIZI, s. 635; KAPLAN, s. 271; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 484-486; YAVUZ, s. 1078-1079.

⁹⁸ ERMAN, İnşaat, s. 19; Karş.: ERTAŞ, Devir, s. 80.

⁹⁹ Nitekim, Yargıtay'ın bir kararındaki ifadesi şu şekildedir: Y23HD, E. 2013/3436, K. 2013/5497, T. 18.09.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15/12/2014 : “(...)Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, T.M.K'nın 706, Borçlar Kanunu'nun 213, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır.(...)”

kurulacak olan sözleşmeye ilişkin uyulması gereken şekil şartının ön sözleşme bakımından da muteber olduğunu belirtmek gerekir. Diğer bir deyişle, ileride kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasına hükmeden ön sözleşmeler de resmi şekil şartına bağlıdır.¹⁰⁰

Sözleşmenin şekli bakımından bu çalışmanın konusuna ilişkin olarak hakları alan üçüncü kişileri ilgilendiren bir duruma değinmek gerekir. Yüklenicinin mülkiyetin devrini talep edebileceği arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesi mümkün olup, bu durum Yargıtay içtihadı uyarınca alacağın temlik hükmünde sayılmaktadır. Nitekim bu halde yüklenicinin arsa sahibinden arsa paylarına ilişkin olarak mevcut hakkının kişisel bir hak olan alacak hakkı olduğu söylenebilmektedir. Yüklenicinin de söz konusu arsa payları henüz kendisine resmen devredilmeden üçüncü kişilere devretmek maksatlı yapacağı sözleşmeler, alacağın temlik hükmünde olup Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Alacağın temlik müessesesini düzenleyen ilgili TBK maddesi,¹⁰¹ alacağın temlik sözleşmelerinin geçerliliğini sadece yazılı şekil şartına bağladığından, söz konusu sözleşmenin resmi şekil şartına uyularak yapılması gerekmemektedir. Diğer bir deyişle, yükleniciyle üçüncü kişi arasında alacağın temlik anlamında yapılacak olan sözleşmelerin resmi şekle uyulmadan yapılması geçerliliklerini etkilemez.¹⁰²

¹⁰⁰ GÜMÜŞ, s. 116-117; KIRMIZI, s. 636-637; Yargıtay, cezai şarta ilişkin olarak yapılacak değişikliklerde ilk sözleşmedeki resmi şekil şartının aranması gerektiğini bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: YHGK, E. 2003/15-124, K. 2003/175, T. 19.3.2003, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014: “(...)Bu durumda, eğer, somut olayda cezai şart yönünden ek sözleşme düzenlenmek suretiyle, 13.11.1996 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarca değiştirilmiş olduğu sonucuna varılacaksa, ek sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekeceğinin kabulü de zorunlu olacaktır. (...)”; Aynı yönde: Y15HD, E. 2003/6868, K. 2004/3746, T. 05.07.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014; Ön sözleşmeler bakımından da esas sözleşmede aranacak olan şekil şartının aranacağı, Yargıtay’ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: YHGK, E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.4.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 11.02.2015: “(...)Borçlar Kanunu’nun 22. maddesi hükmünde tanımlanan “sözleşme yapma vaadi” sözleşmesi yaparak; taraflar, ileride asıl sözleşme yapmak yükümlülüğü altına girebilirler. Sözleşme yapma vaadi sözleşmesi, bir “ön” sözleşmedir. Yasa iki tarafın yararı için, bu sözleşmenin geçerliliğini bir biçime bağlamışsa, bu biçim sözleşmenin yapılması vaadine de uygulanır (...)”

¹⁰¹ İlgili madde; TBK md. 184: “Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir.”

¹⁰² KIRMIZI, s. 638; ERMAN, İnşaat, s. 21; GÜMÜŞ, s. 118; YAVUZ, s. 1079-1080; Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararındaki ifadeleri şu şekildedir: YHGK, E. 2013/5212, K. 2013/7076, T. 13.11.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014: “(...)Davacı ile davalılardan yüklenici şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihli hukuki işlem, alacağın temlik hükmündedir (BK. m. 161., TBK m. 183.). Zira yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca kazanacağı şahsi hakkını

III. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

Sözleşmenin unsurları, sözleşmenin kurulabilmesi bakımından gerekli olan hususlardır ve tarafların bir takım borçların altına girmeleri sözleşmenin kurulabilmesi bakımından yeterlidir. Ancak sadece sözleşmenin kurulabilmesi bakımından tarafların üstlenmeleri gereken asli edimlerinin ne olduğunun ortaya konması yeterli olmayıp, söz konusu bu asli borçların nasıl ve ne şekilde ifa edileceği ve çeşitli ihtimaller dahilinde nasıl bir değerlendirmeye tutulması gerektiği de incelenmelidir. Bunun dışında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarına değinirken açıklanan asli edimleri dışında da sözleşme ilişkisinin kurulmasıyla üstlendikleri bir takım yan borçlar da mevcuttur. Hakları edinen üçüncü kişilerin çeşitli ihtimaller dahilinde ortaya çıkacak hukuki durumlarının belirlenebilmesi için, sözleşmeye taraf olan arsa sahibinin ve yüklenicinin hem asli borçlarının hem de yan borçlarının özellikleri irdelenmelidir.

A. Arsa Sahibinin Borçları

1. Arsayı İnşaata Elverişli Biçimde Teslim Borcu

Sözleşmenin yerine getirilebilmesi için evvela arsa sahibinin yükleniciye arsayı teslim etmesi, ve bu teslim anında arsanın sözleşme konusu inşaata elverişli olması gerekmektedir.¹⁰³ Nitekim tarafların sözleşme kurulmasıyla güttükleri amaç, arsa üzerine sözleşmede öngörülen inşaatın yapılmasıdır. Bu amacın gerçekleşebilmesi, arsanın inşaata elverişli olmasına bağlıdır. Arsanın elverişli bir biçimde teslimi de, söz konusu arsanın malikine düşen bir borçtur. Borca uygun davranılmaması, arsa sahibinin temerrüdü sonucunu doğuracaktır.¹⁰⁴

davacıya temlik etmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir temlikin geçerli olabilmesi için ise BK'nın 163. (TBK. m. 184.) uyarınca yazılı şekil şartı yeterli bulunmaktadır. Bu itibarla, davalılar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsedilebilmesi mümkün değildir. (...)

¹⁰³ EREN, Özel, s. 650; ERMAN, İnşaat, s. 55; KAPLAN, s. 272; KIRMIZI, s. 665; TANDOĞAN, s. 234

¹⁰⁴ Konu, Yargıtay kararlarında şu şekilde ifade edilmiştir: Y15HD, E. 2003/5372, K. 2004/2508, T. 05.05.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.02.2015 : “(...)Yüklenicinin yüklediği ediminin ifası doğrultusunda inşaat işinin yapımına başlayabilmesi için öncelikle arsa sahibi tarafından yükleniciye yer tesliminin yapılması gerekmektedir. Çünkü, karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer teslimi iş sahibinin öncelikli edim borcudur (BK m. 81,90). Bu yasal nedenle, arsanın ayıpsız ve inşaata elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaata başlaması istenemez. (...) Somut olayda, yüklenici davacı, Ü_____ 2.Noterliği aracılığıyla davalı arsa sahibine gönderip tebliğ ettirdiği 16.08.1994 gün ve 49201 yevmiye numaralı ihtarname ile sözleşme konusu arsa

Arsanın inşaata elverişli olmaması hali, sözleşmeyle öngörülen inşaatın yapılması bakımından bir imkansızlık teşkil eder. Söz konusu imkansızlığın sözleşmenin yapıldığı esnada objektif olarak mevcut olması kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmaktayken,¹⁰⁵ inşaatın yapılmasının sonradan imkansız hale gelmesi halinde bu imkansızlığın oluşumunda kusur durumunun incelenmesi gerekecek ve ifanın imkansız hale gelmesinde arsa sahibinin kusurlu olup olmadığı önem kazanacaktır.

Sözleşmenin kurulması anındaki objektif imkansızlık durumunda kesin hükümsüzlük sonucunun doğacağını düzenleyen TBK'nun 27. maddesi 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 20. maddesiyle aynı doğrultudadır.¹⁰⁶ Dolayısıyla bu konuda eski kanun dönemiyle yürürlükteki kanun bakımından bir farklılık mevcut değildir ve Yargıtay içtihatları da objektif imkansızlık halinde kesin hükümsüzlük öngören kanun düzenlemesine uygundur. Kesin hükümsüzlük, söz konusu sözleşmenin konusunun sözleşmenin kurulduğu anda imkansız olmasından dolayı sözleşmenin hiç meydana gelmemiş sayılması anlamındadır. Bu durumda sözleşme başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle geçersiz olmaktadır. Başlangıçtaki objektif imkansızlık hali, sözleşmenin imar mevzuatına uygun olmaması gibi objektif nitelikli bir imkansızlık halidir.¹⁰⁷

üzerindeki binayı tahliye edip boş olarak teslimini istemiş olmasına karşın, arsa sahibi davalı arsayı ona teslim etmemiştir. Arsanın ihtarnamenin tebliğinden itibaren 30 gün içinde kendisine teslimini, Ü ___ I. Noterliği aracılığıyla gönderdiği 17.5.2000 tarih ve 11549 yevmiye numaralı ihtarname ile davacı istediği halde, arsa sahibi davalı yine davete uymamış ve öncelikli edimini ifadan kaçınmıştır. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; arsa sahibi davalının belirtilen öncelikli ediminin ifasında temerrüde düşmüş olduğunun kabulü gerekir (BK m. 90). Sözleşmenin taraflarından birinin ediminin ifasında temerrüde düşmesi halinde, diğer taraf Borçlar Yasası'nın 106. maddesinde öngörülen seçimler haklarından birini kullanabilir"(...)

¹⁰⁵ ERMAN, İnşaat, s. 55.

¹⁰⁶ TBK md. 27/1: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

¹⁰⁷ ERMAN, İnşaat, s. 55; Baştaki imkansızlık hali için emsal bir Yargıtay kararı, şu ifadeyi kullanmaktadır: Y15HD, E. 2006/4152, K. 2007/7213, T. 15.11.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.02.2015: "(...)Nevar ki, az yukarıda açıklanan Belediye Encümeni Kararları'na göre, inşaatların yasal duruma getirilmesi, yanlar arasındaki sözleşmenin tarihte de ve halende imkansızdır. Borçlar Kanunu'nun 20/1. maddesi gereğince; bir sözleşmenin konusu imkansız ise, o sözleşme batıldır. Bir sözleşme ile yüklenilen edim, eylemli olarak veya hukuksal nedenler yüzünden yerine getirilemiyorsa, o sözleşme "olanaksız"dır. Somut olayda da, emredici hukuk kuralları içeren ve az yukarıda belirtilen İmar Yasaları'na aykırı olarak taraflarca yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu, objektif olarak sözleşmenin yapıldığı tarihte dahi imkansızdır (objektif imkansızlık). Batıl olan sözleşme esasen hiç yapılmamış sayılır ve yok hükmündedir. Bu yasal nedenle

Bir takım hallerin sübjektif imkansızlık halleri olarak nitelendirilmesi ve bu tip hallerin sözleşmenin kurulması anında mevcut olması, kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmamaktadır. Arsanın inşaata elverişli olmasına rağmen arsa mülkiyetinin sözleşmeye arsa sahibi sıfatıyla taraf olan kişiden bir başkasına ait olması, bu duruma bir örnektir. Diğer bir deyişle kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin karşısında yer alan diğer tarafın aslında arsaya malik olmaması ve bu nedenle arsanın yükleniciye teslim edilememesi sübjektif bir imkansızlık olup, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucu doğmamakta ve arsa sahibinin sözleşmeye aykırı olarak inşaata elverişli arsayı yükleniciye teslim edememesi sebebiyle sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır.¹⁰⁸

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen imkansızlıklarda ise açıklandığı üzere, TBK'nun 112 ve 136. maddeleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁰⁹ İlgili maddeler uyarınca; arsanın elverişliliği bakımından sonradan ortaya çıkan imkansızlık halinde, arsa sahibinin söz konusu imkansızlığın doğması bakımından herhangi bir etkisi olup olmadığı incelenecek ve kusuru varsa karşı tarafın zararını

de, taraflar arasındaki sözleşme yok hükmünde olduğundan; davacı taraf, Türk Medeni Kanunu'nun 683. ve izleyen maddeleri hükümlerinin sağladığı mülkiyet hakkından kaynaklanan haklarını kullanabilir.(...)";

¹⁰⁸ Objektif ve sübjektif imkansızlıkların ayrımı bakımından açıklayıcı bir Yargıtay kararı şu şekildedir: Y14HD, E. 2007/15963, K. 2008/123, T. 21.1.2008, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 13.08.2014: "(...)Gerçekten, bazı hallerde borçlu borcunu ifa etmek istediği halde mümkün olmayabilir. Borcun ifa edilememesinin (borçların ademi ifasının) bir nedeni de imkansızlıktır. İfa imkansızlığında, ifa konusunun yerine getirilemez nitelikte olması söz konusudur. İfanın mümkün olmaması da, kendini değişik şekillerde gösterebilir. Örneğin, somut olayda olduğu gibi satışı vaad olunan bağımsız bölümün bulunduğu binanın deprem nedeniyle yok olması ifayı olanaksız kılar. Bu tür ifa imkansızlığı maddi bir nedenden ortaya çıkmıştır. İmkansızlık bir başka açıdan "objektif ve sübjektif" olmak üzere ayırımı tabi tutulmaktadır. Objektif imkansızlıkta yalnız akdin tarafları bakımından değil, onların yerine kim kaim olursa olsun herkes için aynı sonucu meydana getiren yerine getirilemezlik vardır. Maddi ve hukuki imkansızlıkta genel anlamda "objektiflik" vardır. Sübjektif imkansızlık ise, sadece akdin tarafları veya taraflardan yalnız biri yönünden mevcut olan imkansızlıktır. Diğer kimseler edimi yerine getirebilecek durumda olmalarına rağmen eğer borçlu bunu yapabilecek vaziyette değilse ortada sübjektif imkansızlık vardır. Öte yandan, imkansızlığın Borçlar Kanununu m.117 gereğince borcu sona erdirebilmesi için akdin doğumundan sonra fakat borçluya yüklenecek bir kusur olmaksızın meydana gelmiş olması gerekir.(...)"

¹⁰⁹ TBK md. 112: "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."

TBK md. 136: "Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır."

tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Ancak arsanın sonradan elverişsiz olmasında arsa sahibinin herhangi bir kusuru yoksa, borç sona erecek ve taraflar sadece verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceklerdir.¹¹⁰

2. Vekalet Verme Borcu

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasıyla arsa sahibinin arsası üzerine bir inşaat yapılması amaçlanmaktadır. Ancak söz konusu inşaatın yapılabilmesi için bir takım işlerin yapılması gerekebilmektedir. Bu işler örneğin Belediyelerdeki işlemlerin ifa edilmesi ve takip edilmesi gibi durumlar olabilmektedir. Nitekim uygulamada Belediye nezdinde yapılacak işlemlerin yüklenicilerce yapılmasının kararlaştırılması sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşte bu noktada sözleşmeye konulacak bir madde ile söz konusu işlerin yüklenici tarafından yapılmasının taraflarca kararlaştırılması mümkündür. Sözleşme ile böyle bir durumun kararlaştırılması halinde söz konusu işlemleri yapmakla yüklenici yükümlü olacaktır.

Yüklenici sözleşmeyle bu tip işlemlerin yerine getirilebilmesi bakımından yükümlü olsa dahi, arsa üzerinde mülkiyet hakkı mevcut olmadığı için arsa sahibinin yükleniciye vekalet vermesi gerekecektir. Sözleşmeyle böyle bir durumun kararlaştırılması halinde, arsa sahibinin durumun doğası gereği vekalet verme borcu doğmuş olacaktır.

¹¹⁰ Sonradan imkansızlık halinde ise kusur durumunun incelenmesi gerektiğini belirten bir Yargıtay kararı şu şekildedir: Y14HD, E. 1998/8951, K. 1999/725, T. 9.2.1999, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.12.2014: “(...)Sonradan imar uygulaması nedeniyle inşaat yapılacak taşınmaz üç adet imar parseline ayrılmış, davalılar murisi bu taşınmazları karısı B.`ye tapudan satmış, aynı gün davacı alıcıya da bir ihbarname göndererek yüklenici şirketin kat karşılığı inşaatı yapmamasından dolayı satış vaadinin gerçekleşmesinin mümkün olmadığını belirterek satış vaadi sözleşmesini terk taraflı olarak feshettiğini bildirmiştir. Tapuyu F.`den devralan karısı B. oluşan imar parsellerinden ikisini dava dışı üçüncü kişiye tapudan devretmiş, kalan üçüncü imar parseli üzerine ise ilk inşaat sözleşmesinde öngörülen hükümler dışında bir bina inşa edilmiş ve B. ile yüklenici şirket arasında bu binanın bağımsız bölümleri paylaşılmıştır. B. adına tescil edilen bağımsız bölümler, davacı dayanağı satış vaadi sözleşmesinde ve satış vaadi sözleşmesinin atıf yaptığı inşaat sözleşmesinde belirtilen bağımsız bölüm değildir. Bu bakımdan tescil isteğinin reddine karar verilmesi doğrudur. Ancak; imar nedeniyle ifa imkansızlığının çıktığı, bunda borçlunun kusuru olmadığı düşüncesiyle sadece satış bedelinin yasal faiziyle birlikte tahsili doğru görülmemiştir. Tapu kayıtlarından ve belediyenin 24.3.1997 tarihli cevabi yazısından; 24.4.1992 tarihinde imar uygulaması nedeniyle, inşaat yapılacak taşınmazın üçe ayrıldığı ve eski kadastral parselde yapılacak inşaat alanı ve daire sayısı kadar inşaat ve daire yapmanın İmar Kanununun 18. madde uygulaması sonucu mümkün olmadığı bildirilmiş ise de sırf bu husus nedeniyle borçlunun edimini ifada kusursuz olduğu kabul edilemez. Borçlar Kanununun 98/1. maddesi uyarınca; borçlu, umumiyet itibarıyla her kusurdan mesul bulunduğu ve kusurlu eylemin bulunması halinde aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca haksız eylemden doğan sorumluluğa ilişkin kurallar örnekseme yoluyla sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanacağından bu yön gözönüne alınmadan yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.(...)”

Arsa sahibinin söz konusu bu borcu yerine getirmemesi ve sözleşmeyle işlerin yüklenici tarafından yapılması kararlaştırılmasına rağmen yükleniciye vekalet vermemesi veya vekillikten azletmesi uygulamada karşılaşılan bir durumdur. Arsa sahibinin bu durumu, sözleşmenin amacına ulaşmasına engel teşkil etmektedir. Bu durumda arsa sahibinin sözleşmenin yerine getirilmesini talep etme hakkı bulunmayacak ve sözleşme süresinin başladığı kabul edilmeyecektir. Yüklenicinin böyle bir durumla karşılaşması halinde, TBK'nun 113/III. maddesi¹¹¹ uyarınca mahkmeden yetkili kılınmayı istemesi mümkündür.¹¹²

3. Arsa Payımı Devir Borcu

Arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği asli borcu sözleşme ile kararlaştırılan arsa paylarının ve bu arsa paylarına öngülenen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmektir.¹¹³ Arsa sahibinin böyle bir borç altına girmesi, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulabilmesi bakımından şarttır. Arsa sahibinin bu anlamda bir borç altına girmediği bir sözleşmenin “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Arsa sahibinin söz konusu bu borcu hangi zamanda gerçekleştirmekle yükümlü olduğu, taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabilmektedir. Nitekim arsa paylarının devrinin belirli bir tarihte yapılması veya inşaatın belirli bir aşamaya gelmesi durumunda yapılması, evvelce açıklandığı üzere kararlaştırılabilmektedir.¹¹⁴

¹¹¹ TBK md. 113: “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır. Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür. Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir.*”

¹¹² ERMAN, İnşaat, s. 59; KIRMIZI, s. 666; Arsa sahibince azledilen yüklenicinin mahkmeden izin alabilmesine yönelik bir Yargıtay kararı şu şekildedir: Y15HD, E. 2001/440, K. 2001/997, T. 22.02.2001, ERMAN, İnşaat, s.59: “(...)Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dolayı ifaya izin istemine ilişkindir. Taraflar arasında daha önce görülen fesih davası, redle sonuçlanarak kesinleşmiştir. Bu durumda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yürürlüktedir. Dolayısıyla, vekaletten azledilen yüklenicinin eldeki davada ifaya izin talebinde bulunmasında yararı vardır.(...)”

¹¹³ ERMAN, İnşaat, s. 52; GÜMÜŞ, s. 113; KAPLAN, s. 272.

¹¹⁴ Detaylı bilgi için bu çalışmada bkz: Birinci Bölüm, II, B başlığı.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa paylarının devredileceği zamana ilişkin bir düzenleme mevcut değilse, TBK'nun 479. maddesinin yanı sıra genel hükümler ve satış sözleşmesine ilişkin aynı anda ifa kuralını düzenleyen TBK'nun 207/II maddesi hükmü uyarınca da arsa sahibinin bedel ödeme borcunun eserin teslimi anında muaccel olacağı kabul edilecektir. Diğer bir deyişle sözleşme ile herhangi bir tarih belirlenmemesi halinde, yüklenicinin sözleşme ile yüklendiği edimini yerine getirmesiyle arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu muaccel olacaktır.¹¹⁵

Arsa paylarının devrinin belirli bir tarihte ya da inşaatın belirli aşamalarına gelmesi durumunda yapılacağı sözleşmeyle düzenlenmesi halinde, söz konusu tarih geldiğinde arsa sahibi devir işlemini yapmakla yükümlüdür. Bu bağlamda, söz konusu zamanın gelmiş olmasına rağmen arsa sahibince devir işleminin yapılmamış olması, arsa sahibinin temerrüde düşmesi sonucunu doğurur. Bu durumda yüklenici tarafın tapu sicilinde arsa paylarının lehine tescil edilebilmesi için tapu tescili davası açması mümkündür.¹¹⁶

Bu noktada bu çalışmanın konusu olan üçüncü kişileri ilgilendiren bir durum mevcuttur. Yükleniciye ait olacak bölümleri, yüklenicinin talimatıyla, arsa sahibinin üçüncü kişilere devredebileceği sözleşmede kararlaştırılmış olabilmektedir. Taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinde böyle bir hükmün bulunması halinde, yüklenicinin talimatının da mevcut olması durumunda, arsa sahibinin üçüncü kişiye yapacağı devirle arsa paylarını yükleniciye devretme borcundan kurtulacağı söylenebilmektedir.¹¹⁷

¹¹⁵ BECKER, (III), s. 107: Tarafların borçlarının aynı zamanda ve karşılıklı olarak yerine getirilmesi prensibinin uygulanacağı ifade edilmiştir.; ERMAN, İnşaat, s. 52; GÜMÜŞ, s. 88; KIRMIZI, s. 663.

¹¹⁶ BECKER, (III), s. 108-109; ERMAN, İnşaat, s. 52-53; KIRMIZI, s. 663; Bu yönde bir Yargıtay kararı şu ifadeyi kullanmaktadır: Y14HD, E. 2011/12672, K. 2011/14114, T. 22.11.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14.10.2014: “(...)sözleşmede yükleniciye isabet edecek bağımsız bölümler tapusunun kademeli olarak verileceği kararlaştırılmıştır... Hiç kuşkusuz yanlar arasında paylaşım şekli nasıl kararlaştırılmışsa, bu konuda çıkan uyuşmazlığın sözleşmenin ilgili hükümlerine bakarak giderilmesi gerekir. Bunun için sözleşmedeki öncelikli edim sırası izlenmeli, bir taraftan hangisinin öncelikli edim borcunda temerrüdü olup olmadığı hususu üzerinde durulmalıdır... kademeli ferağ hükmünden yüklenici ancak kendi edimlerini sözleşmeye uygun yerine getirmiş, temerrüde düşmemişse yararlanabilir.(...)”

¹¹⁷ Uygulamada oldukça sık görülen bu duruma ilişkin bir Yargıtay kararındaki ifadeler şu şekildedir: Y15HD, E. 2012/514, K. 2012/4870, T. 27.06.2012, www. kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014: “(...) Mahkemece dava kabul edilmiş ise de, davalı yargılama sırasındaki beyanlarında davaya konu

B. Yüklenicinin Borçları

1. İnşaat Öncesi İşlemlerde Sözleşmeye Uygun Hareket Etme Borcu

Söz konusu bu borç, inşaatın teknik olarak yapılma sürecinden ziyade; inşaatın başlayabilmesi için gerekli olan projelerin hazırlanması, ruhsat alım süreci ve bunun gibi hususların sözleşmede öngörülen bir biçimde yapılmasını kapsamaktadır.

Uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisine giren tarafların, resmi şekilde düzenlenmekte olan sözleşmenin masraflarını genelde yükleniciye bıraktığı görülmektedir. Sözleşmeyle böyle bir düzenleme altına girilmiş olması halinde, yüklenicinin sözleşmeye uygun hareket etme borcu bu noktada başlamaktadır.

Sözleşmeyle yükleniciye bir takım işler atfedilmesi durumunda, arsa sahibinin yetkileri devrettiğine dair bir vekalet çıkarması gerektiği arsa sahibinin borçları kapsamında değerlendirilmiştir. Bu ihtimalde, yani sözleşme kapsamında söz konusu işlerin yüklenici tarafından yapılacağı düzenlenmişse ve arsa sahibi vekalet çıkartmışsa, yüklenici imar mevzuatı ve sözleşmeye uygun projeleri hazırlatma ve ruhsat alma borcu altına girmektedir. Sözleşme ile söz konusu işlerin yüklenici tarafından yapılması kararlaştırılmamışsa, kural olarak söz konusu bu işlerin malik olan arsa sahibince yapılması esastır. Ancak sözleşmede böyle bir hüküm yer

2 numaralı daireyi davacı yüklenicinin talebiyle dava dışı G. A.'ya diğer dava dışı arsa sahipleriyle birlikte sattıklarını savunmuş, satışa dair resmi senetten de arsa sahipleri tarafından davaya konu dairenin G. A.'ya satıldığı anlaşılmıştır. Yükleniciye ait bağımsız bölümün tapuda onun talimatıyla arsa sahibince üçüncü kişiye devredilmediğinin ileri sürüldüğü hallerde dairemizin yerleşik uygulamalarında dava dışı üçüncü kişinin mahkemece isticvabıyla varsa bu kişinin elinde bulunan satışa dair belgelerin celp edilip incelenmesi, bu inceleme sonucunda davalı savunmasının kanıtlanamaması halinde davalı arsa sahibinin satışının davacının talimatıyla yapıldığı hususunda davacıya yemin teklif hakkının hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mahkemece bu yoldaki savunmaya rağmen az yukarıda belirtilen şekilde araştırma yapılmaksızın kabul kararı verilmesi doğru olmamıştır. (...) Mahkemece yapılması gereken iş, yukarıda açıklandığı üzere dava dışı G. A.'yı isticvap edip dinlemek, varsa bu şahsın elindeki satışa dair belgeleri incelemek sonucuna göre satışın davacı talimatıyla yapıldığının anlaşılması halinde davanın reddine, aksi halde davalıya yemin hakkı hatırlatılarak sonucuna göre karar vermektir ve 31.8.2007 tarihli ihtarname davalı arsa sahibini temerrüde düşürücü nitelikte olmadığından hüküm altına alınacak alacağı dava ve islah tarihine göre faiz uygulanmasından ve Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/484 Esas sayılı dosyasındaki davanın sonucuna göre birlikte ifaya karar vermektir ibarettir. (...)"; ERTAŞ, Devir, s. 90-91: Yüklenicinin talimatıyla arsa sahibinin bir başka kişiye tapuda devir yapmasının muvazaalı olarak değerlendirilebilmesi de mümkündür. Yüklenici, arsa paylarının devredilmesini talep etme hakkını alacağın temlik yoluyla bir üçüncü kişiye devretmiş olup, ardından arsa sahibine verdiği talimatla bir başka kişiye tapudan devir yapılmasını isteyebilecektir. Bu durumda muvazaanın ispatlanmasıyla tapuda resmi şekilde yapılan devre ilişkin tescil, yolsuz tescil niteliğinde olacak ve alacağı temlik alan kişi tapunun lehine tescilini talep edebilecektir. ERMAN, İnşaat, s. 53-54; KIRMIZI; s. 662;

almamasına rağmen arsa sahibince yükleniciye vekaletname verilmesi, söz konusu işlerin yüklenici tarafından yapılması hususunda tarafların anlaşığına dair bir karinedir. Bu konuda somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılmalı ve örf - adet hukuku göz ardı edilmemelidir. Hali hazırda proje ve ruhsat işlemlerinin sözleşmenin kurulmasından önce tamamlanmış olması ise bu işlere ilişkin sorumluluğun arsa sahibince üstlenildiğini göstermektedir.

Yüklenicinin makul sürede söz konusu bu borçlarını ifa etmemesi ve ruhsat almaması halinde temerrüde düşürülmesi mümkündür. Bu bağlamda arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdünü ileri sürerek sözleşmeden dönmesi mümkün kabul edilmelidir.¹¹⁸

2. İnşaatın Sadakat ile Yapılması Borcu

Doktrinde; iş görme borcuna ilişkin olarak vekilin sadakat ve özen borcunu düzenleyen TBK'nun 506. maddesinin kıyasen kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkilerine de uygulanabileceği görüşü, mülga kanun döneminde söz konusu maddenin karşılığı olan EBK'nun 390. maddesi uyarınca savunulmaktaydı. İlgili madde kıyasen kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygulandığında, yüklenicinin arsa sahibine karşı özen ve sadakat borcu altında olduğu sonucuna ulaşılabildiği savunulmaktaydı.¹¹⁹ Ancak 6098 sayılı TBK ile; karma bir sözleşme olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin asli edimlerinden birinin alındığı eser sözleşmesi

¹¹⁸ Konuya ilişkin örnek bir Yargıtay kararı şu şekildedir: Y23HD, E. 2012/2688, K. 2012/4766, T. 10.07.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 16.01.2015: “(...)Asıl dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca süresinde teslim edilmeyen bağımsız bölümler nedeniyle davacı arsa malikinin uğradığı kira kaybının tazmini istemine ilişkindir. Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi, inşaatı sözleşmeye uygun şekilde yaparak teslim etmektir. Sözleşme uyarınca işe zamanında başlama ve sürdürme borcu yüklenicinin eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun sonucudur. Sözleşmede, inşaat başlama tarihinin gösterilmemesi, yükleniciye işe başlamak üzere dilediğinde süre tanındığı anlamına gelmez. Sözleşmedeki teslim süresiyle ilgili hüküm makul bir süre olarak yorumlanmalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın ruhsat tarihinden itibaren iki yıl içinde tamamlanacağı belirtildiğinden yüklenici inşaat ruhsatını almak için makul sürede merciine başvurmalıdır. Somut olayda olduğu gibi sözleşme tarihinden yaklaşık 35 ay sonra yapılan başvurunun makul sürede yapıldığını kabul etmek olanaklı değildir. (...) O halde, mahkemece İmar Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, yüklenicinin yapı ruhsatını alabileceği makul süre belirlenerek, belirlenen bu süreye ilave iki katın yapımı için gereken sürenin de eklenmesi suretiyle yüklenicinin teslimde temerrüde düştüğü tarih belirlenerek, bu tarihten teslim tarihine kadar arsa maliki davacının istemi göz önüne alınarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. (...)”

¹¹⁹ ERMAN, İnşaat, s. 37; GÜMÜŞ, s. 47-48; TANDOĞAN, s. 49; YAVUZ, s. 1000-1001

hükümlerine de yüklenicinin özen ve sadakat borcu, 471. madde¹²⁰ kapsamında dahil edilmiştir.

Yüklenicinin sadakat borcunun kat karşılığı inşaat sözleşmesine yansımaları, bir takım hallerde arsa sahibine bildirimde bulunma yükümlülüğü ve arsa sahibi aleyhine olacak durumlardan uzak durma şeklindedir. Söz konusu durumlardan ilki eser sözleşmesinin yüklenicinin malzeme bakımından borçlarına ilişkin TBK'nun 472. maddesi¹²¹ ile düzenlenmiştir. İlgili düzenlemenin ikinci fıkrası uyarınca inşaatın yapımına ilişkin malzemenin iş sahibi, yani arsa sahibi uyarınca verilmesi halinde yüklenicinin malzemenin kullanılışı hakkında hesap verme ve artanını iade borcu bulunmaktadır.¹²² Burada dikkat edilmesi gereken nokta malzeme ve araç gereç ifadelerinin arasındaki farktır. Kanun koyucu, araç gereç ifadesi ile eserin yapılabilmesi için gerekli aletleri kastetmektedir. Dolayısıyla TBK'nun 471. maddesi uyarınca aksine adet ve anlaşma olmadıkça yüklenici tarafından sağlanması gereken husus; malzemelerin temini değil, inşaat sürecinde yapım işlerinde kullanılacak olan

¹²⁰ TBK md. 471: "Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.

Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.

Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır."

¹²¹ TBK md. 472: "Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden işsahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.

Malzeme işsahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.

Eser meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen işsahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur."

¹²² ARAL / AYRANCI, s. 353-354; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 755; BECKER, (I), s. 324; BÜYÜKAY, s. 144 ve s. 155; EREN, Özel, s. 613; ERMAN, İnşaat, s. 37; GÜMÜŞ, s. 18-20; KAPLAN, s. 55; ÖZ, İnşaat, s. 121; ŞAHİN, s. 108; TANDOĞAN, s. 49; YAKUPPUR, s. 37-38; YAVUZ, s. 1000-10001; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 514;

alet edevatın teminidir.¹²³ İnşaatın adeta özünü oluşturan malzemelerin ise kim tarafından sağlanacağına ilişkin kanunda açıklık yoktur.

Netice itibariyle sadakat borcu bakımından bakıldığında; sözleşme ilişkisi kapsamında malzemenin arsa sahibince sağlanması halinde yüklenicinin malzemenin nasıl kullanıldığı hakkında hesap vermesi gerekmekte ve malzemede artan kalması halinde bunun iade etmesi gerekmektedir.¹²⁴

Aynı maddenin son fıkrası da yükleniciye bir sadakat borcu yüklemektedir. İlgili düzenleme, arsa sahibince sağlanan malzeme ve arsada ortaya çıkan ayıpların ve sözleşmenin ifasını tehlikeye düşürebilecek hallerin yüklenici tarafından derhal arsa sahibine bildirilmesini düzenlemektedir. Söz konusu bildirim, kanun tarafından yükleniciye yüklenmiş bir borç niteliğindedir. Söz konusu durumlardan herhangi birinin hasıl olması ve buna rağmen yüklenicinin arsa sahibine bildirimde bulunmaması kanunun açık düzenlemesi sebebiyle yüklenicinin sorumluluğunu doğuracaktır. Bir borç niteliğinde olan söz konusu bildirimlerin yapılmaması veya geç yapılması halinde yüklenici, zamanında bildirimde bulunmadığı için doğacak zararlardan arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır.¹²⁵

Eserin kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve eklerine tamamen uygun yapılmış olması, sadakat borcuna aykırılık nedeniyle yükleniciyi sorumluluktan

¹²³ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 754 vd.; GÜMÜŞ, s. 16; EREN, Özel, s. 610; KAPLAN, s. 55; ÖZ, İnşaat, s. 121 vd.; YAKUPPUR, s. 33; YAVUZ, s. 1015-1017; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 524

¹²⁴ ARAL / AYRANCI, s. 353-354; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 755; BECKER, (I), s. 324; BÜYÜKAY, s. 144; EREN, Özel, s. 613; ERMAN, İnşaat, s. 37; GÜMÜŞ, s. 18-20; KAPLAN, s. 55; ÖZ, İnşaat, s. 121; ŞAHİN, s. 108; TANDOĞAN, s. 49; YAKUPPUR, s. 37-38; YAVUZ, s. 1000-10001; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 514;

¹²⁵ BECKER, (I), s. 324-326; ERMAN, İnşaat, s. 37-38; KAPLAN, s. 274; KIRMIZI, s. 655; YAKUPPUR, s. 37; Yüklenicinin zamanında bildirimde bulunmaması halinde arsa sahibinin uğrayacağı zararlardan sorumlu olacağına ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir: Y15HD, E. 2000/5569, K. 2001/272, T. 17.1.2001, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.12.2014: “(...)Avan proje ile belediyece tasdikli proje arasında, davacılar aleyhine eksiklik olduğu tartışma konusu değildir. Eser sözleşmesine göre; yüklenici, sözleşme eki olan avan projedeki yüzölçüme göre davacı tarafın dairesini yapıp teslim etmek yükümlülüğü altındadır. İmar mevzuatı, bu dairesinin, avan projedeki yüzölçüme göre yapılmasına engel ise yüklenicinin, bu engeli BK nun 357/III. maddesi uyarınca davacı arsa sahiplerine derhal bildirmesi ve inşaatın belediyece tasdikli projeye göre yapılması için arsa sahiplerinin iradelerini istihsal etmesi gerekir; aksi takdirde, bunun sonuçlara katlanmak zorundadır. Somut olayda, davalı yüklenici, anılan madde uyarınca genel ihbar mükellefiyetini yerine getirdiğini iddia ve kanutlanmış değildir. Bu durumda, mesaha küçüklüğü nedeniyle davacıların eksik iş niteliğindeki zararlarının tahsiline hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu kalem isteklerinin reddi doğru olmamıştır.(...)”

kurtarmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, sadakat borcuna aykırılık nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zarar, eser tamamen sözleşmeye uygun yapılmış olsa dahi yüklenici tarafından tazmin edilecektir.¹²⁶

Sadakat borcunun bir diğer görünümü ise yüklenicinin arsa sahibi ile olan kat karşılığı inşaat ilişkisinden edindiği plan, proje gibi teknik çizimleri başka inşaatlarda kullanmaması şeklindedir. Bu sadakat borcuna aykırılık durumu da yüklenici bakımından arsa sahibinin zararını tazmin sorumluluğunu doğurur.¹²⁷

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu ise; arazi üzerinde çıkan ayıplar bakımından, yüklenicinin plan ve proje işlerini de üstlenmesi halinde durumunun ne olacağıdır. Uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkilerinde genellikle yapının plan ve proje işlerinin de yüklenici tarafından üstlenildiği görülmektedir. İşin niteliği gereği; yüklenicinin söz konusu bu işleri üstlenmesi, araziyi kontrol etme yükümlülüğünü de kendisine yüklemektedir.¹²⁸ Nitekim bir arazi üzerine yapılacak inşaatın plan ve projelerini yapmayı üstlenen tarafın, arazi özelliklerini incelemesi ve plan ile projeleri buna uygun olarak düzenlemesi işin niteliği gereği hayatın olağan akışına uygun olmalıdır. O halde kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisi kapsamında plan ve projelerin yapımını da üstlenen yüklenicinin, inşaatın yapımı sürecinde arsada çıkan ayıpları arsa sahibine bildirmekle sorumluluktan kurtulamayacağı açıktır. Nitekim yüklenicinin henüz plan ve proje aşamasında araziyi etüd etmesi gerektiğinden söz konusu ayıpları daha işin başında bilmesi ve buna uygun planlama yapması gerekmektedir. Bu bağlamda plan ve proje işlerini üstlenen yüklenicinin inşaatın yapımı esnasında arazi üzerinde ortaya çıkan ayıpları arsa sahibine bildirmesi, yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacak ve doğacak zararlardan bizzat yüklenicinin sorumlu tutulması söz konusu olacaktır. Basiretli bir yüklenicinin arazi üzerinde yapacağı incelemelerle mevcut ayıbı keşfedebilmesinin mümkün olamayabileceği durumlar bakımından yüklenicinin sorumlu tutulması ise

¹²⁶ BÜYÜKAY, s. 145; ŞAHİN, s. 108; KIRMIZI, s. 655; ÖZ, İnşaat, s. 121; TANDOĞAN, s. 50-51; YAKUPPUR, s. 39; YAVUZ, s. 1002; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 508

¹²⁷ BÜYÜKAY, s. 145; GÜMÜŞ, s. 48; KURT, s. 65; ÖZ, İnşaat, s. 121; ŞAHİN, s. 108-109; TANDOĞAN, s. 50; YAKUPPUR, s. 38; YAVUZ, s. 1002: Yazar, bu durumu sır saklama yükümlülüğü olarak ifade etmiştir.

¹²⁸ ERMAN, İnşaat, s. 38.

kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Nitekim arazi üzerinde inşaatla başlamadan önce yapılan incelemelerle söz konusu ayıbın tespit edilebilmesinin mümkün olmaması halinde, yüklenicinin söz konusu ayıbı keşfederek arsa sahibine bildirmemekten sorumlu tutulması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nitelikte olan ayıbın inşaatın devamı esnasında ortaya çıkması halinde, yüklenici durumu derhal arsa sahibine bildirmeli ve bu takdirde sorumluluktan kurtulabilmelidir.

3. İnşaatın Özen ile Yapılması Borcu

Yüklenicinin sadakat borcunun dışında TBK'nun 471. maddesiyle öngörülen bir de özen borcu mevcuttur. Özen borcuna objektif bir kıstas getirilebilmesi bakımından TTK'nda öngörülen basiretli tacir kavramının bir benzeri, söz konusu hükümde "basiretli bir yüklenici" şeklinde kullanılmıştır. Yani, yüklenicinin sorumluluğunun belirlenmesinde kendisi gibi benzer bir işte müteahhitlik yapan basiretli yükleniciler gibi davranıp davranmadığına bakılacak, özen borcunun yerine getirilip getirilmediğinde temel kriter olarak bu objektif ölçüt ön plana alınacaktır.¹²⁹

Yüklenicinin özen borcu, bahsedilen ölçüt uyarınca oldukça geniş kapsamlı bir sorumluluk içermektedir. Doğabilecek muhtemel zararları önleyici tedbirler almak da özen borcunun geniş kapsamına dahildir. Bunun dışında TBK'nun 471 ve 472. maddeleri ile düzenlenen, kullanılan malzemeye ilişkin ve inşaatın bizzat yüklenicinin yönetimi altında yürütülmesine ilişkin borçlar da özen borcunun kapsamındadır.

TBK'nun 472. maddesinin 1. fıkrası ile, inşaatla kullanılacak olan malzemenin yüklenici tarafından temin edilmesi durumunda yükleniciye ait olan özen borcunu düzenlemiştir. İlgili düzenleme uyarınca, taraflar arasındaki anlaşma gereği yüklenici tarafından sağlanan malzeme sağlanması halinde, bu ayıptan yüklenicinin sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. İmalatın niteliğinin haricinde

¹²⁹ ARAL / AYRANCI, s. 355; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 754; EREN, Özel, s. 618-620; ERMAN, İnşaat, s. 40: "Bu konuda TTK. 20/2'deki basiretli bir iş adamı ölçüsünde olduğu gibi, tecrübeli ve uzman bir müteahhidin davranış biçiminin ölçü olarak alınması gerekir."; GÜMÜŞ, s. 47: "Görüldüğü üzere Kanun Koyucu, GAUCH'un görüşüne uygun olarak, objektif özen ölçütü olarak (mesleğin ve) tekniğin kabul görmüş kurallarını hem sözleşme ihlalinin hem de yüklenicinin kusurunun tespitinde aranacak bir ölçüt olarak TBK m. 471/II'ye almıştır."; KAPLAN, s.58-59; KURT, s. 64-65; ÖZ, İnşaat, s. 120; TANDOĞAN, s. 54 vd.; ŞAHİN, s. 110; YAVUZ, s. 1003; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 510

kullanılan malzemenin yapı itibariyle ayıplı olmasından, malzemeyi temin eden yüklenicinin sorumlu tutulması söz konusudur. Ancak belirtildiği üzere bu sorumluluğun ön şartı, inşaatta kullanılacak malzemenin yüklenici tarafından sağlanması halidir.¹³⁰

Malzeme cinsinin asgari olarak orta kalitede olması ve inşaat yapılacak arsanın özelliklerine elverişli olması gerekmektedir.¹³¹

Kanun düzenlemesinin sonucu olarak yüklenicinin temin ettiği malzemenin ayıplı çıkması halinde, yüklenici arsa sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacaktır. Söz konusu bu sorumluluk, arsa sahibinin bütün satış sözleşmesi hükümlerinden yararlanması anlamında olmayıp, uğranılan zararların tazmini bakımından yüklenicinin kusuru olmasa dahi doğrudan doğan zararların tazmin edilmesi anlamındadır.¹³²

Yüklenicinin inşaatı kendi yönetimi altında yönetmesi borcu ise; işçi, yardımcı kişiler, alt yükleniciler gibi kişilerin seçiminde özen gösterilmesi ve inşaat süreci bakımından organizasyonun yüklenici talimatı ve denetimi altında yürütülmesi anlamındadır.¹³³ Söz konusu bu borcun yaptırımı özel olarak düzenlenmemiş olup, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hüküm yoluyla çözülecektir. Bu çözüm

¹³⁰ ARAL / AYRANCI, s. 352 vd.; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 755 vd.; BECKER, (I), s. 318; BÜYÜKAY, s. 156 vd.; EREN, Özel, s. 612; ERMAN İnşaat, s. 41; GÜMÜŞ, s. 16 vd.; KURT, s. 63-64; ÖZ, İnşaat, s. 122-123; TANDOĞAN, s. 104 vd.; YAKUPPUR, s. 36; YAVUZ, s. 1015-1017; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 525 vd.;

¹³¹ BECKER, (I), s. 322; BÜYÜKAY, s. 157; ERMAN İnşaat, s. 42; KURT, s. 64; ÖZ, İnşaat, s. 123; TANDOĞAN, s. 106; YAKUPPUR, s. 35.

¹³² ARAL / AYRANCI, s. 353; BECKER, (I), s. 318: Yazar bu noktada sorumluluğun çifte bir sorumluluk olduğunu, sorumluluklardan birinin satış sözleşmesindeki tekeffül borcuna benzer bir sorumluluk arz ettiğini, diğer sorumluluğun ise kusurdan doğan sorumluluk olduğunu belirtmektedir. Buna göre, tekeffül borcunun satış sözleşmesindeki gibi sınırlı olmasını kusurdan doğan sorumluluk tamamlamaktadır.; BÜYÜKAY, s. 159; EREN, Özel, s. 612; ERMAN İnşaat, s. 43: Yazar, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin bu şekilde uygulanmasının çelişkili sonuçlar doğuracağını, önemsiz ayıplarda ile ifanın reddedilebileceğini ve 5 yıl olması gereken zamanaşımı süresinin bu hükümlerin uygulanmasıyla 1 yıla ineceğini, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin arsa sahibine onarım ve islah hakkı vermeyeceğini ifade etmektedir.; GÜMÜŞ, s. 17; ÖZ, İnşaat, s. 122-123; TANDOĞAN, s. 107-108; YAKUPPUR, s. 37-38; YAVUZ, s. 1016; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 526.

¹³³ ARAL / AYRANCI, s. 343 vd.; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 754.; BECKER, (I), s. 317; BÜYÜKAY, s. 80 vd.; EREN, Özel, s. 603 vd.; ERMAN İnşaat, s. 43 vd.; GÜMÜŞ, s. 11 vd.; KAPLAN, 273.; KURT, s. 60-61; ÖZ, İnşaat, s. 123 vd.; ŞAHİN, s. 109; TANDOĞAN, s. 70 vd.; YAKUPPUR, s. 26-27; YAVUZ, s. 1010 vd.; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 519 vd.;

TBK'nun 112. maddesi uyarınca arsa sahibinin zararının giderilmesi olarak vücut bulacaktır. Diğer bir deyişle yüklenicinin yardımcı kişiler, alt yükleniciler gibi kişilerin seçimi ve organizasyonun yürütülmesi bakımından özen borcuna aykırı davranması halinde arsa sahibinin zararından sorumluluğu söz konusudur.¹³⁴

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisi kapsamında yüklenicinin inşaatın yapımında çalıştırdığı yardımcı kişilerin işi gereği gibi yerine getirmemeleri halinde, yüklenici TBK'nun 116. maddesi uyarınca sorumlu olacaktır.¹³⁵

Yardımcı kişilerin haricinde, yüklenicinin bir takım işleri alt yüklenicilere devretmek suretiyle yaptırtması da mümkündür.¹³⁶ Ancak asıl yüklenicinin bütün işi alt yükleniciye bırakması mümkün olmayıp, inşaatın kendi yönetimi altında yürütülmesi borcuna aykırılık teşkil eder.¹³⁷ Alt yükleniciyle asıl yüklenici arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesi hükümlerine tabi olup, alt yüklenici üstlendiği iş bakımından asıl yükleniciye karşı sorumludur. Alt yüklenicinin işi hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde ise arsa sahibinin uğrayacağı zarardan asıl yüklenici sorumlu olacak ve alt yükleniciye rücu edecektir. Arsa sahibinin direk olarak alt yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilmesi için alt yüklenicinin arsa sahibine yükümlülüğüne ilişkin bir taahhüt vermiş olması, alt yüklenicilik sözleşmesinin arsa sahibi bakımından üçüncü kişi lehine sözleşme hükmünde olması ya da şartlarının oluşması halinde haksız fiile ilişkin genel hükümlere başvurulması gerekmektedir.¹³⁸

¹³⁴ ARAL / AYRANCI, s. 344 vd.; BECKER, (I), s. 318; BÜYÜKAY, s. 87; EREN, Özel, s. 603 vd.; ERMAN İnşaat, s. 48; GÜMÜŞ, s. 13; KAPLAN, s. 273; KIRMIZI, s. 656; ÖZ, İnşaat, s. 125-126; ŞAHİN, s. 109; TANDOĞAN, s. 91 vd.; YAKUPPUR, s. 28; YAVUZ, s. 1011; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.521;

¹³⁵ BÜYÜKAY, s. 87; EREN, Özel, s. 609; ERMAN, İnşaat, s. 49-50.; GÜMÜŞ, s. 13; KIRMIZI, s. 656-657; KURT, s. 61-62; ÖZ, İnşaat, s. 126; TANDOĞAN, s. 92; YAKUPPUR, s. 30; YAVUZ, s. 1012-1013; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.523;

¹³⁶ ARAL / AYRANCI, s. 343 vd.; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 754.; BECKER, (I), s. 320; BÜYÜKAY, s. 80 vd.; EREN, Özel, s. 603 vd.; ERMAN İnşaat, s. 43 vd.; GÜMÜŞ, s. 11 vd.; KAPLAN, s. 273.; KURT, s. 60-61; ÖZ, İnşaat, s. 123 vd.; ŞAHİN, s. 109; TANDOĞAN, s. 70 vd.; YAKUPPUR, s. 26-27; YAVUZ, s. 1010 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 519 vd.;

¹³⁷ ERMAN, İnşaat, s. 44 d.n.40: Yazar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin etkili çalışmasına, sözüne, parasal gücüne ve edimlerinin kaliteli olmasına güvenildiğinden bahisle inşaatın bir bütün olarak alt yükleniciye bırakılmasını kabul etmediğini belirtmektedir.; TANDOĞAN, s. 95

¹³⁸ ARAL / AYRANCI, s. 347-348; BÜYÜKAY, s. 85-86; EREN, Özel, s. 607-608; ERMAN, İnşaat, s. 46 vd.; KIRMIZI, s. 125-126; TANDOĞAN, s. 84 vd.; ZEVKLİLER / AYDOĞDU, s. 523

Alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki ilişkide asıl yükleniciden ücret alacağı bulunan alt yüklenicinin arsa üzerinde kanuni ipotek hakkı mevcuttur. Söz konusu hakkın kaynağı TMK'nun 893. maddesidir. Bu duruma yol açan asıl yüklenicinin ise arsa sahibine karşı sorumluluğu mevcuttur.¹³⁹

Netice itibariyle hem alt yüklenicinin özenle seçilmesi hem de alt yüklenicinin yüklendiği işleri ifa etmesi aşamasında talimat ve denetim anlamında asıl yüklenicinin arsa sahibine karşı özen borcundan kaynaklanan sorumluluğu mevcuttur.

Bahsedildiği üzere yüklenicinin özen borcunun kapsamı oldukça geniş olup, inşaatın yasa, sözleşme, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılması gibi geniş bir anlam içermektedir. Bu anlamda yasalarla belirtilen çeşitli izinler ve prosedürlerin yerine getirilmemesi, inşaatın imar mevzuatına uygun yapılmaması gibi durumların mevcudiyeti; inşaatın yapımı başlamış ve devam etse dahi, inşaatın özenle yapılmadığı sonucunu doğurur. Yine aynı şekilde sözleşmeyle tarafların belirlediği kriterlere uygun olmadan inşaatın devamı halinde de yüklenicinin özen borcunu yerine getirmediğinden söz edilebilecektir. Basiretli olmak kriteri de göz önüne alındığında fen bilimlerine aykırı düşecek şekilde teknik yeterlilik sağlanmadan inşaatın yapılması veya arsa sahibinin sözleşmeyle kurulan hukuki ilişkiden kaynaklı olarak beklediği estetik kaygıların hiçe sayılarak inşaatın yapılması, yine özen borcuna aykırılık sonucunu doğuracaktır.¹⁴⁰

¹³⁹ BÜYÜKAY, s. 86-87; EREN, Özel, s. 608; ERMAN, İnşaat, s. 47; KIRMIZI, s. 127; TANDOĞAN, s. 84 vd.

¹⁴⁰ Nitekim, Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü de aynı olup, bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: YHGK, E. 2005/7631, K. 2006/6983, T. 30.11.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 16.12.2014: “(...)Yüklenici davacılar, Borçlar Yasası'nın 356. maddesi hükmü gereğince, arsa sahiplerine karşı yükledikleri özen borçları uyarınca inşaatı yasa ve sözleşme hükümlerine ve ayrıca fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak ve tamamlanmış eser olarak arsa sahiplerine teslim etmekle yükümlüdürler. O halde, davacı yüklenicilerin yapımı yükledikleri inşaatı yasa ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yapıp yapmadıklarının mahkemece öncelikle araştırılıp tesbiti gerekmektedir. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporlarından inşaatın yasal olup olmadığı anlaşılacaktır. Tüm bu sebeplerle, mahkemece yapılacak iş; inşaatın Belediyeden işleme dosyası getirilerek uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile inşaat üzerinde keşif ve inceleme yapılarak inşaatın imar mevzuatına uygun olarak yapıp yapılmadığının belirlenmesi; inşaat yasal değilse yasal hale getirilmesi olanaklı ise buna yönelik işlemlerin yükleniciler tarafından yapılabilmesi için uygun süre verilmesi ve inşaatın yasal olması ya da yasal hale getirilmesi durumunda ise az yukarıda açıklandığı üzere arsa sahipleri yararına ipotek tesisi gerektiği gözetilerek bunun için gereken işlemlerin yapılması ve varılacak sonuca göre bir karar verilmesi; inşaatın yasal olmaması ya da verilen süre içinde yasal hale getirilmemesi yahut ipotek tesisi için

4. İnşaatın Sözleşmeye Uygun Yapılması Borcu

Yüklenicinin inşaatı ayıpsız, sözleşme ve teknik şartnamede öngörülen biçimde, plan ve projelere sadık kalarak, öngörülen zamanda ve eksiksiz yapması esastır.¹⁴¹ Bu borç bahsedildiği üzere özen borcunun da kapsamında kabul edilebilmektedir. Nitekim özen borcuna ilişkin TBK'nun 471/I maddesi hükmü ile getirilen basiretli bir yüklenici gibi davranma kıstasının gereği de inşaatın öngörülen biçime uygun yapılmasıdır. Yüklenicinin söz konusu bu borca aykırı davranması halinde arsa sahibinin yapabilecekleri inşaatın yapımı aşamasında ve inşaat tamamlandıktan sonra olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Arsa sahibinin yüklenicinin ayıbına karşı inşaatın tamamlanması ve eserin teslim edilmesinden sonra başvurabileceği hukuki müessese ayıp sebebiyle sorumluluk müessesesidir.¹⁴² Bunun için eserin teslim alınması anından itibaren makul bir süre içinde ayıpların giderilmesi gerektiği yükleniciye bildirilmelidir. Yapılan bu bildirimle rağmen yüklenicinin ayıpları gidermemesi halinde kanun koyucu arsa sahibine bir takım seçimlik haklar tanımıştır. Arsa sahibinin TBK'nun 475. maddesiyle düzenlenen seçimlik hakları; eserin kullanılmayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanılmayacak ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması halinde sözleşmeden dönme, binanın arsa sahibince alıkonulması suretiyle ayıp oranında bedelden indirim isteme ve bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını istemedir. Bu seçimlik hakların yanı sıra arsa sahibinin, uğradığı zararları genel hükümlere isteme hakkı da mevcuttur.¹⁴³

öncelikle yapılması gereken işlemlerin yapılmaması durumunda ise davanın reddine karar vermektен ibaret olmalıdır. (...)"

¹⁴¹ KAPLAN, s. 54-55; YAKUPPUR, s. 25-45.

¹⁴² KAPLAN, s. 55.

¹⁴³ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir: Y14HD, E. 2014/1382, K. 2014/2566, T. 26.2.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.01.2015: "(...)Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Öncelikle üzerine inşaat yapılacak arsayı yükleniciye teslim etmesi gereken arsa sahibi, yüklenicinin karşı edimini yerine getirmesinden sonra da yükleniciye sözleşmeye uygun arsa veya kurulmuşsa kat irtifak tapusunu devretmekle yükümlüdür. Yüklenicinin temel borcu ise eseri (binayı) meydana getirmektir. Bir bina inşasından maksat, o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir. İşte, yüklenici bu nitelikleri taşıyan bir bina meydana getirmişse, sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde yapının arsa sahibine tesliminde, sözleşmede ayrık hüküm varsa teslimden önce ve ancak sözleşme koşullarına

Aynı maddenin son bendi arsa sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan eserin sökülüp kaldırılmasında aşırı zararın doğacak olması halinde sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılmayacağını düzenlemektedir. Kanunda eser sözleşmesi kapsamında düzenlenen bu hükmü, kat karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından değerlendirmek gerekirse; sözleşmenin niteliği gereği kat karşılığı inşaat ilişkisinde eserin arsa sahibinin arazisi üzerine yapıldığı ve dolayısıyla çok istisnai haller haricinde sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracağı gayet açıktır. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde arsa sahibinin eseri teslim aldıktan sonra ayıp sebebiyle çok istisnai haller haricinde sözleşmeden dönemeyeceğini kabul etmek gerekir.

Kanun koyucu yüklenicinin ayıplı imalatı karşısında arsa sahibine ayıba karşı tekeffül hükümlerinin haricinde TBK'nun 473/II maddesi¹⁴⁴ ile bir ihtimal daha tanımıştır. Arsa sahibinin, henüz inşaat aşaması devam ederken binanın kusurlu veya sözleşmeye aykırı olduğunu fark etmesi halinde belirli şartların mevcut olması koşuluyla inşaat işini üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün kılınmıştır.¹⁴⁵

Bu durumun söz konusu düzenlemeyle bağlandığı şartlar mevcuttur. Öncelikle ayıbın imalatın devam ettiği esnada arsa sahibince öğrenilmesi gerekmektedir. Ancak bu durum arsa sahibinin inşaatın gidişatından çıkaracağı bir tahmin anlamında değildir. Diğer bir deyişle, inşaatın sona erdiğinde ayıplı olacağının arsa sahibince tahmin edilmesi, TBK'nun 473/II maddesinin uygulanmasına mahal vermez. Sözleşme konusu eserin inşa edilmesi esnasında kesin olarak yapının ayıplı olacağının arsa sahibince anlaşılması gerekmektedir. Bu bakımdan imalat esnasında özensiz davranan yüklenicinin eseri ayıplı şekilde imal ediyor olması karşısında arsa sahibi yükleniciye bir ihtar çekerek uygun bir süre

uygun oranda arsa payı veya bağımsız bölümün tescilini isteyebilir. Kuşkusuz yüklenicinin teslimden sonraki borcu ayıba karşı tekeffül borcu olarak devam edeceğinden, yüklenici eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşulları yerinde ise arsa sahibinin cezai şart alacağıyla sözleşmedeki diğer alacaklarından ve ayrıca kanundan kaynaklanan alacaklarından da sorumludur.(...)"

¹⁴⁴ TBK md. 473/II: "Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtar bulunabilir."

¹⁴⁵ BECKER, (I), s. 326; ŞAHİN, s. 110-111; ERMAN, İnşaat, s. 50; KAPLAN, s. 50; KIRMIZI, s. 659; YAKUPPUR, s. 46-50 arası.

vermek ve bu süre içerisinde imalatın sözleşmeye uygun bir biçime getirilmemesi halinde işin başka bir üçüncü kişiye devredileceğini bildirmek durumundadır.¹⁴⁶ Bu noktada meydana gelen hasarlar ve buna ilişkin masrafların yüklenici tarafından karşılanması gerekmektedir. Söz konusu uygun süre, işin niteliği ve ayıbın giderilmesi için gereken makul bir süre olarak görülmelidir. Verilen sürenin dolması ve yüklenici tarafından gerekli önlemlerin alınarak inşaatın imalatının ayıpsız veya sözleşmeye uygun bir hale getirilmemesi halinde, arsa sahibi işi üçüncü bir kişiye devredebilecektir. Yüklenicinin söz konusu ayıpları gidermeyeceğini açıkça belirtmesi halinde ise, arsa sahibinin makul bir süre vermesine gerek yoktur.¹⁴⁷

Eserin sözleşmeye uygun imal edilmesi bakımından diğer bir husus ise sözleşmeyle üstlenilen işe zamanında başlanılmaması ve işin açıkça gecikeceğinin anlaşılabilmesi halidir. Bu bakımdan TBK'nun 473/1. maddesi ile yüklenicinin işe geç başlaması veya kendi kusuruyla işi geciktirmesi ve kendi kusuru olmasa dahi vuku bulan bir sebepten işin zamanında bitmeyeceğinin açıkça görülmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceği ve bu şekilde yükleniciyi temerrüde düşürebileceği düzenlenmiştir.

Eserin zamanında teslim edilememesi hali ise imalatın sözleşmeye aykırı veya ayıplı ifa edilmesinden farklı bir durum olup, şartlarının oluşması halinde borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁴⁸

5. Eseri Teslim Borcu

Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği asli edim; sözleşmeye konu olan binanın bir bütün olarak tamamlanması ve bunu takiben arsa sahibine ait olacağı belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslim edilmesidir.¹⁴⁹

¹⁴⁶ BECKER, (I), s. 328; KAPLAN, s. 55; YAKUPPUR, s. 50.

¹⁴⁷ BECKER, (I), s. 328; ERMAN, İnşaat, s. 51-52; YAKUPPUR, s. 50.

¹⁴⁸ BECKER, (I), s. 326; KAPLAN, s. 55.

¹⁴⁹ DİRİCAN, s. 5-9; KAPLAN, s. 53-54; ŞAHİN, s. 106; YAKUPPUR, s. 62.

Binanın bir bütün olarak tamamlanmasıyla kastedilen, sadece arsa sahibine kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin değil, kat maliklerinin ortak kullanımına açık olan yerlerin de tamamlanmış olmasıdır. Yükleniciye kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümleri etkileyecek boyutta olması halinde ise ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁵⁰ Ancak yüklenicinin kendisine kalacak bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin ana taşınmazın kat mülkiyetine dönüştürülmesine engel olacak nicelikte olmaması gerekmektedir. Nitekim sözleşmeyle amaçlanan husus inşaatın tamamlanmasıyla kat mülkiyetinin kurulması ve tarafların bağımsız bölüm maliki olmasıdır. Yüklenicinin kendisine kalacak olan bölümler bakımından inşaatta bulunan eksiklik, kat mülkiyeti kurulmasına engel olacak nitelikteyse binanın bir bütün olarak tamamlanmadığı, teslim edilmediği ve yüklenicinin eseri teslim borcunu ifa etmediği kabul edilecektir.¹⁵¹

İnşaata dayalı hukuki ilişkilerde eserin arsa üzerinde yapılması için doğası gereğidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından da eserin arsa üzerinde inşa edilmesinden dolayı inşaatın tamamlandığının yüklenici tarafından arsa sahibine bildirilmesi, “teslim” niteliğindedir. Yüklenicinin yapıyı görülebilir ve üzerinde tasarruf edilebilir bir biçimde tamamlaması, bildirim olarak değerlendirilmekte ve bu şekilde tamamlanan inşaatın bittiğinin arsa sahibine bildirildiği kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle söz konusu bildirim açık veya örtülü olarak yapılması mümkündür. Arsa sahibinin eser üzerinde fiili egemenliğini kullanmaya başlaması suretiyle örtülü olarak ya da açık olarak eseri kabul etmesi mümkündür.¹⁵²

¹⁵⁰ GÜMÜŞ, s. 117; KAPLAN, s. 274.

¹⁵¹ ERMAN, İnşaat, s. 3: Yükleniciye ait olacak dairelerin iç bölümlerinde kapıların takılmamış olması, mutfak tezgahının bulunmaması ve benzeri eksiklikler ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesine engel değildir. Dolayısıyla bu tip eksikliklerin bulunması yüklenicinin edimini yerine getirmediği anlamına gelmemelidir.; Karş.: KARTAL, s. 101: “Ayrıca sözleşme ile istenen amaç, yalnız iş sahibine ait bölümlere ilişkin dairelerin yapılması değil, yüklenicinin ücretine karşılık olarak aldığı arsa paylarına bağlı bölümlerinde tamamlanıp bütünlük taşıyan anayapının ortaya çıkarılmasıdır. (...) Tabii ki, yüklenicinin edimini yerine getirmiş olabilmesi için, bütünlük arz eden inşaatın sözleşme gereğince tamamlanması gerekir. Yoksa sadece iş sahibine verilecek bağımsız bölümlerin yapılması ile yetinilmesi uygun olmadığı gibi, çoğu kez böyle bir durum maddeten imkansız da olabilir.”

¹⁵² DİRİCAN, s. 10; ERMAN, İnşaat, s. 34; KIRMIZI, s. 651; ŞAHİN, s. 106; YAKUPPUR, s. 65; Karş.: BECKER, (II), s. 536: Yazar arsa sahibinin eseri kullanmaya başlamasının teslim anlamına gelmeyeceğini, eserin tamamen arsa sahibinin tasarrufu altına bırakılmasıyla teslimin gerçekleştiğinin kabul edileceğini ifade etmektedir.

Arsa sahibinin kendisine ait olacak olan bağımsız bölümlere taşınması veya söz konusu bağımsız bölüme kiracı kabul etmesi gibi bir takım haller, bağımsız bölümün arsa sahibince kullanılmaya başladığını göstermekte ve bu durum da binanın arsa sahibine tesliminin gerçekleştiği kabulünü doğurmaktadır. Bu durum bir nevi karine tesirine sahiptir. Eserin bütün olarak tamamlanmamasına rağmen arsa sahibinin kendisine ait olacak bağımsız bölümü kullanmaya başlaması olasıdır. Böyle bir durumda arsa sahibince eserin kullanılması, karineten yüklenicinin teslim borcunu ifa ettiği anlamına gelecektir. Ancak fiili kullanımın mevcudiyetine rağmen, eserin tamamlanmadığı arsa sahibince ileri sürülebilir ve ispat edilebilir. Söz konusu ispatın arsa sahibince yapılması halinde, fiili kullanıma rağmen eserin teslim edilmediği kabul edilecektir. Bu durumun tam tersinin gerçekleşmesi de mümkün olup, arsa sahibinin bağımsız bölümlerini kullanmasının yüklenici tarafından engellenmesi veya gereken imkanın sağlanmaması, eserin tamamlanmış olmasına rağmen teslim edilmediği kabulünü doğuracaktır. Diğer bir deyişle, yüklenici eseri tamamlamış olmasına rağmen arsa sahibinin kullanımına sunmuyorsa, kullanımı engelliyorsa veya kullanıma engel durumları ortadan kaldırmıyorsa, eserin teslim edildiği kabul edilemeyecektir.¹⁵³

Yapının tamamlanması ve bütünlüğü bakımından önemsiz nitelikte olan işlerin eksik kalması ise, eserin tamamlandığının kabul edilmesine engel teşkil etmez.¹⁵⁴ Zira, eser tamamlanmış olsa dahi ayıplı olabilir. Bu bakımdan eserin tamamlanmadığı ileri sürülemezken, ayıplı tamamlandığının ileri sürülmesi mümkündür. Misalen, bir elektrik anahtarının takılmamış olması¹⁵⁵ veya bütün inşaatın tamamlanmış olmasına rağmen bir dairenin pencerelerinin montajının atlanmış olması gibi ikincil işlerin eksikliği nedeniyle arsa sahibinin eserin tamamlanmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilecektir.¹⁵⁶

¹⁵³ DİRİCAN, s. 10; ERMAN; İnşaat, s. 34; KIRMIZI, s. 652; YAKUPPUR, s. 65; ŞAHİN, s. 106-107.

¹⁵⁴ ŞAHİN, s. 107; ERMAN, İnşaat, s. 34; YAKUPPUR, s. 66

¹⁵⁵ KIRMIZI, s. 652; YAKUPPUR; s. 66.

¹⁵⁶ AKYOL, s. 23: Hakkın kötüye kullanılmış sayılması bakımından alınacak ölçü amaca aykırılık ve menfaat yokluğudur. Bu bakımdan söz konusu halin vuku bulması halinde arsa sahibinin eserin

Sözleşme ile, teslimin biçimi hakkında bir takım kıstaslar getirilmesi mümkündür. Taraflar sözleşmeye koyacakları maddeyle belli bir şartın gerçekleşmesini, teslim borcunun yerine getirilmesi bakımından şart olarak belirleyebilirler.¹⁵⁷ Bu minvalde uygulamada çok sık görülen bir durum, esere ilişkin iskanın yüklenici tarafından alınması şartına bağlı olarak teslimin gerçekleştiğinin kabul edilmesi ve buna ilişkin bir maddenin sözleşmeye konulmasıdır.¹⁵⁸

6. Ayıptan Sorumluluk

Yüklenicinin özen borcuyla yakın ilişkisi olan ayıptan sorumluluk, yüklenicinin ayıpsız bir eser meydana getirmek ve bunu teslim etmekle yükümlü olmasını içermektedir. TBK'nun 474 ve 478. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesine ilişkin yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Meydana getirilip arsa sahibine teslim edilen eser üzerinde; sözleşme ile belirlenen ya da dürüstlük kuralı gereğince eserde bulunması gereken niteliklerin mevcut olmaması, eserin maddi, hukuki veya ekonomik olarak ayıplı olduğunu göstermektedir.¹⁵⁹ Söz konusu durum niteliğine göre açık ayıp, gizli ayıp veya gizlenmiş ayıp olarak nitelendirilebilecektir.

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için söz konusu ayıp arsa sahibine yüklenmemelidir. Ayıbın yüklenicinin ihbarına rağmen arsa sahibinin ya da yardımcısının öneri ya da bildirim olarak nitelendirilemeyen ancak bağlayıcı direktif olarak nitelendirilebilecek yazılı veya sözlü talimatına uyulmasından ve bu durumun ayıpla arasında illiyet bağı olmasından kaynaklanması veya başka bir sebeple ayıbın

tamamlanmadığını öne sürmesi, amaca aykırılık e menfaat yokluğu kriterlerini karşılayacağından, bu durum hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir.

¹⁵⁷ DİRİCAN, s. 10; ERMAN, İnşaat, s. 35; KIRMIZI, s. 652-653; YAKUPPUR, s. 67.

¹⁵⁸ Bu bağlamda Yargıtay, sözleşmeyle anahtar teslimi şeklinde kararlaştırılan yüklenici edimine iskan alımının da dahil olduğu görüşündedir. Misalen Yargıtay'ın bir kararındaki değerlendirme şu şekildedir: Y15HD, E. 2007/1363, K. 2008/983, T. 19.2.2008, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.01.2015: “(...)Öncelikle inşaatla ilgili işlem dosyası belediyeden celbedilerek mahallinde keşif yapılmalı, inşaatın imar mevzuatına uygun olup olmadığı saptanmalı, sözleşmede anahtar teslimi şeklinde teslim öngörülmüş olmakla bu hususun iskan alımını da kapsadığı gözönüne alınarak(...)”

¹⁵⁹ EREN, Özel, s. 629; YENER, Mehmet Deniz, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, EÜHFD, C. IV, Sa. 1, 2009, s. 156-157

arsa sahibine yüklenmesi, yüklenicinin sorumluluğuna gidilmesine engeldir. Yüklenicinin bu şekilde sorumluluktan kurtulabilmesi için arsa sahibine verdiği talimata uyulması halinde ayıbın doğacağını açık bir şekilde belirten ihbarda bizzat ya da yardımcısı aracılığıyla bulunması gerekmektedir.¹⁶⁰

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesinin bir diğer şartı ise arsa sahibinin eseri kabul etmemiş olmasının gerekliliğidir. Eser, arsa sahibince açık ya da örtülü olarak kabul edilebilmekte, söz konusu bu kabul yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna kural olarak gidilememesi sonucunu doğurmaktadır. Arsa sahibinin eseri çekince koymaksızın teslim alması ve üzerinde fiili veya hukuki tasarrufta bulunması eseri örtülü olarak kabul ettiğini göstermektedir.¹⁶¹

Arsa sahibinin eserin teslim alınmasından sonra gözden geçirme¹⁶² ve ihbar¹⁶³ külfeti bulunmaktadır. Söz konusu külfetlerin yerine getirilmemesi, arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanamamasına yol açacaktır.¹⁶⁴ Gözden geçirme; eserin teslim edilmesinden sonra dürüstlük kuralı uyarınca belirlenecek zaman içerisinde olmak üzere imkan bulur bulmaz,¹⁶⁵ eserin sahip olması gereken özelliklere sahip olup olmadığının eserin niteliğine uygun düşen şekilde, orta zekadaki bir arsa sahibinin özeniyle incelenmesidir.¹⁶⁶

Gözden geçirme neticesinde taşınmazda bir ayıbın tespit edilmesiyle, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurulabilmesi için arsa sahibinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın, yükleniciye ayıbı açık bir şekilde anlatan

¹⁶⁰ BECKER, (II), s. 544 vd.; EREN, Özel, s. 630-632; YENER, Tekeffül, s. 172

¹⁶¹ BECKER, (II), s. 536: Yazar, arsa sahibinin inşaat tamamlanmadan eseri kullanmaya başlamasının tek başına teslim anlamına gelmeyeceğini, eserin ifa olarak arsa sahibinin tasarrufu altına bırakılmasıyla teslimin gerçekleştiğinin kabul edileceğini ifade etmektedir.; EREN, Özel, s. 634-635; YENER, Tekeffül, s. 158

¹⁶² BECKER, (II), s. 535; YENER, Tekeffül, s. 159 vd.; YÜCER AKTÜRK, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara, 2012, s. 93 vd.

¹⁶³ BECKER, (II), s. 535; YENER, Tekeffül, s. 159 vd.; YÜCER AKTÜRK, s. 171 vd.

¹⁶⁴ BECKER, (II), s. 535 ve s.545; “Ayıp ihbarının yapılması için uygun sürenin belirlenmesinde, işlerin olağan gidişine göre ne kadar süre içinde muayene işlemi yapılabileceği dikkate alınmalıdır.”; YENER, Tekeffül, s. 161; YÜCER AKTÜRK, s. 249 vd.

¹⁶⁵ BECKER, (II), s. 536; YENER, Tekeffül, s. 159; YÜCER AKTÜRK, s. 126 vd.

¹⁶⁶ YÜCER AKTÜRK, s. 98.

ayrıntılı bir ihbarda bulunması ve bu ihbarda yüklenicinin sorumlu olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, arsa sahibi eseri ayıplı olarak kabul etmiş sayılacaktır.¹⁶⁷

Olağan bir gözden geçirmeyle fark edilemeyen ve eserin kullanılmaya başlanmasıyla anlaşılabilen gizli ayıpların da fark edilmesiyle birlikte gecikmeksizin yükleniciye bildirilmesi gerekmektedir. Kasten veya ağır ihmal uyarınca yüklenici tarafından gizlenmiş ayıplarda, satış sözleşmesine ilişkin düzenlenen TBK'nun 225. maddesinin kıyasen uygulanması sebebiyle arsa sahibinin geç bildirimde bulunmuş olması yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacaktır.¹⁶⁸

Ayıplı taşınmaz karşısında arsa sahibinin TBK'nun 475. maddesiyle düzenlenen hakları gündeme gelecektir. Sözleşmeden dönme, ayıp oranında indirim ya da ücretsiz onarım isteme, arsa sahibinin yüklenicinin ayıplı imalatı karşısında tek taraflı irade beyanıyla açık ya da örtülü olarak kullanabileceği yenilik doğuran haklar olup, üç seçimlik hakkın yanı sıra genel hükümler uyarınca tazminat talep edilebilmesi de mümkündür.¹⁶⁹ Dönme ve indirim isteme hakları üçüncü kişiye devredilemezken, onarım isteme hakkı arsa sahibince üçüncü kişilere devredilebilecektir.¹⁷⁰

Dönme hakkının tercih edilebilmesi; yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak eserin arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı şekilde ayıplı olmasına bağlıdır. Ayrıca taşınmazın sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa, TBK'nun 475. maddesinin son fıkrası uyarınca sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacaktır. Dönme hakkının kullanılarak yüklenicinin hakimiyet alanına ulaşmasıyla sözleşme tasfiye sürecine girecektir. İfa edilmeyen edimler ortadan kalkar ve ifa edilen edimler bakımından iade borcu doğar. Yüklenicinin aldığı avans ve hak edişleri faizi ile birlikte geri verme, arsa sahibi ise eseri iade etme borcu altındadır. Eserin iadesi yıkma suretiyle molozların arsadan

¹⁶⁷ BECKER, (II), s. 538 vd.; YENER, Tekeffül, s. 159; YÜCER AKTÜRK, s. 250-252.

¹⁶⁸ BECKER, (II), s. 546-547; YENER, Tekeffül, s. 160; YÜCER AKTÜRK, s. 253-254.

¹⁶⁹ BECKER, (II), s. 540; EREN, Özel, s. 641; YENER, Tekeffül, s. 162

¹⁷⁰ EREN, Özel, s. 642.

uzaklaştırılmasıdır. Yüklenici tarafından bu iade borcu yerine getirilmezse, arsa sahibi de eseri yıktırıp, masrafını tazminat olarak talep edebilecektir.¹⁷¹ Dönmeyle beraber sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır.¹⁷² Ancak Yargıtay'ın 1983 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda, TMK'nun 2. maddesi uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiğinin kabul edilebilmesi de mümkündür. Somut olayın özelliğinin ileriye etkili sona ermeyi haklı gösterdiği durumlar ise, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre yüklenicinin inşaatın büyük bir kısmını tamamladığı hallerdir.¹⁷³

Ağır olmayan ayıpların eserin değerini düşürmesi halinde bedelden indirim istenebilmesi gündeme gelecek, düşen değer oranında bedelde indirim yapılacaktır. Eserin onarılmasının istenebilmesi ise bunun mümkün olmasına bağlıdır. Bu hakkın kullanılması sebebiyle katlanılacak olan masraf miktarıyla arsa sahibinin kazanımı arasında fahiş bir fark olması halinde bu hakkın kullanılmaması gerekir. Yüklenicinin esere ilişkin bir takım nitelikleri arsa sahibine garanti etmesi halinde masraf miktarıyla arsa sahibinin kazanımı arasında fahiş bir fark olsa dahi arsa sahibi onarım hakkını tercih edebilecektir.¹⁷⁴ Yüklenicinin onarımdan kaçınması üzerine arsa sahibi onarım işini TBK'nun 113/I maddesi uyarınca gideri yükleniciden tazmin edilmek üzere başka bir yükleniciye verebilecektir. Onarım hakkının tercih edilmesine rağmen yüklenicinin onarımı gerçekleştirmemesi üzerine arsa sahibi kural olarak sözleşmeden dönebilecektir. Ancak onarım hakkının ayıbın sözleşmeden dönmeyi haklı gösterecek kadar önemli olmadığı hallerde ve onarımın aşırı masraf gerektirmemesi hallerinde kullanılabilmesi göz önüne alındığında, istisnai durumlar

¹⁷¹ EREN, Özel, s. 643; YENER, Tekeffül, s. 164: Eserin arsa sahibinin arsası üzerine yapıldığı durumlarda, eserin yıkılmasının ve kaldırılmasının fazla bir zarar gerektirmesi halinde, arsa sahibi ücretin indirilmesi ya da ayıbın giderilmesi seçimlik haklarını tercih edebilecektir. Bu bağlamda eserin yıkılarak kaldırılmasının yüklenici için aşırı bir zarar ihtiva edip etmediği, somut olayın özelliğine göre hakim tarafından takdir edilecek, eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymetle arsadan kaldırıldığı zamanki değer düşüklüğü arasındaki fark bu belirleme yapılırken kullanılacak bir kıstastır.

¹⁷² YENER, Tekeffül, s. 162; Karş. EREN, (Özel) s. 643: Yazara göre dönme; geçmişe etkili bozucu değil, geleceğe etkili değiştirici yenilik doğuran bir haktır.

¹⁷³ Bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, cc, ddd başlığı.

¹⁷⁴ EREN, Özel, s. 646; YENER, Tekeffül, s. 165 vd.

dışında yüklenicinin inşaatın büyük bir bölümünü tamamlamış olması söz konusu olacaktır. Bu durumda Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre yüklenicinin inşaatın büyük bir kısmını tamamladığı hallerde sözleşmenin sona erdirilmesi iradesinin dönme olarak değil, fesih olarak nitelendirilmesi söz konusu olacak ve sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir.¹⁷⁵

Kusursuz olan arsa sahibinin açıklanan seçimlik haklarının yanı sıra TBK'nun genel hükümlerine göre kusursuz olduğunu ispat edemeyen yükleniciye ihbarda bulunulmuş olması suretiyle tazminat talep etme hakkı da mevcuttur. Ayıptan doğan zararın yanı sıra ayıbı takip eden, kazanç kayıpları ve kira kayıpları gibi zararlar da genel hükümlere göre talep edilebilecek tazminatın kapsamı dahilindedir. Söz konusu tazminatın talep edilebilmesi zararlar ayıp arasındaki uygun illiyet bağının mevcudiyeti gerekmektedir.¹⁷⁶

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin olağan zamanaşımı süresi TBK'nun 478. maddesi uyarınca eserin tesliminden itibaren beş yılken, ağır kusurlu olmak suretiyle bilerek ya da kasten gizlenen ayıplar bakımından olağanüstü zamanaşımı süresi 20 yıldır.¹⁷⁷ Taraflar arasında ayıptan doğan sorumluluğu sınırlandıran ya da kaldıran anlaşmalar TBK'nun satış sözleşmelerine ilişkin 221. maddesinin kıyasen uygulama alanı bulması sebebiyle geçerlidir, ancak yüklenicinin ağır kusurlu olduğu haller bakımından sorumluluğu sorumsuzluk anlaşmasıyla kaldırılamaz.

7. Diğer Borçlar

Yüklenicinin açıklanan borçlarının dışında imar mevzuatına aykırı davranmamak, komşu taşınmazlar ile altyapı tesislerine zarar vermemek ve iş güvenliği mevzuatına aykırı davranmamak gibi işin doğası gereği mevcut olan borçları da vardır. Ancak söz konusu bu borçlar esasen yüklenicinin özen borcu çerçevesinde değerlendirilebilecek borçlardır ve özen borcuna ilişkin esaslar ve bahsedilen kıstaslar bu borçlar kapsamında da aynen geçerlidir.

¹⁷⁵ Bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, cc, ddd başlığı.

¹⁷⁶ BECKER, (II), s. 543-544; YENER, Tekeffül, s. 169-171

¹⁷⁷ BECKER, (II), s. 547 vd.; YENER, Tekeffül, s. 173-175

Bunların dışında tarafların sözleşme ile yükleniciye bir takım başka borçlar da yüklemesi mümkündür. Örneğin inşaat süresince arsa sahibinin oturacağı evin kirasının yüklenici tarafından karşılanması veya inşaat süresince yüklenicinin belirli bir bedeli arsa sahibine ödemesi, arsa sahibinin bağımsız bölümlere yaptığı harcamaların yüklenici tarafından ödenmesi, arsa sahiplerine yüklenici tarafından bağımsız otopark yapılması, bazı vergi ve harçlardan yüklenicinin sorumlu tutulması gibi birçok husus sözleşme serbestisi çerçevesinde yüklenicinin borcu olarak kararlaştırılabilmektedir.

C. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilirlik

Herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hakların yanı sıra, sadece belirli kişilere karşı ileri sürülebilen kişisel hakların taşınmaza ilişkin olanlarından kanunla sınırlanan bazılarının tapu kütüğüne şerh edilebilir ve bu suretle etkileri kuvvetlendirilebilir.¹⁷⁸

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca tapuya şerh edilmesi mümkündür.¹⁷⁹ Şerh edilebilmesi mümkün olan söz konusu hak, kat karşılığı sözleşmesinden doğan arsa üzerindeki mülkiyetin belirli paylarının mülkiyetinin devrini talep edebilme hakkıdır. Bu anlamda kişisel bir hak olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkının şerh edilebildiği söylenebilmektedir.¹⁸⁰

Söz konusu madde ile getirilen düzenleme uyarınca; kanun koyucunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak isimlendirdiği kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapuya şerhedilebilir olması, arsa sahibinden taşınmazı devralmak isteyen üçüncü kişileri ilgilendiren sonuçlar doğurmaktadır.

¹⁷⁸ AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 314; AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014, s. 92; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, 2014, s. 168-169; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer, OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014, s. 210-211 ve s. 247; SARI, s. 274; SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2014, s. 236

¹⁷⁹ TMK md. 1009/1: "Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalm, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhedilebilir."

¹⁸⁰ AYBAY / HATEMİ, s. 92; ERTAŞ, Eşya, s. 169; GÜMÜŞ, s. 113; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 211; SARI, s. 278; SİRMEN, s. 236

Öncelikle; arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasıyla doğan ilişkinin, yükleniciye şahsi nitelikte bir hak sağladığını belirtmek gerekmektedir. Şahsi haklar özellikle borç ilişkilerinden doğan haklardır ve nitelikleri gereği ancak hakkın doğmasına sebep olan borç ilişkisinin tarafları arasında ileri sürülebilmektedirler. Aynı etkiye sahip olmayan söz konusu bu şahsi haklar, kural olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen haklardır.¹⁸¹ Genel kurala rağmen, kanun ile sınırlı sayıda olmak üzere düzenlenen bazı şahsi haklar ise, tapuya şerh verilmesi suretiyle bazı üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelirler. Bu haklara kuvvetlendirilmiş nisbi haklar da denir. TMK'nun 1009. maddesiyle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de tapuya şerh edilebilir niteliğinin olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiş ve sözleşme ile yüklenicinin taşınmaz üzerinde edindiği şahsi hakkın, tapuya şerh verilmesi suretiyle bazı üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi mümkün hale gelmiştir. Söz konusu üçüncü kişiler, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan arsa üzerinde hak iktisap edecek kişilerdir.¹⁸²

Pratikte bu durum, arsa sahibinin yükleniciyle arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi bulunmasına rağmen üzerine inşaat yapılacak olan taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde önem kazanır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması durumunda; yüklenicinin sözleşmeden doğan nisbi hakkını, taşınmazın devredildiği üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilmesi mümkün hale gelir. Dolayısıyla taşınmazın yeni maliki, sözleşmenin tarafı sıfatını haiz olacak ve sözleşmenin ifası halen mümkün olacaktır. Bu durumda yüklenicinin edimini ifa edip, kendisine ait olacak olan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının devrini yeni malikten istemesi mümkündür.¹⁸³

Yüklenicinin sözleşme ile edindiği hak, bir alacak hakkıdır ve şahsi bir hak olduğundan; sözleşme tapuya şerh edilmemişken arsa sahibinin taşınmazı üçüncü

¹⁸¹ AKINTÜRK, Eşya, s. 14-17; AYBAY / HATEMİ, s. 17; DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku, C. 1, İstanbul, 2006, s. 135 vd.; ERTAŞ, Eşya, s. 11-12; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 20; SİRMEN, s. 30-31.

¹⁸² AKINTÜRK, Eşya, s. 317-319; AYBAY / HATEMİ, s. 92-94; DURAL / SARI, s. 138-140; ERTAŞ, Eşya, s. 170; GÜMÜŞ, s.113; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 247-249; SARI, s. 280; SİRMEN, s. 240-242

¹⁸³ AKINTÜRK, Eşya, s. 317-319; AYBAY / HATEMİ, s. 92-94; ERMAN, İnşaat, s. 10; ERTAŞ, Devir, s. 85; ERTAŞ, Eşya, s. 170; GÜMÜŞ, s.113; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 247-249; SARI, s. 280; SİRMEN, s. 240-242

kişiyi devretmesi halinde, yüklenici yeni malike karşı sözleşmeden doğan haklarını ileri süremeyecektir. Diğer bir deyişle arsa sahibinin sözleşmeye rağmen taşınmazı devretmesi, sözleşmenin ifasını imkansızlaştırabilecektir. Yeni malik olan üçüncü kişi, tapuya şerh edilmemiş olan sözleşmeye uymak ve bu sözleşme doğrultusunda taşınmazı değerlendirmekle yükümlü değildir. Bu durum, arsa sahibinin sözleşmeye aykırı bir şekilde kusurlu davranması neticesinde yüklenicinin sözleşmeden beklediği menfaatin yerine gelmemesi anlamındadır. Yüklenici, sözleşmenin ifa edilemeyecek olması nedeniyle uğradığı müspet ve menfi zararları arsa sahibinden talep edebilecektir.¹⁸⁴

Yargıtay da; taşınmazın arsa sahibince bir başkasına devredilmesi halinde, şerh sebebiyle yeni malikin sözleşmeye uymakla yükümlü olacağını ifade etmektedir.¹⁸⁵

Sözleşmenin tapuya şerh edilip edilmemesi, bir diğer ihtimalin gerçekleşmesi halinde de önem arz etmektedir. Sözleşmeye konu olan arsa paylarının bir bölümünün arsa sahibince yükleniciye henüz sözleşme ifa edilmemişken devredilmesi mümkündür. Böyle bir durumda yüklenici temerrüde düşerse, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması gündeme gelecek ve arsa sahibinin yükleniciye devrettiği arsa paylarına ilişkin tapudaki kayıt, yolsuz tescil hükümlerine tabi olacaktır. Bu ihtimalde sözleşmenin tapuya şerh edilmiş olması, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunamayacakları anlamına gelmektedir.¹⁸⁶ Diğer bir deyişle, bu ihtimal dahilinde tapuya yapılacak olan şerh, arsa sahibine bir koruma sağlayacak ve arsa sahibi üçüncü kişilere karşı da tapu iptali ve tescili davasında haklı görülecektir.

Özetle; kat karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığına ve bu sözleşmenin tapuya şerh edilmesine rağmen arsa sahibi söz konusu taşınmazı üçüncü kişilere devrederse,

¹⁸⁴ ERMAN, İnşaat, s. 10.

¹⁸⁵ Y14HD, E. 2006/11775, K. 2006/13813, T. 23.11.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.10.2014: “(...) Gerçekten yukarıda gösterilen yasa hükmü uyarınca arsa payı inşaat yapım sözleşmesinin, kayda sonradan malik olacak kişilere ileri sürülmesini temin amacıyla ve yüklenici yararına tapu kütüğüne şerhi olanaklıdır. Somut olayda terkin istenen 2.7.2002 tarihli şerh sözü edilen amacı sağlamaya yöneliktir. (...)”

¹⁸⁶ ERMAN, , İnşaat, s. 11.

tapuya yapılan şerh, yükleniciyi koruyan bir sonuç doğuracak ve tapuya güven ilkesi uyarınca üçüncü kişilerin taşınmaz üzerindeki kat karşılığı inşaat ilişkisinden haberdar olarak mülkiyeti devraldıkları kabul edilecektir. Bu durum, üçüncü kişiyi adeta sözleşmenin bir tarafı haline getirecek ve üçüncü kişiden sözleşmeye uyması beklenecektir. Arsa sahibinin arsa paylarını baştan yükleniciye devretmesi halinde ise, yüklenicinin temerrüde düşmesiyle tapuya yapılan şerh, bu sefer arsa sahibini koruyan bir sonuç doğuracak ve yükleniciden arsa payı almış olan kişilere karşı arsa sahibi tapu iptali ve tescili davasıyla mülkiyetin kendi adına tescilini isteyebilecektir. Nitekim yüklenicinin temerrüde düşmesiyle geriye etkili olarak sözleşmenin sona ermesi ve bu bağlamda sözleşmenin tapuya şerh edilmiş olması, arsa sahibinin geriye etkili olarak fesih ile en baştaki mülkiyet hakkının üçüncü kişilere karşı etkili olmasını sağlayacaktır. Zira bu ihtimalde arsa sahibinin sözleşme ile beklediği menfaat yüklenicinin temerrüdü nedeniyle gerçekleşmemiş olacağından, arsa sahibinin açıkça hak kaybı söz konusu olacak ve bunun telafisi gerekecektir.

Ancak Yargıtay'ın yükleniciden hak iktisap eden üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığı ve bu suretle sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi halinde aynı hak kazanımlarının dahi korunmayacağı yönündeki yerleşik içtihatları karşısında, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesinin bu yönde bir anlam ihtiva etmediğini belirtmek gerekmektedir.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Bkz: İkinci Bölüm, II, B, 2, a başlığı.

İKİNCİ BÖLÜM

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİTTEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN 3.KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulmasıyla ortaya çıkan veya çıkması beklenen eser üzerinden üçüncü kişilerin hak kazanması mümkündür. Üçüncü kişiler; gerek arsa sahibi, gerekse de yüklenici tarafla girebileceği bir takım hukuki ilişkiler neticesinde ortaya çıkan veya çıkması beklenen eser üzerinden bağımsız bölüm edinme amacı güdebilirler. Bu çalışmanın konusu üçüncü kişilerin yüklenici kişiden bağımsız bölüm satın almasıyla sınırlandırıldığı için, üçüncü kişilerin arsa sahibi ile bağımsız bölüm edinme amacıyla girebileceği hukuki ilişkilere yer verilmemiştir.

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN YÜKLENİCİDEN HAK İKTİSAP EDİŞİNE GÖRE HUKUKİ DURUMU

Değindiği üzere üçüncü kişilerin yükleniciyle bağımsız bölüm satın alma amacıyla hukuki ilişkilere girebilmesi mümkündür. Ancak üçüncü kişiler ile yüklenici arasında bu hukuki ilişkiler neticesinde varılan söz konusu bağımsız bölüm satın alma amacı, her zaman yüklenicinin mülkiyetinde bulunan bağımsız bölümlerin satış sözleşmesi yoluyla üçüncü kişinin mülkiyetine geçmesi şeklinde cereyan etmemektedir. Şüphesiz üçüncü kişinin yüklenici ile girdiği hukuki ilişkiden beklentisi bağımsız bölüm maliki olabilmektir. Ancak henüz bağımsız bölümlerin oluşmamış olması, kat irtifakının kurulmamış olması da mümkündür. Bu durum da bağımsız bölümler henüz oluşmamış ve arsa payları da dolayısıyla bağımsız bölümlere özgülenememiş olacaktır. Ayrıca yüklenici tarafın arsa sahibi ile olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde, yükleniciye arsa paylarının inşaatın belirli aşamalara gelmesiyle veya bir bütün olarak tamamlanmasıyla devredileceği de kararlaştırılmış olabilmektedir. Bu durumda yüklenici henüz arsa paylarını iktisap etmemiş olmasına rağmen, ileride oluşacak bağımsız bölümlere ilişkin haklarını satarak maddi kazanç edinmek isteyebilmektedir. Bu durumda yüklenici ile üçüncü kişilerin bağımsız bölümler ile ilgili yapacağı hukuki işlem niteliğine göre alacağın temlik sözleşmesi ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.

Bu ihtimalin dışında yüklenici ile arsa sahibi arasındaki ilişkide, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması anında arsa paylarının yükleniciye devredilmesi de kararlaştırılmış olabilir. Ayrıca arsa sahibi ile yüklenici arasında arsa paylarının kademeli devri kararlaştırılmış ve yüklenici sözleşmede belirlendiği şekilde inşaatı belirli bir aşamaya getirmiş ve arsa paylarını iktisap etmiş, ardından üçüncü kişi ile hukuki ilişkiye girmiş de olabilir. Bir diğer olasılık ise inşaatın tamamlanıp, kat irtifakının kurulmasıyla arsa paylarının bağımsız bölümlere özgülenmesi gerçekleşikten sonra yüklenicinin bağımsız bölümlere malik olduktan sonra üçüncü kişi ile hukuki ilişkiye girmesidir. Bu ihtimallerde ise yüklenici ile üçüncü kişinin kuracağı hukuki ilişkinin niteliğine göre satış sözleşmesi olarak vuku bulması mümkündür.

Dolayısıyla yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin değinildiği üzere satış sözleşmesi, alacağın temlik sözleşmesi ya da taşınmaz satış vaadi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu farklı nitelendirmelere göre üçüncü kişinin hukuki durumu da değişecektir. Bu bağlamda üçüncü kişilerin söz konusu bu hak iktisap ediş şekillerini incelemek ve hukuki durumunu iktisap etme şekline göre belirlemek gerekmektedir.

A. Üçüncü Kişinin Yükleniciyle Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapması Halinde Hukuki Durumu

1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Sözleşmesi

Taşınmaz satış sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tipik bir sözleşme türüdür. Kanunun 237. maddesi ile 243-246. maddeleri arasında düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi, taşınır mallar dışında kalan malların satışını düzenleyen sözleşme türüdür. Ancak kanun hükmünün açık yollaması gereği taşınır satışına ilişkin kuralların taşınmaz satış sözleşmesine de kıyas yoluyla uygulanması söz konusudur.¹⁸⁸

¹⁸⁸ İlgili madde için bkz: TBK md. 246.

a. Tanımı

Kanunla düzenlenen ve esasları belirlenen satış sözleşmesi TBK'nun 207. maddesiyle; satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Taşınmaz satış sözleşmesi ise; doktrinde, alıcının ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında satıcının arazi veya tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli bir hakkı ya da Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 13. maddesine göre kayıtlı bir bağımsız bölümün mülkiyet ve zilyetliğini devretmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.¹⁸⁹

b. Unsurları

aa. Taşınmaz

Taraflar arasında bir taşınmaz satış sözleşmesi kurulabilmesi için evvela ortada bir taşınmaz bulunması gerekmektedir. Nitekim taşınmaz, söz konusu bu sözleşmenin objektif esaslı noktalarından biridir.¹⁹⁰

Taşınmaz kavramından ne anlaşılması gerektiği TMK tarafından açıkça ortaya konmuştur.¹⁹¹ İlgili hükümlere göre taşınmaz kavramının; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfalara kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olduğunu söylemek mümkündür.¹⁹²

Tapuya kayıtlı olmayan araziler bakımından ise mülkiyetin kurulup kurulamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş tapuya kayıtlı

¹⁸⁹ ARAL / AYRANCI, s. 185-186; EREN, Özel, s. 204; YAVUZ, s. 230; Sözleşmenin konusunu sayılan mal ve hakların oluşturduğuna ilişkin: ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 58; Aynı yönde: AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 259-260

¹⁹⁰ ARAL / AYRANCI, s. 187; EREN, Özel, s. 205.

¹⁹¹ İlgili TMK hükümleri 704. madde ve 998. maddedir.

¹⁹² ARAL / AYRANCI, s. 185; Üst hakkı ve kaynak irtifakı ile başkasına devri ve intikali mümkün olacak şekilde TMK'nun 811. maddesi uyarınca kurulan irtifak haklarının da taşınmaz niteliği taşıdığına, KMK'nun 13. maddesi uyarınca her bağımsız bölümün ayrı birer taşınmaz bölüm kabul edildiğine, ayrıca petroler ve madenlerin taşınmaz olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ilişkin bkz.: EREN, Özel, s. 205-207., Aynı yönde: ERTAŞ, Eşya, s. 265-266; YAVUZ, s. 228-230; Aynı yönde: ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 58-60; Aynı yönde: AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 259-261; Aynı yönde detaylı bilgi için bkz: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 156 vd.; Ayrıca bkz: AKINTÜRK, Eşya, s. 32; ERTAŞ, Eşya, s. 8; SİRMEN, s. 14,

olmayan araziler üzerinde mülkiyet hakkının kurulamayacağını ve bu araziler üzerinde ancak zilyetlik müessesesinin geçerli olabileceğini ileri sürmekteyken, bir başka görüş bu tip araziler üzerinde taşınır mülkiyetinin söz konusu olacağını ileri sürmektedir.¹⁹³

bb. Satış Bedeli

Taşınmaz satış sözleşmesinin diğer objektif esaslı unsurlarından biri ise satış bedelidir. Söz konusu bedelin mutlaka para olması gerekmekte olup, paranın miktarının da belirlenmesinde kullanılacak ölçütlerin belirtilmiş olması gerekmektedir.¹⁹⁴ Bu noktada miktarın metrekare üzerinden belirlenebilir olması yeterlidir.¹⁹⁵ Bedelin para yerine bir mal olarak belirlenmesi halinde ortaya çıkan sözleşme bir taşınmaz satış sözleşmesi olmayacak, trampa sözleşmesi¹⁹⁶ olarak nitelendirilecektir.¹⁹⁷

Taraflar bedeli belirlerken sözleşme serbestisi uyarınca özgürdürler. Ancak bu özgürlük bir tarafın aşırı yararlanması mahiyetinde olmamalıdır.¹⁹⁸

¹⁹³ Tapuya kütüğüne kayıtlı olmayan taşınmazlara ilişkin devirlerin de taşınmaz satış sözleşmesi olduğu görüşü için bkz: YAVUZ, s. 228 ve ayrıca tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışının geçerliliğinin resmi şekle bağlı olmadığına ilişkin görüş için bkz: YAVUZ, s. 240; Şekil konusuna ilişkin aynı yönde: EREN, Özel, s. 206; Üzerinde özel mülkiyet hakkı kurulmuş olan tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışa konu edilebileceğini, ancak böyle bir mülkiyet hakkı kurulmayan ve tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışa konu edilemeyeceğini savunan görüş için bkz: EREN, Özel, s. 205; Özel mülkiyet hakkına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 158 vd.

¹⁹⁴ ARAL / AYRANCI, s. 168; EREN, Özel, s. 207; YAVUZ, s. 59; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA

¹⁹⁵ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 60

¹⁹⁶ Söz konusu sözleşme tipi, 818 sayılı mülga kanun döneminde trampa sözleşmesi olarak adlandırılmışken, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 282 ve devamı maddelerinde "mal değişim sözleşmesi" olarak isimlendirilmektedir.

¹⁹⁷ ARAL / AYRANCI, s. 168; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 55; EREN, Özel, s. 66; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA,, s. 35; Satış bedeli kararlaştırılmamış olması halinde satış sözleşmesinin olmadığı yönünde: YAVUZ, s. 59

¹⁹⁸ ARAL / AYRANCI, s. 168; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 56; EREN, Özel, s. 67; YAVUZ, s. 62; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 36.

bc. Tarafların Anlaşması

Taraflar arasında karşılıklı anlaşma, sözleşmenin ortaya çıkması bakımından elzemdir. Bu bağlamda tarafların alıcının edimi olan satış bedeli ile satıcının edimi olan taşınmazın mülkiyeti ile zilyetliğinin devri konularında açıkça anlaşmış ve bu yöndeki irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir.¹⁹⁹

Taraflar arasındaki anlaşmanın sözleşmeye dökülmesi gerekmektedir. Nitekim taşınmaz satış sözleşmesini TMK resmi şekil şartına tabi tutmuştur. Söz konusu şekil şartının amacının tarafları korumak olduğu ve tarafların acele karar vermelerini engellediği görüşü doktrinde savunulmuştur.²⁰⁰

Kanunda geçerlilik şartı olarak öngörülen resmi şekle uyulmadan taşınmaz satış sözleşmesi ilişkisinin kurulması halinde söz konusu ilişkinin akıbetinin ne olacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş, resmi şekle uyulmadan yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin batıl olduğunu öne sürmektedir. Söz konusu bu görüş kendi içinde ikiye ayrılmakta olup, mutlak butlan halinin vuku bulacağını savunanlar, sözleşmenin baştan beri hüküm ve sonuç doğurmayacağı, sonradan tarafların onayının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği, ifa veya kural olarak tazminat talep edilemeyeceği, sadece “*culpa in contrahendo*” ilkesi gereğince menfi zararın tazmininin istenebileceğini²⁰¹ ve tarafların istihkak ya da sebepsiz zenginleşme davaları ile ifa ettikleri edimleri geri isteyebilecekleri ileri sürülmektedir. Taraflar arasında butlan hali olacağının kabulünde ise, mutlak butlanın aksine hakimın şekil eksikliğini re’sen gözetemeyeceği, şekil eksikliğinin sadece taraflarca ileri sürülebileceği, şekil eksikliğinin hakkın kötüye kullanılmasına yol açacak şekilde ileri sürülemeyeceği, aksi durumda sözleşmenin şekil eksikliğinden batıl olmayacağı ileri sürülmektedir.²⁰²

¹⁹⁹ ARAL / AYRANCI, s. 68; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 60; EREN, Özel, s. 207; YAVUZ, s. 63; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 40.

²⁰⁰ EREN, Özel, s. 208; YAVUZ, s. 232.

²⁰¹ YALMAN, Süleyman, Türk –İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006, s. 97-98.

²⁰² İsviçre Hukuku’ndaki baskın görüş resmi şekle uymamanın yaptırımını taraflar arasında butlan olarak açıklamaktayken; İsviçre Federal Mahkemesi, Yargıtay ve Türk Hukuku’ndaki baskın görüş resmi şekle uymamanın yaptırımını mutlak butlan olarak kabul etmektedir: ARAL / AYRANCI, s.68

Diğer bir görüş ise şekil kuralının tarafları koruma amacı güttüğünün kabulü halinde tarafların kendi lehlerine olan kuraldan vazgeçebileceklerine ve bu nedenle şekil noksanlığına dayanılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Nitekim taraflar şekle aykırı sözleşmeden kaynaklanan edimlerini bilinçli bir şekilde yerine getirmişlerse, tarafların acele karar vermesini engelleme amacı güden hükmün uygulanması söz konusu olmayacak ve sözleşmenin geçerlilik kazanması gündeme gelecektir. Söz konusu görüş doktrinde kendine özgü geçersizlik görüşü olarak adlandırılmıştır.²⁰³

Şekle aykırı yapılan sözleşmenin eksik borç niteliğinde olacağı ve dolayısıyla ifa edilen borcun geri istenemeyeceği yönündeki görüş, tabii borç görüşüdür. Bir diğer görüş ise TBK'nun 78. maddesi uyarınca borçlu olunmayan bir edimi bilerek ve isteyerek ifa eden kimsenin bu borcu geri isteyemeyeceği yönündeki hükmü esas alır ve bu nedenle ifa edilmiş borcun geri istenemeyeceğini öne sürer. Bir başka görüş ise şeklin geçerlilik şartı olmayıp sözleşme bakımından bir kuruluş şartı olduğunu dolayısıyla kurucu nitelikte olan şart yerine getirilmediği takdirde eldeki sözleşmenin yok hükmünde olduğunu ileri sürmektedir.²⁰⁴

Kanımızca kanunun emredici hükmüyle resmi şekil şartına tabi kıldığı sözleşmenin bu hükme uyulmadan yapılması butlan sonucunu doğurmalıdır. Kanun hükmünün getiriliş amacının tarafları korumak olduğu ifade edilerek tarafların kendi lehlerine konulmuş olan kuraldan özgürce vazgeçebileceklerini ileri sürmek doğru görülmemelidir.²⁰⁵ Nitekim aksi yönde bir kabul, emredici kanun hükmünün

vd.; Şekil eksikliğinin hakkın kötüye kullanılmasına yol açacak şekilde ileri sürülemediği, aksi durumda sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle batıl olmayacağı yönünden bkz: AKYOL, s. 78 vd.;189; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 265; EREN, Özel, s. 211-212; YAVUZ, s. 237; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 60

²⁰³ Söz konusu görüşü savunan yazarlar için bkz: EREN, Özel, s. 212-213, d.n. 30 ve 31.

²⁰⁴ Söz konusu görüşleri savunan yazarlar için bkz: EREN, Özel, s. 213, d.n. 32 ve 33.

²⁰⁵ Tarafları koruma amacının dışında şekil kuralının kamu düzenine de hizmet ettiği konusunda doktrinde fikirler mevcuttur.: KILIÇOĞLU, Ahmet, Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFD, c.38, S. 1, 1983, s.210: “Öte yandan şekil kuralı sayesinde tapu siciline yapılacak olan tescil işlemi için sağlam ve güvenilir dayanak elde edilmiş olur. Tarafların taşınmazın devrine ilişkin iradelerini resmî memur önünde açıklamaları ve bunun resmî senede geçirilmesi sayesinde, onların ehliyetsizlik, irade bozukluğu, sözleşme şartlarının resmî senettekinden farklı bulunduğu şeklinde değişik ve gelişigüzel itirazlarda bulunmaları güçleşir. Bir başka ifadeyle resmî şekil sayesinde ispat güvenliği ve kolaylığı sağlanarak taraflar arasında hukuksal güvenlik temin edilmiş olmaktadır. Bu nedenledir ki, taşınmaz satımının resmî şekil şartına bağlı tutulmasında sadece

emredici niteliğiyle bağdaşmayan sonuçlar doğuracak ve söz konusu hüküm işlevini kaybedecektir.

Şekle aykırılığın butlan sonucunu doğurmadığını savunan bir diğer görüş ise değinildiği üzere şekle aykırı yapılan sözleşmenin eksik borç hükmü doğurduğu yönündedir. Eksik borç, borcun mevcut olduğu ancak sorumluluğun doğmadığı bir müessesedir. Söz konusu müessesenin varlığının kabul edildiği hallerin ortak özellikleri bir borcun mevcut olması, ifanın yerine getirilmesi halinde geçerli olması, ifanın reddedilmesi halinde dava ve icraya konu edilememesidir.²⁰⁶ Kanun koyucu bir takım halleri madde lafzında açıkça görünür bir şekilde eksik borç olarak nitelemiştir. Kumar ve bahis borçları, evlenme simsarlığı, zamanaşımına uğramış borçlar ve ahlaki görevden doğan borçlarla ilgili hükümler bu şekildedir. Örneğin TBK md. 604 hükmü; kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmayacağını ve takip yapılamayacağını ifade etmektedir. Madde lafzından açıkça görüldüğü üzere, kanun koyucu bir alacak hakkının varlığını kabul etmekte, ancak bu hakkın dava ve icra konusu yapılamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla ilgili durum bakımından çok açık bir şekilde eksik borç müessesesinin düzenlendiği açıktır. Ancak taşınmaz satış sözleşmesinde şekil şartını düzenleyen madde hükmünün lafzından böyle bir nitelemeyi çıkarmak mümkün değildir.²⁰⁷ Dolayısıyla şekle aykırı yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinin eksik borç doğurduğunu ifade etmek de oldukça zorlayıcı bir yorumdur.

tarafların değil, kamunun da yararı bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, burada şekil şartı yine de tarafların yararına hizmet etmekte olup, ispat kolaylığı ve güvenliği de sonuçta bu yaran sağlamaktadır. Yoksa burada evlenmenin resmî şekil şartına tabi tutulmasında olduğu gibi kamu düzeni ve yararı düşüncesiyle konulmuş bir şekil söz konusu değildir.”

²⁰⁶ REİSOĞLU, s. 38; Eksik borçlara ilişkin bu özelliğin Roma Hukuku'nda da mevcut olduğuna ilişkin: EMİROĞLU, Haluk, Roma Hukuku'nda Eksik Borç (Obligato Naturalis) Olarak Doğan Borçlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 4, s. 80.

²⁰⁷ Şekil şartını düzenleyen hükümlerde söz konusu şartın geçerlilik bakımından getirildiği açıkça görülmekteyken, eksik borç müessesesine ilişkin bir düzenleme madde lafzında görülmemektedir:

TBK md. 237/1 : “Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır.”

TMK md. 706: “Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.”

Borçlu olunmayan bir edimin bilerek ve isteyerek ifa edilmesi halinde geri istenemeyeceğine ilişkin TBK hükmünü esas alan görüşe göre taraflar böyle bir durumda verdiklerini geri isteyemeyecektir. Ancak kanun koyucu hem TMK hem de TBK ile açıkça sözleşmenin geçerliliğini resmi şekle tabi tutmuştur. Bu durumda kanun gereği geçersiz sayılacak olan sözleşme neticesinde tarafların verdiklerini geri isteyememeleri hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacaktır. Dolayısıyla bu görüşe katılmak mümkün değildir. Söz konusu TBK hükmünün herhangi bir şekle bağlı olmayan hukuki işlemler bakımından muteber görülmesi gerekmektedir.

Yokluk görüşü de madde metnlerinin lafzına itibar etmemekte ve şeklin geçerlilik şartı olmayıp, kuruluş şartı olduğunu ileri sürmektedir. Ancak bu durum hükümlerin yorumlanmasında lafzi yorum yöntemine açıkça ters düşmekte²⁰⁸ ve doğru bir yorum olarak gözükmemektedir.²⁰⁹

Netice itibariyle şekle aykırı yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinin akıbeti hakkında ortaya atılan görüşlerden butlan görüşü hem kanun koyucunun madde metnilerindeki lafzına hem de hakkaniyete en uygun görüş olarak kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay'da söz konusu görüşü benimsemiş, şekle aykırı sözleşmenin batıl olacağını benimsemiş, ancak hakkaniyetin sağlanabilmesi adına da şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması kapsamında olmaması gerektiğini ifade etmiştir.²¹⁰

²⁰⁸ Hukukta yorum yöntemleri bakımından lafzi yorum hakkında detaylı bilgi için bkz: SÖZER, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, İzmir, 2013, s. 38 vd.

²⁰⁹ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: EREN, Özel, s. 213, d.n. 34.

²¹⁰ YİBGK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.08.2014: "(...)Gerçekten de şekil şartına ilişkin yasa hükümlerinin emredici niteliği ve söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları karşısında, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz (batıl) bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının; olayın özelliği gerektirmedikçe, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla dahi olsa, reddi gerekir. Örneğin, üzerinde bina bulunan bir taşınmazı veya Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımı tamamlanmış binadan bir bağımsız bölümü, bir tarlayı ya da arsayı geçersiz sözleşmeyle satın alıp ona zilyet olan ve sözleşmeyle kendisine bağlı sayarak tüm vecibelerini yerine getiren kişinin; velev tapuda devir borcunun yerine getirileceği hususunda satıcı tarafından kendisine tam bir güvence verilerek aldatılmış olsa dahi, cebri tescil isteği reddedilir. Çünkü, nitelikleri itibariyle emredici bulunan ve hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyumsuzlukta çatıştığında; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın taliliğinin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye

Yargıtay'ın, olayın özelliğini gözeterek, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralını aştığına ve böylece şekil şartı kuralını ihmal ettiğine örnek olarak geçersiz sözleşme uyarınca aldığı tapulu taşınmaza yapı yapan ya da ağaç diken kimseye Medeni Kanunun 650'nci maddesine göre arsanın veya tarlanın adına cebren tescilini isteme hakkını 5.7.1944 gün ve 12/26 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla tanımış olması gösterilebilmektedir.²¹¹

c. Yarar ve Hasarın Geçişi

Yararın ve hasarın geçiş anı, satış sözleşmelerinde oldukça önem arz etmektedir. Nitekim satılan maldan elde edilen yararların hangi andan itibaren alıcıya ait olacağı, veya satılan mal üzerinde meydana gelen hasarları kimin üstleneceği yararın ve hasarın geçiş anıyla ilişkilidir.

Kural olarak taşınmaz satışlarında yarar ve hasarın geçiş anı TBK'nun 245. Maddesi uyarınca satışın tescil edilmesi anıdır. Ancak söz konusu bu kuralın istisnası tarafların teslim bakımından tescilden sonraki bir süreyi kanun gereği yazılı geçerlilik şartına uygun yapılmış sözleşmeyle belirlemiş olmalarıdır. Böyle bir durumda teslim anından itibaren yarar ve hasarın geçtiği kabul edilecektir. Taşınmazlarda teslimin alıcının taşınmaz üzerinde fiilen zilyetlik kurması olarak anlaşılması gerekmektedir. Alıcının temerrüde düşmesi halinde ise zilyetlik devredilmiş gibi yarar ve hasar alıcıya geçecektir.²¹²

25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ'ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd. İst. 1946) özetle şöyledir: "-Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarıh olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat'i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taaluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır..."

²¹¹ İçtihadı Birleştirme Kararının sonuç bölümünde aynen şöyle denilmektedir: YİBGK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.08.2014: "...Bir gayrimenkulü badehu resmi takririni vermek üzere haricen ahara satıp parasını alarak müşteriye teslim eden ve inşaat ve garsiyatı görüp menetmeyen malikin zimni rıza ve muvafakati nazarı dikkate alınarak ve hadiseye göre enfusi hüsnüniyet arayarak bu maddeyi (MK. m. 650) tatbik etmek lüzumu aşıkardır.(...)"

²¹² AKÇAAL, Mehmet, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi, Konya Barosu Dergisi, Yıl 41, S. 24, s. 52; AKINTÜRK, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:102, Ankara, 1966, s. 126-127; ARAL / AYRANCI, s. 191-192: Yazarlar, taşınmaz satışına ilişkin taahhüt ve tasarruf aşamalarının hukukumuzda aynı anda gerçekleştiğinden

d. Sorumluluk Hükümleri

aa. Ayıptan Sorumluluk

Satılan taşınmazın ayıplı olması, bir diğer deyişle taşınmazın sözleşmeyle belirlenen veya dürüstlük kuralına göre olması gereken nitelikleri taşımaması halinde satıcının ayıptan doğan bir sorumluluğu mevcut olacaktır. Buna karşılık alıcı satıcının ayıptan doğan bu sorumluluğuna başvurabilmek için uygun bir süre içinde taşınmazı kontrol ederek ayıpları satıcıya bildirmelidir.²¹³

Ayıptan sorumluluk ile ilgili hükümler, TBK'nun taşınır satışlarına ilişkin hükümleriyle beraber düzenlenmiştir. Ancak taşınmaz satışlarına, taşınır satışlarına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini düzenleyen TBK'nun 246. maddesi hükmü uyarınca taşınır satışlarına ilişkin ayıptan sorumluluk hükümlerinin de taşınmaz satışlarına uygulanabileceğine şüphe yoktur.

Söz konusu sorumluluğun doğabilmesi için evvela satılan taşınmazın ayıplı mahiyette olması gerekmektedir. Ayıp kavramından ise; objektif nitelik açısından dürüstlük kuralına göre taşınmazda bulunması beklenen bir niteliğin olmaması veya subjektif nitelik açısından dürüstlük kuralına göre bulunması gerekmesi dahi satıcının alıcıya bildirdiği bir niteliğin mevcut olmaması anlaşılmalıdır.²¹⁴

Ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanabilmesi için ikinci şart alıcı tarafın ayıbı bilmemesidir. Alıcının ayıbı bilmemesi gereken an ise sözleşmenin

bahisle, teslimin tescilden sonra yapılması halini taşınmazın özel bir anlaşmayla bir süre daha satıcının elinde kalmasının kararlaştırılması olarak değerlendirmektedirler; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 292 vd.; ÇETİNER, Bilgehan, Yeni TBK'da Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İÜHFİM C. LXVII, S.1-2, 2009, s. 100-101; EREN, Özel, s. 215-216; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 377-379; YAVUZ, s. 241; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 66; ATAMER, Yeşim, Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 189-190: Yazar 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde yarar ve hasarın geçiş anının sözleşmenin akdedilmesi anına bağlanmasının mülkiyetin intikaliyle hasarın intikalinin farklı anlarda gerçekleşebilmesi nedeniyle doktrinde yoğun eleştiri aldığını, yeni düzenlemeyle taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescilin devriyle hasar ve yararın intikal etmesinin yerinde bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir.

²¹³ ARAL / AYRANCI, s. 118 vd.; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 163 vd.; EREN, Özel, s. 216; YAVUZ, s. 136 vd.; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 124 vd.

²¹⁴ ARAL / AYRANCI, s. 119-125; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 146; EREN Özel, s. 131-132; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 118 vd.

kurulduğu andır. Ayrıca ayıbın sadece bilinmemesi yetmemekte, alıcının gerekli özeni göstermesine rağmen ayıbı fark etmemiş olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle alıcının gerekli özeni gösterdiği takdirde ayıbı bilebilecek durumda olduğu halin niteliğinden anlaşılıyorsa, satıcının sorumluluğu doğmayacaktır.²¹⁵ Kanun maddesinin lafzı; yeterince gözden geçirmekle fark edilebilecek ayıplardan, satıcının böyle bir ayıbın bulunmadığını üstlenmedikçe sorumlu olmayacağı yönündedir.²¹⁶

Ayıptan dolayı satıcının sorumluluğunun doğması bakımından gereken bir diğer şart ise alıcının ayıplı malı kabul etmemiş olmasıdır. Diğer bir deyişle alıcı, taşınmazı ayıplarla beraber kabul ettiği takdirde sorumluluk hükümlerine başvuramayacaktır. Kastedilen kabul kavramı, açık veya örtülü bir irade beyanı anlamındadır.²¹⁷

Diğer bir şart ise işin doğası gereği ayıbın hasar alıcıya geçtiği anda mevcut olması, diğer bir deyişle ayıbın hasar alıcıya geçmeden önce doğmuş olmasıdır. Dolayısıyla alıcı taşınmazın teslimi gerçekleşmeden önce doğmuş olan ayıplardan sorumlu olacaktır. Bu noktada istisna teşkil edebilecek durumlar alıcının özel olarak üstlendiği durumlar ve kasten gizli tutulmuş ayıplardır. Bu tip durumlar bakımından alıcının sorumluluğu kalkmayacaktır. Ayıbın hasar geçtiği anda taşınmazda bulunduğuna yönelik durumun ispat yükü alıcıdadır. Dolayısıyla alıcı, hasar geçtiği anda taşınmazda ayıp bulunduğunu ispat yükü altındadır.²¹⁸

Söz konusu bu şartlar oluştuğu takdirde satıcının ayıptan sorumlu olması mümkündür. Ancak bu noktada alıcı tarafa iki külfet yüklenmiştir. Söz konusu bu külfetler alıcı tarafın taşınmazı gözden geçirmesi ve bunu satıcıya bildirmesidir. Alıcı söz konusu külfet yüküne uygun bir biçimde taşınmazı gözden geçirip, ayıpları

²¹⁵ ARAL / AYRANCI, s. 126; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 159 vd.; EREN, Özel, s. 141-142; YAVUZ, s. 132 vd.; YÜCER AKTÜRK, s. 98-100 vd.; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 122 vd.

²¹⁶ İlgili madde için bkz: TBK md. 222.

²¹⁷ ARAL / AYRANCI, s. 128; EREN, Özel, s. 143.

²¹⁸ ARAL / AYRANCI, s. 125; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 159 vd.; EREN, Özel, s. 143-144; YAVUZ, s. 127 vd.; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 121.

bildirmez ise, söz konusu ayıpları kabul etmiş sayılacak ve ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvuramayacaktır.²¹⁹

Gözden geçirme işlemi külfeti, taşınmazın teslim edilmesiyle başlamakta ve işlerin olağan akışına göre imkan bulunduğu anda alıcı tarafından yapılmalıdır. Taşınmazdaki ayıp teslim anında açıkça belliyse ayrıca gözden geçirmeye gerek olmadığından gözden geçirme için uygun bir sürenin beklenmesi de gerekmeyecektir. Açıkça belli olmayan ayıplarda ise değinildiği üzere işlerin olağan akışına göre imkan bulunduğu anda gözden geçirme işlemi yapılacaktır. Gözden geçirme bakımından objektif bir süre belirlemek mümkün olmadığı gibi, durumun niteliğine uygun düşecek şekilde imkan bulunduğu zaman yapılması yeterli kabul edilmelidir.²²⁰ Ancak tacir olan alıcılar bakımından teslim anında açıkça belirli olmayan ayıplar için öngörülen gözden geçirme TTK'nun ilgili maddesi²²¹ uyarınca süresi 8 gündür.

Teslim anında veya gözden geçirme işleminin ardından taşınmazda belirlenen ayıpların alıcı tarafından satıcıya bildirilmesi, alıcıya yükletilmiş bir külfettir. Söz konusu bildirim bakımından herhangi bir geçerlilik şartı mevcut olmayıp, içerik olarak ayıpların açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Bildirimin yapılması gereken süre bir hak düşürücü süre olup, adi satışlarda uygun bir süre olarak düzenlenmiştir. Söz konusu uygun süre, makul bir süreyi kastetmektedir. Makul bir zaman dilimi içinde yapılmayan bildirim, alıcının ayıbı kabul ettiği şeklinde nitelendirilecektir. Elbette ki gizlenmiş ayıpların fark edilmesi özelliğine göre farklı zamanlar alabileceğinden, satıcının makul bir süre içerisinde bildirim yapılmadığı yönündeki savunması, sorumluluktan kurtulmasını sağlamayacaktır. Önemli olan ayıbın öğrenildikten sonra uygun bir süre içinde bildirilmesidir. Gizlenmiş ayıplarla kullanımla ortaya çıkan gizli ayıpların fark edilmesi işin doğası gereği uzun bir zaman alabilmektedir. Ancak fark edildiği andan itibaren uygun bir zaman içinde

²¹⁹ ARAL / AYRANCI, s. 128; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 163 vd.; EREN, Özel, s. 143-144; YAVUZ, s. 135 vd.; YÜCER AKTÜRK, s. 249 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 124 vd.

²²⁰ ARAL / AYRANCI, s. 130-133; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 163 vd. EREN, Özel, s. 146-148.; YAVUZ, s. 136; YÜCER AKTÜRK, s. 122 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 124.

²²¹ İlgili madde için bkz: TTK md. 23/1-c.

bildirilmesi gerekmektedir.²²² Ticari satışlarda ise teslim anında açıkça fark edilebilecek ayıplar için teslim anından itibaren iki gün, teslim anında açıkça fark edilemeyecek ayıplar bakımından teslim anından itibaren sekiz günlük bir süre öngörülmüştür. Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satışı ilişkisinin ticari iş olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olmasının yanı sıra, söz konusu ilişkinin bir tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Nitekim yükleniciden mesken olarak kullanma amacıyla daire satın alan üçüncü kişilerin yüklenici ile girdikleri hukuki ilişkilerin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğinden bahisle, üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki ihtilaflarda görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu Yargıtay’ca kabul edilmektedir.²²³

Yargıtay’ın söz konusu bu içtihadı, yükleniciden daire satın alan üçüncü kişilerle yüklenici arasındaki uyumsuzluklara da etki etmiştir.²²⁴

²²² ARAL / AYRANCI, s. 134; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 164 vd.; EREN, Özel, s. 148 vd; YÜCER AKTÜRK, s. 253 vd.

²²³ HAVUTÇU, Ayşe, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 11-12: Yazar, salt işlem taraflarından birinin tüketici olmasının kanunun uygulanması için yeterli olmadığını, kanunun uygulanabilmesi için hukuki problemin yasada düzenlenen alanlardan biriyle ilgili olması gerektiğini savunmaktadır. Öte yandan doktrindeki bazı yazarların, uyumsuzluğa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un uygulanabilmesi için kanunda o uyumsuzluğa ait bir düzenlemenin bulunmasının şart olmadığı, sadece uyumsuzluğa konu olan sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin yeterli olduğu görüşünde olduğu belirtilmiş ve Yargıtay’ın da bu görüşe paralel biçimde tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılabilir sözleşmeler bakımından çıkan uyumsuzluklarda Tüketici Mahkemeleri’nin görevli olması gerektiği görüşünde olduğu belirtilmiştir.; İNAL, Tamer, Tüketici Hukuku, Ankara, 2014, s. 67-68; YAŞAR, s. 317; Ayrıca konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı’nda şu ifadeler kullanılmaktadır: YHGK, E. 2006/13-644, K. 2006/707, T. 15.11.2006, HAVUTÇU, Tüketici, s. 12: “(...)4822 sayılı kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 1. Maddesinde bu Kanun’un amacının kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemler almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemek olduğu, 2. maddesinde bu Kanun’un 1. maddesinde belirtilen amaçla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsadığı belirtilmiş, 3. maddesinde ise alışverişe konu olan mesken amaçlı taşınmaz mallar da bu Kanun’un kapsamına alınmıştır. Adı geçen Kanun’un 23. maddesinde de bu Kanun’un uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilfa tüketici mahkemelerinin bakacağı belirtilmiştir. Yapılan bu değişiklik mahkemenin görevine ilişkin usuli bir değişiklik değildir. Anılan yasada usule ilişkin bu hükmün uygulanabileceği zaman yönünden bir geçiş hükmüne yer verilmediğine göre, bu değişikliğin henüz sonuçlanmamış olan tüm davalara uygulanması gereklidir. Bu durumda uyumsuzluk Tüketici Yasası kapsamında olup, Tüketici Mahkemesi davaya bakmakla görevlidir. (...)”

²²⁴ Y13HD, E. 2009/15949, K. 2010/6975, T. 24.05.2010, HAVUTÇU, Tüketici, s. 13: “(...)Davacı, müteahhit olan davalılardan daire satın aldığı, (...) Somut olay değerlendirildiğinde davacı Tüketici ile davalı satıcı arasında konut satımından kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir.(...)”

Dolayısıyla mesken amaçlı satın alınan konutlara ilişkin olarak TKHK'un uygulama alanı bulunduğu ve bu konudan doğan uyuşmazlıklara bakmakla Tüketici Mahkemesi'nin görevli olduğu, TKHK'da konuya ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde mülga kanun dönemi bakımından 4077 sayılı mülga kanunun 30. maddesi uyarınca, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmesiyle de kanunun 83. maddesi uyarınca kanunda hüküm bulunmayan hallerle ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını ifade edilebilmektedir. Bu bağlamda, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki satış sözleşmesi ilişkisinde üçüncü kişinin satılan taşınmaz konut ve tatil amaçlı satın alması halinde Tüketici Hukuku'nun uygulama alanı bulacağı ve bu taşınmazlara ilişkin ayıptan doğan sorumluluklarda TKHK hükümlerine başvurulması gerektiği açıktır. Dolayısıyla satıcı olan yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin konuyu TBK ve TTK'nun haricinde TKHK kapsamında da ele almak gerekmektedir.

Değinilen hallerde TKHK'nun uygulama alanı bulmasıyla üçüncü kişi olan ve tüketici niteliğini haiz alıcının taşınmazda ortaya çıkan ayıplar bakımından TKHK'ya göre gözden geçirme ve ihbar külfetini incelemek gerekir. 4077 sayılı mülga kanun döneminde tüketicinin ayıp karşısında seçimlik haklarını kullanabilmesi için teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde ayıp bildirimini yapması gerekmektedir. Söz konusu süre, gözden geçirme süresi ve söz konusu bildirim külfet niteliğindedir. 6502 sayılı yasa ise 10. madde ile ihbar külfetini kaldırmış ve ilk altı aylık süre bakımından ispat yükünü ters çevirmiştir.²²⁵

Buna göre teslim tarihinden sonraki ilk 6 ayda ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde var olduğu kabul edilecek ve malın teslim tarihinde ayıplı olmadığını satıcı ispat etmekle yükümlü olacaktır. Mal ve ayıbın niteliğine göre hakimin tüketiciyi ispatla yükümlü tutması da kanunun 10. maddesine göre mümkündür. Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği haller bakımından sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır. Tüketicinin ayıbı tespit ettiği an itibarıyla uygun bir zaman içerisinde

²²⁵ ARAL / AYRANCI, s. 130; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 166-167; CUMALIOĞLU, Emre: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Ayıplı Maldan Sorumluluğun Koşulları, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 27; YAVUZ, s. 130; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 127.

satıcı olan yükleniciye bildirmesi gerekmektedir. Nitekim uzun süre bildirimde bulunmayan tüketicinin malı ayıbıyla birlikte kabul ettiği sonucuna varılabilecektir.

Ayıptan sorumluluk bakımından taşınmaz satışlarına özgü düzenlenen TBK'nun 244. maddesi ise taşınmazın sözleşmeyle belirlenen yüzölçümü miktarını karşılamaması haline ilişkindir. Bu durumda satıcının alıcıya tazminat ödemekle yükümlü olduğu düzenleme altına alınmıştır. Ancak ikinci fıkra hükmü gereğince taşınmazın yüzölçümü resmi bir ölçüm uyarınca tapu siciline yazılmışsa, satıcı artık sözleşmede belirtilen yüzölçümü miktarının kapsamadığından bahisle sorumlu tutulamayacaktır.²²⁶ Diğer bir deyişle tapu sicilinde resmi bir ölçüm sonucu yüzölçümü yazılıysa, alıcı taraf tapu sicilini bilmediğini öne süremeyecek ve tapu sicilinin aleniyeti ilkesi uyarınca satıcıyı sorumlu tutamayacaktır. Ancak tarafların yüzölçümüne ilişkin aralarındaki sözleşmeye özel hükümler ekleyip, satıcıyı belirli hallerde sorumlu tutan, belirli hallerde ise sorumlu tutmayan düzenlemeler yapmaları, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince mümkündür.

Taşınmaz satışları bakımından ayıptan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresi mevcut düzenleme uyarınca mülkiyetin devrinden itibaren beş yıldır. Söz konusu süre mülkiyetin alıcıya geçtiği anda başlamaktadır. Ancak satıcının ağır kusurlu olması halinde söz konusu zamanaşımı süresi 20 yıldır.²²⁷ Taşınmazlara ilişkin söz konusu zamanaşımı süresini düzenleyen madde TBK'nun taşınmazın yüzölçümüne ilişkin ayıplarını düzenleyen 244. maddesidir. Söz konusu süreler, eser sözleşmelerinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin getirilen sürelerle paralel olarak düzenlenmiştir.

Ayıptan sorumluluğun maddi olarak gerçekleşmiş olması ve alıcının külfetleri yüklenerek gerekli bildirim kanuna uygun bir biçimde yapması halinde, alıcı lehine doğan seçimlik haklar gündeme gelecektir. Söz konusu haklar TBK'nun 227.

²²⁶ ARAL / AYRANCI, s. 190; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 288-290; EREN, Özel, s. 216-218; YAVUZ, s. 244; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 66-67.

²²⁷ ARAL / AYRANCI, s. 195; AYDOĞDU KAHVECİ, s. 190-192: Yazar; 5 ve 20 yıllık sürelerle katılmakla beraber, öteki taşınmazlar olarak nitelendirdiği arsa ve arazi gibi taşınmazlar bakımından taşınırlar için geçerli olan iki yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini; arsa, arazi ve benzer taşınmazlar açısından satıcının ağır kusurlu olduğu hallerde ilişkin ise 10 yıllık zamanaşımı süresine itibar edilmesi gerektiğini belirtmektedir.; EREN, Özel, s. 218-219; YAVUZ, s. 245; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 67

maddesi uyarınca; sözleşmeden dönme, ayıp oranında satış bedelinin indirilmesini talep etme, tüm giderleri satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarımı ve imkan olması halinde satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkıdır. Alıcının bu seçimlik haklardan birini seçmesi mümkündür. Bunun yanı sıra genel hükümlere göre tazminat istenebileceği de kanun ile düzenlenmiştir. Ayrıca dönme seçimlik hakkının kullanılması halinde TBK'nun 229. maddesi ile ayrı bir özel tazminat sorumluluğu da düzenlenmiştir.²²⁸ Alıcının sahip olduğu söz konusu seçimlik hakların hukuki niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur.²²⁹

Alıcının dilediği seçimlik hakkı kullanması her zaman mümkün olmayabilmektedir. Nitekim satıcının, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önlemesi mümkündür. Ancak taşınmaz yapılar bakımından söz konusu bu hükmün uygulanması her zaman mümkün olmayabilir. Nitekim tarafların satışı konusunda anlaşmış oldukları taşınmaz yapının ayıpsız bir benzeri; ancak satıcının elinde aynı özelliklerde ve aynı parselde birden çok dairenin mevcut olması halinde mevcut olacaktır.

Maddenin bir diğer fıkrası; alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkimin, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebileceği şeklindedir. Burada hakimin dönme hakkının kullanılmasında hakkaniyete uygunluk anlamında bir değerlendirme yapması beklenmektedir.²³⁰

Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabileceği de ilgili maddeyle düzenlenen bir diğer hükümdür.

²²⁸ ARAL / AYRANCI, s. 138-139; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 189-191; EREN, Özel, s. 157-158; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 128-129.

²²⁹ YAVUZ, s.148-153: Yazar söz konusu görüşleri seçimlik hakkı yenilik doğuran hak olarak değerlendiren görüş, hakkın satıcının muvafakatiyle kullanılabileceğini savunan görüş, doğrudan dava ya da kurma teorisi olarak adlandırılan görüş, hakkın yenilik doğuran dava ile kullanılması gereken görüş olarak sınıflandırmıştır. Yazarın itibar ettiği görüş ise; yenilik doğuran hak niteliğinde olan seçimlik hakkın, satıcının muvafakatine ya da mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan tek taraflı irade beyanıyla kullanılabilmesi yönündedir.

²³⁰ ARAL / AYRANCI, s. 142-144; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 200-201; EREN, Özel, s. 161-162; YAVUZ, s. 155 vd; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 132.

Üçüncü kişilerin tüketici sıfatını haiz olduğu durumlar bakımından 6502 sayılı TKHK'nun 11. maddesi uygulama alanı bulacak ve üçüncü kişi taşınmazın ayıplı olması sebebiyle söz konusu maddeyle düzenlenen seçimlik haklardan yararlanabilecektir.

Buna göre sözleşmeyle kararlaştırılan ya da objektif olarak sahip olması gereken nitelikleri tüketici sıfatını haiz kişi olan alıcıya teslim anında taşımayan ve bu suretle ayıplı sayılan taşınmazlar bakımından, üçüncü kişi alıcının ayıptan haberdar olmaması veya haberdar olmasının beklenememesi halinde; üçüncü kişi TBK'ndaki düzenlemeye paralel bir şekilde dört adet seçimlik hakka sahip olacak ve ayrıca TBK'nun genel hükümleri uyarınca tazminat talep edebilecektir.²³¹

Yüklenicinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın uygulama alanı bulan söz konusu bu seçimlik hakları TBK'na paralel bir şekilde; taşınmazı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, taşınmazı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, masraflar yükleniciye ait olmak üzere taşınmazın ücretsiz onarımını isteme ve imkan olması halinde taşınmazın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme olarak düzenlenmiştir.

Dönme hakkının seçilmesi, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesine ve tarafların aldıklarını iade borcu doğmasına sebep olacaktır. Her iki tarafın da aldıklarını geçen sürede kullanmış olmalarından ötürü, kullanım karşılıklarını da iade etmeleri gerekecektir. Satış bedelini ödeyen taraf verdiği paraya karşılık faiz talep edebileceken, geçen süre içerisinde taşınmazı kullanması mümkünse buna ilişkin kullanım karşılığı faiz miktarından düşülecektir.²³²

Satış bedelinden indirim istenilmesi seçimlik hakkının tercih edilmesi halinde ise, taşınmazın satış bedelinden ayıp nedeniyle değer noksanı oranında indirim yapılması söz konusu olacaktır. Bu yolun tercih edilmesi halinde, satış bedelinin

²³¹ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 218; ŞENOCAK, Zarife, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Kasım 2014, s. 33.

²³² AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 197 vd.; ARAL / AYRANCI, s. 145 vd.; EREN, Özel, s. 165 vd.; ŞENOCAK, 33; YAVUZ, s. 184 vd.; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 129 vd.

tamamını ödeyen tüketici konumundaki üçüncü kişi, ödenen fazla miktarın iadesini ve bunun faizini isteyebilecek, bu anlamda bir alacak hakkı doğacaktır. Taşınmazın değerinde yaşanacak eksiklik sonucu taşınmazın değerinin satış bedeline yakın ya da eşit olması halinde ise üçüncü kişinin bu seçimlik hakkını kullanması mümkün olmayacaktır.²³³

Objektif olarak mümkün olması ve ayıbın aşırı olmaması halinde taşınır satışlarına ilişkin düzenlenen TBK'nun 227. maddesinin kıyasen uygulanması uyarınca veya 6502 sayılı TKHK'nun 11. maddesi uyarınca eserin ücretsiz onarımı veya ayıpsız bir misliyle değiştirilmesi seçimlik hakkının tercih edilmesi de mümkündür. Onarımın kısmen yapılması mümkün ise, onarımın yanı sıra satış bedelinden indirim hakkının da aynı anda talep edilebileceği kabul edilmelidir. Onarım hakkının tercih edilmesi yüklenici bakımından orantısız güçlülere sebebiyet veriyorsa, söz konusu seçimlik hak tercih edilemeyecektir.²³⁴

Tüketici sıfatını haiz olan üçüncü kişinin değinilen bu seçimlik haklarının yanı sıra 6502 sayılı TKHK'un 11. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme doğrultusunda, TBK hükümleri uyarınca tazminat talep edebilmesi de mümkün olup, değinildiği üzere seçimlik hakkın kullanılmasına rağmen karşılanamayan zararlar için TBK hükümleri uyarınca tazminat talebinde bulunulabilecektir.²³⁵

bb. Zapttan Sorumluluk

Zapttan sorumluluk hükümlerinin taşınmaz satışlarına uygulanması istisnai haller dışında çok mümkün gözükmemektedir. Bunun sebebi zapttan sorumluluğun doğabilmesi için alıcının taşınmaz üzerindeki üçüncü kişinin hakkını, dolayısıyla malın elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada bilmemesinin

²³³ ŞENOCAK, s. 34: İndirilecek miktarın belirlenmesinde mutlak yöntem, nisbi yöntem ve tazminat yöntemi olmak üzere üç ayrı yöntem mevcuttur. Doktrin ve Yargıtay nisbi yönteme itibar etmektedir. Söz konusu yöntem uyarınca taşınmazın ayıplı halinin tüketiciye teslimi anındaki değeri ayıpsız olması varsayımındaki değerine oranlanır. Bulunan oran satış bedeline uygulanır ve indirimli satış bedeli belirlenir; Ödenecek bedel, kararlaştırılan bedelle ayıplı objektif değer çarpılıp ayıpsız objektif değere bölünmesiyle bulunacaktır. İndirilecek miktarın hesabında nisbi yöntemle ilişkin açıklamalar için bkz: ARAL / AYRANCI, s. 151 vd.; Ayrıca bkz: AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 200 vd.; EREN, Özel, s. 177 vd.; YAVUZ, s. 195 vd.; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 132-134.

²³⁴ ARAL / AYRANCI, s. 160; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 208-211; EREN, Özel, s. 181 vd.; YAVUZ, s. 207 vd.; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 135 vd.

²³⁵ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 218; ŞENOCAK,, s. 33.

gerekmektedir. Ancak taşınmaz üzerinde var olabilecek haklar, çoğunlukla tapu siciline kayıtlı aynı haklar olacağından alıcı tarafın üçüncü kişinin hakkını bilmediğini ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Bunun sebebi tapu sicilinin aleniyeti ilkesi ve bunun bir yansıması olarak kimsenin tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri sürememesidir. Dolayısıyla; alıcının, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin TBK'nun 227. maddesinin 2. fıkrası ve TMK'nun tapu siciline aleniyeti konu alan 1020. maddesi bir arada değerlendirildiğinde taşınmaz satışlarına ilişkin zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının çok istisnai haller haricinde mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.²³⁶

2. Yüklenici İle Üçüncü Kişi Arasındaki Taşınmaz Satış Sözleşmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından yüklenici; yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin biçimine göre arsa paylarını arsa sahibinden değişik zamanlarda devralır. Yüklenici arsa sahibinden arsa paylarını devraldıktan sonra üçüncü kişilerle taşınmaz satış sözleşmesi ilişkisine girebilir.

a. Yüklenicinin Üçüncü Kişiyle Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapabileceği Haller

Daha önce de değinildiği üzere yüklenicinin arsa paylarını sözleşme kurulduktan sonra henüz inşaat başlamadan alması, arsa sahibiyle arasındaki sözleşme hükümleri doğrultusunda mümkün olabilmektedir. Bu ihtimalde yüklenici henüz kat irtifakı kurulmadığından dolayı bağımsız bölümlere özgülenememiş olan arsa paylarının mülkiyetini arsa sahibinden devralacaktır. Yüklenicinin bu ihtimalde, devraldığı söz konusu arsa paylarını üçüncü kişilere taşınmaz satış sözleşmesi yoluyla satması mümkündür.

İkinci bir ihtimal ise inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli bir şekilde arsa paylarının arsa sahibinden yükleniciye devrolmasıdır. Bu ihtimalde yüklenici inşaatı getirdiği aşamaya göre kısım kısım arsa paylarını devralacaktır. Yüklenici devraldığı

²³⁶ ARAL / AYRANCI, s. 191; Taşınmazlar bakımından zapttan sorumluluğun esasen TMK'nun 1023. maddesinde düzenlenen güven ilkesi sebebiyle sınırlandırıldığı savunulan görüş hakkında detaylı bilgi için bkz: EREN, (Özel) s. 108-110.

bu arsa paylarını üçüncü kişilerle yapacağı taşınmaz satış sözleşmelerine konu edebilecek ve yüklenici ile üçüncü kişiler arasında satış ilişkisi kurulmuş olacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu bu iki ihtimalde²³⁷ yüklenicinin arsa sahibinden pay devralmasını Yargıtay avans olarak nitelendirmekte ve yüklenicinin edimini tam olarak ifa edemediği hallerde söz konusu avansın arsa sahibine geri döneceğini belirtmektedir. Bu açıdan bakıldığında yükleniciden satış sözleşmesi aracılığıyla arsa payı devralan üçüncü kişileri Yargıtay iyiniyetli saymamakta ve kazanımlarını korumamaktadır.²³⁸

Ayrıca henüz bir bağımsız bölümün oluşmadığı bir aşamada, yüklenicinin çıplak arsa paylarının mülkiyetini üçüncüye kişiye devretmesiyle aynı zamanda üçüncü kişiye karşı da bağımsız bölüm yapımı da üstlenmektedir. Bu açıdan üçüncü kişinin yükleniciye ödediği bedelin karşılığını, arsa paylarının devri ve bağımsız bölümün inşası oluşturmaktadır. Bu açıdan aslında üçüncü kişiyle sözleşmenin saf anlamda bir taşınmaz satış sözleşmesi olmadığı, birleşik sözleşme niteliğinde olduğu doktrinde haklı olarak savunulmuştur.²³⁹

Üçüncü bir ihtimal ise yüklenicinin inşaatı bitirmesinin ardından kat irtifakının kurularak hem yükleniciye hem de arsa sahibine ait olan arsa paylarına bağımsız bölümlerin özgülenmesi neticesinde yüklenicinin bağımsız bölümlerin

²³⁷ ERTAŞ, Devir, s. 84: Yazar, tapudan arsa payı devralınmasının bir aynı hak sağlayacağını ancak arsa paylarına özgüleneceği taahhüt edilen bağımsız bölümlerin üçüncü kişi lehine iktisabının garanti olmadığını belirtmekte, böyle bir durumda üçüncü kişinin KMK hükümlerine göre ortaklığın giderilmesi davası açarak kat mülkiyeti kurulmasını talep edebileceğini ve bu suretle kendisine taahhüt edilmiş olan bağımsız bölümün adına tescilini sağlatabileceğini ifade etmektedir.

²³⁸ Y23HD, E. 2014/6486, K. 2014/6291, T. 15.10.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.05.2015: “(...)Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.(...)”

²³⁹ ÖZ, Dönme, s. 168: “Aslında bu sözleşmeler taşınmaz satımı-eser sözleşmesi arasında bir “bileşik (kombine) sözleşme oluştururlar. (...) Böyle bileşik sözleşmelere, özellikle, arsa payı karşılığı inşaat yapan müteahhidin, kendisine verilen arsa payını, işin tamamlanması için finansman kaynağı olsun diye, kısım kısım üçüncü kişilere satması ve bir yandan da bunlara ilerde inşaatı bitirip bu paylar oranında bağımsız bölüm vereceğini taahhüt etmesi şeklinde rastlanır. Böyle ilişkilere uygulamada “temelden daire alınması (veya satımı) denmektedir.”; Aynı yönde: ERMAN, İnşaat, s. 176, d.n. 1

maliki sıfatını kazanması ve söz konusu bu bağımsız bölümlerin mülkiyetini üçüncü kişilerle taşınmaz satış sözleşmesine konu edebilmesidir. Bu durumda, yüklenici arsa sahibiyle arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinden doğan borcunu yerine getirdiğinden, iktisap ettiği paylar Yargıtay'a göre avans niteliği taşımayacak ve üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır.

Elbette yüklenicinin arsa payları ya da bağımsız bölümlere malik olmasına rağmen, yine de üçüncü kişilerle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması mümkündür. Söz konusu bu ihtimal, yüklenici arsa paylarına veya bağımsız bölümlere malik olmasa dahi mümkünken, söz konusu mülkiyet hakkının yüklenici tarafından iktisap edilmesiyle yüklenici bakımından taşınmaz satış sözleşmesi yapabilme şansı da doğar.

Netice itibariyle yüklenici; arsa paylarının tamamı veya bir kısmını kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduktan sonra olmak üzere baştan devralabilmekte ve bu devralmadan sonra söz konusu arsa paylarını taşınmaz satış sözleşmesine konu edebilmektedir. Aynı şekilde arsa paylarının inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli devredileceğinin kararlaştırıldığı bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de yüklenicinin geline aşamaya göre kademeli şekilde devraldığı arsa paylarını üçüncü kişilere taşınmaz satış sözleşmesi yoluyla satabilmesi mümkündür. Ayrıca inşaatın tamamlanmasıyla arsa paylarına özgülenen bağımsız bölümlerin de doğal olarak yüklenici ile üçüncü kişiler arasında taşınmaz satış sözleşmesine konu edilebilmesi mümkündür. Taşınmaz satış sözleşmesinin unsurlarından biri, değinildiği üzere ortada bir taşınmazın bulunmasıdır. Satıcı taraf, sadece maliki olduğu taşınmazı satabilmekte, henüz maliki olmadığı bir taşınmazı ise taşınmaz satış sözleşmesine konu edememektedir.

Dolayısıyla yüklenici kişi ile üçüncü kişi arasında taşınmaz satış sözleşmesi kurulabilmesi için öncelikle yüklenicinin arsa paylarına veya bağımsız bölümlere malik olması gerekmekte ve bunun yanı sıra taşınmaz satışının unsurları olan satış bedeli ile taraflar arasındaki anlaşma koşullarının da sağlanmasıyla taşınmaz satış sözleşmesinin meydana gelebileceği kabul edilmelidir.

b. Üçüncü Kişinin Yükleniciden Taşınmaz Satış Sözleşmesiyle Hak İktisap Etmesi Halinde Hukuki Durumu

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafı ile sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişinin, kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan esere ilişkin bir arsa payı ya da bağımsız bölümü konu alan bir taşınmaz satış sözleşmesi yapması halinde; yüklenici kişi taşınmaz satış sözleşmesi bakımından satıcı sıfatını, üçüncü kişi ise taşınmaz satış sözleşmesi bakımından alıcı sıfatını haiz olacaktır. Bu durumda taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin ve kanunun taşınır sözleşmelerine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla taşınmaz satışlarına da uygulanabileceğine yönelik düzenlemesi uyarınca mahiyetine uygun düştüğü ölçüde taşınır satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin, satıcı olan yüklenici ve alıcı olan üçüncü kişi bakımından uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

Bu bakımdan alıcı sıfatını kazanan üçüncü kişi, taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin alıcı sıfatıyla bir takım borçlar; satıcı sıfatını kazanan yüklenici de taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin satıcı sıfatıyla bir takım borçlar üstlenecektir.

aa. Üçüncü Kişinin Alıcı Sıfatıyla Borçları

aaa. Satış Bedelini Ödeme Borcu

Değindiği üzere satış bedeli, taşınmaz satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir. Satış bedelini ödeme borcu da alıcı olan üçüncü kişinin asli borcudur. Tam iki tarafa borç yükleyen taşınmaz satış sözleşmesinde satıcı olan yüklenici taşınmazın mülkiyetini alıcıya devretmek borcu altına girerken, alıcı olan üçüncü kişi de bunun karşılığı olarak tarafların serbestçe kararlaştırdığı satış bedelini ödeme borcu altına girmektedir. Diğer bir deyişle, karşılıklı olan asli nitelikteki söz konusu bu borçlar sinallagma ilişki kapsamında birbirleriyle değiştirilmektedir.²⁴⁰

Taşınırlara ilişkin satışlarda satış bedeli ödeme borcunun satılanın teslim edildiği anda muaccel olacağı TBK'nun bir düzenlemesidir.²⁴¹ İlgili düzenleme uyarınca sözleşmeyle aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda satıcı ile alıcının

²⁴⁰ EREN, Özel, s. 189.

²⁴¹ İlgili düzenlemeler için bkz; TBK md. 207/II ve md. 237/I.

borçlarını aynı anda ödemesi esas olarak kabul edilmiştir. Bu durumda satıcı olan yüklenici, borcunu taşınmazın mülkiyetini devrederek ifa edeceğine göre, mülkiyetin devrine ilişkin tescil yapıldığı anda, üçüncü kişi olan alıcının satış bedelini ödemesi gerekmektedir. Satıcının alıcıya devri fiilen önermesi, alıcının satış bedeli ödeme borcunun doğması için yeterlidir.²⁴²

Üçüncü kişi olan alıcının borcu, taşınmaz satışına ilişkin yüklenici tarafla girdiği hukuki ilişkinin satış ilişkisi olmasından dolayı para borcudur ve taraflar arasındaki sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça nakit veya kaydi parayla ödenmesi mümkündür.²⁴³ Bedelin para haricinde bir mal ile karşılanması halinde söz konusu sözleşme bir taşınmaz satış sözleşmesi değil, trampa sözleşmesi niteliğinde olacak; bedel ödenmemesi suretiyle taşınmaz üçüncü kişiye devrediliyorsa taraflar arasında bağışlama ilişkisinin bulunduğu kabul edilecektir.²⁴⁴ Dolayısıyla yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki ilişki taşınmaz satış sözleşmesi olarak nitelendirilebildiği ölçüde üçüncü kişinin borcunun bir para borcu olduğunu kabul etmek gerekir.

Bedelin milli para ya da yabancı bir para ile ödenmesine taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde karar verebilirler. Ancak taraflar arasındaki sözleşmede bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde, TBK'nun 99. maddesinin ilk fıkrası uyarınca borcun milli parayla ödenmesi gerekecektir.²⁴⁵ Söz konusu bu hüküm, tamamlayıcı bir hukuk kuralı olup, tarafların konuya ilişkin bir düzenlemede bulunmamaları halinde uygulama alanı bulacaktır. Önceden de değinildiği üzere resmi senetler üzerindeki para miktarları açık olarak belirtilmek durumunda olduğundan, taşınmaz satışlarında bedelin belirlenebilir olması yetmeyip, açık olarak belirli olmalı ya da bedelin belirlenmesine yarayan ölçütlerin açıkça belirtilmiş olması gereklidir.²⁴⁶

²⁴² ARAL / AYRANCI, s. 169; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 242-243; EREN, Özel, s. 189; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 154; Mülga kanun döneminde konuya ilişkin doktrindeki fikir ayrılıkları için bkz: YAVUZ, s. 217-218.

²⁴³ ARAL / AYRANCI, s. 168; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 51; EREN, Özel, s. 189.

²⁴⁴ ARAL / AYRANCI, s. 168; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 55; EREN, Özel, s. 189; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 35

²⁴⁵ EREN, Özel, s. 189.

²⁴⁶ EREN, Özel, s. 190.

Satış bedelinin yüklenici olan satıcının tasarruf alanına girmesiyle alıcı olan üçüncü kişi borcundan kurtulmuş olacaktır. Satış bedeli, kaydi para olarak ödenmekteyse havale edilen paranın satıcı olan yüklenicinin hesabına geçmesiyle alıcı olan üçüncü kişi borcundan kurtulmuş olacaktır.²⁴⁷

Üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki satış ilişkisi, taşınmazı konu alan bir satış ilişkisidir ve taşınmazlara ilişkin olarak düzenlenen TMK'nun 807/I-1 hükmüne tabidir. Bu bağlamda satıcı olan yüklenicinin satış bedelini güvence altına almak amacıyla kanuni bir ipotek tesisini isteyebilmesi mümkündür. Satıcı olan yüklenicinin satış bedelini bu yolla garanti altına alma imkanı mevcuttur.

aaaa. Üçüncü Kişinin Satış Bedelini Ödemede Temerrüde Düşmesi

Satıcı yüklenicinin gerçek bir iradeyle fiili olarak alıcı olan üçüncü kişiyi tescile davet etmesine rağmen satış bedelini ödemekten imtina eden üçüncü kişi temerrüde düşecek ve borçlunun temerrüdü hükümleri ile karşı karşıya kalacaktır.²⁴⁸

Borçlunun temerrüdü, TBK'nun 117 vd. maddeleri ile düzenlenmiş bir hukuki müessese olup, peşin satışlara ilişkin TBK'nun 235. madde hükmü de mevcuttur.

Üçüncü kişinin önce satış bedelini ödeyip, ardından taşınmazı satın aldığı taşınmaz satış sözleşmelerinde; söz konusu bu TBK'nun 235. madde hükmü uyarınca borçlunun temerrüdüne ilişkin genel kuralların aksine yüklenicinin alıcı üçüncü kişiye ek süre verme hususu da dahil herhangi bir işleme gerek kalmaksızın alıcıya gecikmeksizin yapacağı bir bildirimle sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur. Söz konusu bu hak kısmi ödeme yapıp, ödeme yapılmayan kısım bakımından temerrüde düşülmesi halinde de mevcuttur. Bu hakkın yüklenici kişi tarafından kullanılabilmesi için üçüncü kişiye yapılacak olan bildirim gecikmeksizin yapılması gerekmektedir. Söz konusu bildirim kanun koyucunun aradığı "gecikmeksizin" şartını taşımadan yapıldığı veya hiç yapılmadığı takdirde, satıcı olan yüklenicinin dönme hakkından vazgeçtiği kabul edilmektedir. Dönme hakkından vazgeçen yüklenici, TBK'nun 235

²⁴⁷ EREN, Özel, s. 190.

²⁴⁸ ARAL / AYRANCI, s. 170; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 241; EREN, Özel, s. 193; YAVUZ, s. 223 vd.; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 159.

ve devamı maddeleriyle düzenlenen sözleşmeden dönmeye ilişkin bu müesseseyi kullanamayacak, ancak üçüncü kişiye uygun bir süre vermek suretiyle borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere başvurabilecektir.²⁴⁹

Doktrinde haklı olarak satıcı tarafın sözleşmeden dönmenin yanı sıra sözleşmeyi ayakta tutarak müspet zararının giderilmesini isteyebileceği ve bedel alacağına tazminat alacağına dönüşeceği savunulmuştur.²⁵⁰

Veresiye satışlarda ise, TBK'nun 235/III maddesi uyarınca satıcı olan yüklenicinin üçüncü kişinin temerrüdü halinde sözleşmeden dönebilmesi için bu hakkı üçüncü kişiyle arasındaki sözleşmede saklı tutmuş olması ve peşin satışlardaki kuralın aksine alıcı üçüncü kişiye ek bir süre tanınması gerekmektedir. Aksi takdirde yüklenici, satış bedelinin ödenmesi ile temerrüt faizi ve uğradığı müspet zararın tazminini talep edebilecektir.²⁵¹

Alıcı sıfatı taşıyan üçüncü kişi, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uyarınca temerrüt faizini ve kusuru sebebiyle satıcı olan yüklenicinin uğradığı aşkın zararları da TBK'nun 122. maddesi uyarınca tazmin yükümlülüğüyle karşı karşıya kalacaktır.²⁵²

bbb. Devralma Borcu

Üçüncü kişinin, yüklenici ile girdiği taşınmaz satış sözleşmesi ilişkisinde asli edimi olan satış bedelini ödeme borcunun dışında bir de TBK'nun 232. Maddesi uyarınca taşınmazı devralma borcu bulunmaktadır. Öyle ki, satış bedeli ödenmesine rağmen taşınmazın satışının tescili ve dolayısıyla tesliminden imtina edilmesi de bir olasılıktır.

²⁴⁹ ARAL / AYRANCI, s. 170-171; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 248; EREN, Özel, s. 194; YAVUZ, s. 223-224; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 160.

²⁵⁰ ARAL / AYRANCI, s. 170; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 253; EREN, Özel, s. 194-195; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 162.

²⁵¹ ARAL / AYRANCI, s. 171-173; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 248 vd.; BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 106; EREN, Özel, s. 195-196; YAVUZ, s. 224-225; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 160.

²⁵² Söz konusu zararın tazmini bakımından somut ve soyut yöntem olarak yapılan sınıflandırma ve bu yöntemlerin öngördüğü esaslar için bkz: ARAL / AYRANCI, s. 179-180; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 252 vd.; EREN, Özel, s. 195-198; YAVUZ, s.225-226; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 159.

Taşınmazın devralınmasının bir borç mu yoksa bir külfet mi olduğu öğretide tartışmalıdır. Bunun bir borç olarak nitelendirilmesi, devralmanın yerine getirilmemesi halinde borçlunun temerrüdü sonucunu doğuracakken; bir külfet olarak nitelendirilmesi ve söz konusu külfete katlanılmaması halinde alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır. Doktrinin bir bölümü borçlunun temerrüdü hükümlerinin satıcıyı ve dolayısıyla yükleniciyi daha iyi koruyabileceğinden bahisle devralmayı bir borç olarak nitelendirmekteyken, doktrinin diğer bir bölümü taşınmazın devralınmasını bir külfet olarak görmektedir. Tarafların aralarındaki sözleşmeyle söz konusu yükümlülüğü asli nitelikte bir borç olarak kararlaştırabileceklerine veya satıcıya hem alacaklının temerrüdü hem de borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanmasına imkan sağlayan bir seçimlik hakkın kararlaştırılabileceğine şüphe yoktur. Bununla beraber doktrinde devralmanın aslen bir külfet olarak değerlendirilmesi gerektiği, ancak satıcının malın devralınmasında haklı bir menfaatinin olması gibi durumun özelliğinin gerektirdiği haller itibariyle devralmanın bir borç olarak nitelendirilmesinin de mümkün olabileceği savunulmuştur.²⁵³

Yüklenicinin sözleşmeyle kararlaştırılan taşınmazdan başka bir taşınmazı devretmeyi önermesi ya da sözleşmeyle kararlaştırılan nitelikleri karşılamayacak şekilde taşınmazı devretmeyi önermesi yanlış ifa ve eksik ifa sonuçlarını doğurur. Böyle bir durumda üçüncü kişinin devralmaktan kaçınması mümkündür ve temerrüde düşmemektedir. Bu durumda yanlış veya eksik ifade bulunan yüklenicinin

²⁵³ ARAL / AYRANCI, s. 181-182: Yazarlar; devralmanın hukuki niteliğini bir yüküm olarak değerlendirmekte, yükümün yerine getirilmemesi halinde satıcının hem alacaklının temerrüdü hem de borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere başvurabileceğini öne sürmektedirler. EREN, Özel, s. 198-199: Yazar, devralmanın hukuki niteliğini külfet olarak kabul etmekle birlikte, tarafların bunu bir borç olarak nitelendirebileceğini, bu halde veya malın bir an önce devralınmasının satıcı açısından haklı menfaat oluşturduğu hallerde borçlunun temerrüdüne de başvurulabilmesi gerektiğini ifade etmektedir.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 153: Yazarlar; devralmayı bir borç olarak nitelendirmekte, söz konusu borcun bir yan borç olduğunu ancak bir an önce devralınmasında satıcının haklı menfati olduğu hallerde asli borç olarak nitelendirilebileceğini ve bu suretle TBK'nun 125. maddesiyle düzenlenen dönme hakkının kullanılabilmesini savunmaktadırlar. Bu bağlamda devralmamanın aynı zamanda satış bedelini ödemekten de kaçınma anlamında olduğu hallerde satıcının dönme hakkını kullanabileceği savunulmuştur. Yazarlar borç olarak nitelendirdikleri devralmanın yerine getirilmemesi halinde, alacaklının temerrüdü ve borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere de başvurulabileceğini öne sürmektedirlerdir; Aynı yönde: YAVUZ, s. 222-223; Aynı yönde: AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 255-257.

temerrüdü gündeme gelecektir.²⁵⁴ Taşınmaz satışlarının resmi şekilde düzenlenmesi ve devrin tapuda tescil suretiyle yapılması sebebiyle, taşınmaz satışları bakımından yanlış ifa müessesesinin uygulama alanı bulması pek mümkün gözükmemektedir.

Üçüncü kişi taşınmazı devralırken herhangi bir çekince ileri sürmez ise, sonradan sözleşmeye aykırı ifayı iddia ettiği takdirde ispatla yükümlü olacaktır.²⁵⁵

Devralma bir külfet olarak görüldüğü takdirde; yüklenici, külfete katlanmayan alıcı sıfatlı üçüncü kişiye karşı alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilmektedir. Ancak söz konusu devralma bir borç olarak kabul edildiği takdirde, yüklenici borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanabilecek ve aynen ifa ile müspet zararının giderilmesi isteminin yanı sıra sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir.²⁵⁶ Ayrıca TBK'nun 235. maddesi düzenlemesi hükümlerinin de değinilen şartların gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulması mümkündür.

ccc. Yan Borçlar

Taşınmazın devralınmasına ilişkin giderler ile senet giderleri aksine sözleşme veya adet olmadığı sürece alıcı sıfatlı üçüncü kişiye aittir. Üçüncü kişinin temerrüde düştüğü hallerde ya da hasarın üçüncü kişiye geçtiği konusunda bir anlaşmanın var olduğu hallerde taşınmazın tescili ve tesliminden önce yüklenicinin taşınmaza ilişkin korunma ve bakım için yaptığı zorunlu ve faydalı giderleri üçüncü kişi karşılamak durumundadır. Bunun dışında üçüncü kişi olan alıcının bir diğer yan borcu da taşınmazın satışı için gerekli olan hazırlık fiillerine katılmaktır.²⁵⁷

²⁵⁴ EREN, Özel, s. 200; Satıcı tarafından edimin konusuna uygun olarak teklif edilmesi gerektiğine ilişkin: AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 256; Aynı Yönde: YAVUZ, s. 222; Aynı Yönde: ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 153

²⁵⁵ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 256; EREN, Özel, s. 201.

²⁵⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: EREN, Özel, s. 201, d.n. 439.

²⁵⁷ ARAL / AYRANCI, s. 184; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 258; EREN, Özel, s. 202-203; YAVUZ, s. 219 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 149 vd..

bb. Yüklenicinin Satıcı Sıfatıyla Borçları

aaa. Mülkiyeti ve Zilyetliği Devretme Borcu

Taşınır satışına ilişkin Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen hükümlerin taşınmaz satışlarına da kıyasen uygulanacağını düzenleyen TBK'nun 246. maddesi uyarınca, taşınır satışlarına ilişkin düzenlenen ve satıcıya satılanın mülkiyet ve zilyetliğini devretme borcu yükleyen aynı kanunun 207 ve 210. maddelerinin taşınmaz satışlarına da kıyasen uygulanacağı ve satıcı olan yüklenicinin söz konusu bu maddeler uyarınca arsa paylarının veya kat irtifakının kurulup arsa paylarının bağımsız bölümlere özgülenmesi halinde bağımsız bölümlerin mülkiyeti ile zilyetliğini alıcı olan üçüncü kişiye devretme borcu altında olduğu açıktır. Söz konusu bu borç, yüklenicinin taşınmaz satış sözleşmesiyle üstlendiği asli bir borçtur.

Taşınmaz satışlarında mülkiyetin devri tapu siciline yapılacak tescille gerçekleştirilirken, zilyetliğin devri kural olarak fiili hakimiyetin kullanılmasına imkan veren araçların teslimiyle olmaktadır. Bu bağlamda satılan bir evin anahtarının alıcı tarafa teslim edilmesi, zilyetliğin devredildiği sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla tamamlanmış eserler bakımından yüklenici olan satıcının, mülkiyetin yanı sıra zilyetliği de devretme borcu bulunmakta ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan taşınmaza ilişkin alıcı tarafın satın aldığı bağımsız bölümün anahtarını teslim etme yükümlülüğünü üstlendiği kabul edilmelidir. Zilyetliğin devri bakımından taşınmaz satışlarında ifa yeri, taşınmazın bulunduğu yerdir. Dolayısıyla taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma mevcut değilse, anahtarın tesliminin taşınmazın bulunduğu yerde yapılması suretiyle zilyetliğin devri borcunun ifa edileceği kabul edilmelidir.

Henüz inşaatın tamamlanmadığı durumlar bakımından arsa payları bağımsız bölümlere henüz özgülenmediğinden, çıplak arsa paylarının da devri değinildiği üzere mümkündür. Bu durumda üzerinde fiili hakimiyet kurulabilecek bir taşınmaz henüz mevcut olmadığından, yüklenici tarafın tapu sicilinde arsa paylarının mülkiyetini alıcı üçüncü kişiye devretmesi asli borcunu ifa etmesi bakımından yeterlidir.

Mülkiyetin devri ise tescil yoluyla gerçekleştirilir. Tescilin fiili olarak gerçekleşmesi için yüklenicinin tescil talebinde bulunması ve bu talebe uygun olarak

sicilde tescil işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. TMK'nun 1024. maddesi uyarınca taşınmaz devri, sebebe bağlı bir işlemdir.

bbb. Satıcı Sıfatıyla Yan Yükümlülükleri

Yüklenici olan satıcının satış sözleşmesinden doğan asli borcu taşınmazın zilyetliği ile mülkiyetini alıcıya geçirmektir. Satıcının yan borçları ise, asli borçlarını ifa edebilmesi bakımından gereken her şeyin yapılması anlamındadır. Söz konusu bu yükümlülük, hukuki temelini TMK'nun 2. maddesiyle düzenlenen dürüstlük kuralından alır.²⁵⁸

Bu bağlamda taşınmazın teslim hazırlanması, teslim kadar muhafaza edilmesi ve korunması, alıcı üçüncü kişiye bilgi verilmesi, açıklama yapılması ve işbirliği yapılması gibi mülkiyetin ve zilyetliğin devri için gerekli olan hususlar, satıcı olan yüklenicinin yan borçları kapsamındadır.

B. Üçüncü Kişinin Alacağın Temlik Sözleşmesiyle Hak İktisap Etmesi Halinde Hukuki Durumu

1. Genel Olarak Alacağın Temlik Sözleşmesi

a. Kavram

Alacağın temlik; borç ilişkisinden doğan belli bir talep hakkının bir üçüncü kişiye devredilmesi anlamına gelen bir hukuki işlemdir.²⁵⁹ Söz konusu bu işlem dahilinde alacaklı kişi sadece alacaktan doğan talep hakkını borçlunun muvafakatine ihtiyaç duyulmaksızın üçüncü bir kişiye devretmekte, alacaktan doğan sorumluluk ve yükümlülükler ise kendisi üzerinde kalmaktadır. Diğer bir deyişle alacaklı kişi borçlu kişiyle arasında alacak doğmasına sebep olan ilişkiden doğmuş yükümlülüklerle

²⁵⁸ ARAL / AYRANCI, s. 95.

²⁵⁹ GÜNERGÖK, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul, 2014, s. 8; KILIÇOĞLU, Genel, s. 762; FRANKO, Nisim, Alacağın Temlik, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 49, S. 1, 1994, s. 178: Yazar, temlik edilen hususun borçlu ile temlik eden arasındaki borç ilişkisi olmadığını, borç ilişkisinden doğan alacağın temlik edildiğini ifade etmektedir.; YENER, Mehmet Deniz, Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 3, S. 5, 2011, Garanti, s. 67.

bağlıdır, söz konusu bu yükümlülükler alacağın devredildiği üçüncü kişiyi bağlamamaktadır.²⁶⁰

Alacağın temlikine konu olabilecek alacağın; borcun kaynakları olan sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olması temlik işlemi bakımından yasa veya sözleşme ile yasaklanmadıkça bir fark yaratmamaktadır.²⁶¹ Konumuz bakımından ise sözleşmeden doğan bir alacağın temliki söz konusudur. Nitekim yüklenici ile arsa sahibi arasındaki ilişki, sözleşmeye dayanan bir ilişkidir ve yüklenici söz konusu bu sözleşme ilişkisi neticesinde bir alacak hakkı kazanmaktadır.²⁶²

Alacağın devri, doktrinin çoğunluğu tarafından sebebe bağlı olmayan soyut bir hukuki işlem olarak görülmekte ve bunun sonucu olarak; alacağın devrine esas teşkil eden sebebin geçerli olmaması, gerçekleşmemesi veya sona ermiş olması halinde dahi alacağın temliki geçerli sayılmaktadır. Ancak genel kuralın bu şekilde kabul edilmesine rağmen tarafların alacağın temlikine illi bir hukuki işlem niteliği kazandırmalarının mümkün olduğu, temlik işleminde sebep gösterildiği takdirde temlik işleminin soyut bir işlem olmaktan çıkacağı da doktrin de öne sürülmektedir.²⁶³

²⁶⁰ FRANKO, s. 177-178; GÜNERGÖK, s. 9; REİSOĞLU, s. 464;.

²⁶¹ ERTAŞ, Devir, s. 81: TBK'nun 183. maddesinin emredici olmaması ve inşaat işinin niteliğinin de aksini gerektirmemesinden dolayı arsa sahibi ile yüklenici arasındaki hukuki ilişkide alacağın devredilmesinin sözleşmeyle yasaklanması mümkündür.; GÜNERGÖK, s. 25; REİSOĞLU, s. 465; Temlikin sözleşmeyle yasaklanması bakımından ayrıntılı bilgi için bkz: ŞAHİNİZ, Salih, Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) Ve Yasakları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hakemli Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, Yıl: 2007; Ayrıca bkz: FRANKO, s. 184 vd; Ayrıca bkz: KILIÇOĞLU, Genel, s. 768-770.

²⁶² Bkz: İkinci Bölüm, I, B, 1, c, a başlığı.

²⁶³ Doktrinindeki tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz: GÜNERGÖK, s. 69 vd.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 766; REİSOĞLU, s. 465-466; YENER, Garanti, s. 68-69: “Alacağı devir vaaadinin geçersizliği halinde, alacağın devrine ilişkin tasarruf işleminin de geçersiz olup olmayacağı yani tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Devre sebep olan borçlandırıcı işlemin, yani alacağı devir vaaadinin geçersizliği halinde, sebebe bağlılık görüşünün benimsenmesi halinde devralan alacağı kazanamayacaktır. Sebep soyutluk görüşü kabul edilirse devralan alacağı kazanacak ama bu kazanma malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği için bunu iade etmek zorunda kalacaktır. Bu olumsuz durumun sebebi, sebebe bağlılık görüşüne göre borçlandırıcı işlemin geçersiz olması sebebiyle alacağın kazanılamaması veya sebepten soyutluk görüşüne göre kazanılan alacağın iade edilmesidir.”; Aynı yönde: FRANKO, s. 179; Yargıtay ise alacağın temliki işlemi mücerret bir nitelikte değerlendirdiği bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: Y13HD, E. 1975/1212, K. 1976/1049, T. 16.02.1976, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 11.11.2014: “(...) Alacağın temlik edildiği, davalı olan borçlu idareye bildirilmiştir. Taraflar arasındaki uyumsuzluğun, Borçlar

Kanaatimize göre alacağın temlik sözleşmesinde alacağın bir amaca yönelik olarak temlik edildiği yazılmışsa, alacağın temlik soyut bir işlem olmaktan çıkmalı ve illi bir hukuki işlem niteliği kazanmalıdır. Alacak hakkına doğrudan doğruya tesir etmesi sebebiyle alacağın temlik işlemi mücerret bir işlem olarak nitelendirilmekte, ancak temelinde borçlandırıcı bir işlemin varlığına ihtiyaç duyabilmektedir.²⁶⁴ Konumuz bakımından da yüklenici ile üçüncü kişi arasında taşınmaz satışına ilişkin bir hukuki ilişkinin kurulması amaçlanmakta, ancak satış sözleşmesinin konusu olan bağımsız bölümler ve bağımsız bölümlere özgülenecek olan arsa paylarının mülkiyeti henüz yüklenicide olmadığından, yüklenici taraf arsa sahibinden olan alacak hakkını üçüncü kişiye temlik etmekte, üçüncü kişi de bunun karşılığında bir bedel ödemektedir. Diğer bir deyişle yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki alacağın temlik ilişkisinin sebebi, yüklenicinin satış bedeli karşısında kendi üstlendiği borcun ifa edilmesidir. Bu durumda, alacağın temlikinin sebepten tamamen soyut bir hukuki işlem olarak görülmesi mümkün olmamakta ve alacağın temlikinin bir sebebe bağlı olarak yapıldığı kabul edilmelidir.

Netice itibariyle kural olarak alacağın temlikinin sebepten soyut bir hukuki işlem olduğu, ancak temlik işleminin sebep gösterilerek yapılması halinde illi bir hukuki işlem olarak nitelendirilmesi gerektiği söylenmelidir.

b. Taraflar

Alacağın temlik, sözleşmeyle kararlaştırılan iradi bir devir olabileceği gibi mevzuat gereği öngörülen bir halefiyet neticesinde ya da bir mahkeme kararıyla meydana gelebilmektedir.²⁶⁵ Üçüncü kişinin yükleniciden alacağın temlik yoluyla hak iktisap edişi, alacağın iradi temlik niteliğindedir. Nitekim söz konusu temlik,

Kanununun 162 ve sonra gelen hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Temlik borç doğuran bir akit değil, alacağı başkasına geçiren mücerret hukuki bir tasarruftur. Bu işlem temellik eden alacaklının halefi olmaktadır. (...); Yakın tarihli bir kararda ise Yargıtay'ın alacağın temlikini sebebe bağlı bir işlem olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır: Y19HD, E. 2009/8451, K. 2010/5584, T. 06.05.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 11.11.2014: “(...)Alacağın temlik, alacağı devredenle devralan arasındaki ilişki bakımından sebebe bağlı bir işlem olup, bu temel ilişki geçersiz veya sonradan ortadan kalkar ise temlik gerçekleşmeyecek ya da sonradan geçerliliğini kaybedecektir. (...)”

²⁶⁴ GÜNERGÖK, s. 81; REİSOĞLU, s. 53; Karş.: Franko, s. 179: Yazar, alacağın temlikinin mutlak suretle sebepten soyut olduğunu belirtmektedir.

²⁶⁵ KILIÇOĞLU, Genel, s. 764-765.

“alacağın temliki sözleşmesi” kapsamında yapılmakta ve dolayısıyla tarafların karşılıklı anlaşması unsurunu da içerdiğinden iradi bir nitelik kazanmaktadır.

Alacağın iradi temlikinde üç kişi mevcuttur. Bunlar; borçlu, alacağı devreden ve alacağı devralan taraflardır.

Konumuz bakımından borçlu, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinin taraflarından arsa sahibidir. Alacağın temliki işlemine konu olan alacak, arsa sahibinden bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devredilmesini talep etme olduğuna göre, söz konusu alacağın borçlusunun da arsa sahibi olduğu açıktır.

Alacağı devreden ise, arsa sahibinden oluşacak olan bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep etme hakkını elinde bulunduran ve bu hakkı bir üçüncü kişiye devreden yüklenicidir. Yüklenicinin devrettiği kişi de kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan eserden bağımsız bölüm sahibi olmayı amaçlayan üçüncü kişidir. Dolayısıyla söz konusu üçüncü kişinin, alacağı devralan taraf olduğunu söylemek mümkündür.

c. Koşulları

Alacağın temliki sözleşmesine ilişkin hükümler, alacağın iradi devri başlığıyla TBK'nun 183. maddesi ve devamı hükümlerde düzenlenmiştir. İlgili 183. madde hükmü; kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklının, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebileceğini düzenlemektedir.

Söz konusu hükümden iki sonuç çıkarmak mümkündür. Bunlar; alacağın temliki sözleşmesinin kurulabilmesi bakımından borçlunun rızasının aranmadığı ve temlike kanun, sözleşme ya da işin niteliğinin engel olmaması halleridir.

TBK'nun 184. madde hükmü ise alacağın devrinin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlamaktadır.

aa. Alacağın Varlığı

Alacağın temlik edilebilmesi ve bir alacağın temliki sözleşmesi yapılabilmesi bakımından ilk şart, doğmuş veya doğacak olan bir alacağın varlığıdır. Nitekim

doğmuş veya doğacak olan bir alacak, alacağın temlik sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.²⁶⁶

Konumuz bakımından daha önce de değinildiği üzere alacağın temlik sözleşmesine konu olan alacak, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde yüklenicinin arsa sahibinden bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep etme hakkıdır. Söz konusu hak, henüz doğmadığından, doğacak bir alacağın varlığı söz konusudur. Nitekim henüz bağımsız bölümler oluşmamış ve söz konusu bağımsız bölümlerin mülkiyeti yükleniciye geçmemiştir. Yüklenici kendi mülkiyetinde bulunan bir ayni hak mevcut olmadığından, kişisel bir hak olan alacak hakkını temlik etmektedir.²⁶⁷

Görüldüğü üzere, yüklenicinin üçüncü kişiye henüz doğmamış olan bu alacak hakkını adi yazılı bir satış sözleşmesiyle devretmesi, taşınmaz satış vaadi yapılmadığı takdirde alacağın temlik sözleşmesi hükümlerine tabi olabilmektedir.

bb. Yazılı Sözleşme

TBK'nun 184. maddesi alacağın temlikine ilişkin sözleşmenin geçerlilik şartını yazılı şekilde yapılması olarak belirtmiştir. Söz konusu hükmün lafzından sözlü şekilde alacağın devredilmesinin mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. Alacağın temlik işlemi tasarrufi bir işlem olduğundan devrin sebebinin sözleşmede belirtilmesi zorunlu değildir. Ancak daha önce de değinildiği üzere, sözleşmede sebebin belirtilmiş olması halinde temlik işleminin sebebe bağlı bir işlem haline dönüştüğünün kabulü gerekmektedir.

²⁶⁶ COŞKUN, s. 46; GÜNERGÖK, s. 89; KILIÇOĞLU, Genel, s. 766-767; YENER, Garanti, s. 68.

²⁶⁷ Konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararındaki ifade şu şekildedir: Y3HD, E. 2012/18642, K. 2012/21527, T. 15.10.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 13.11.2014: “(...)Başka bir ifadeyle, böyle durumlarda, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, kendisine düşen bir bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış değil; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde söz konusu bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını, diğer bir ifadeyle sözleşmeden doğan kişisel hakkını (bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkını) üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır.(...)”

Alacağın temlikinin mücerret bir işlem olmasının temel sonucu ise, sözleşmenin yapıldığı anda alacağın devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçmesidir.²⁶⁸

Adi yazılı şekilde aynı hak devretmek amacıyla yapılan harici satış sözleşmelerinin alacağın temlik niteliğinde değerlendirilmesi, aynı hak devirleri için aranan resmi şekil şartının gerekmemesi, geçerliliğin yazılı şekil şartına bağlı olması sonucunu ortaya koymaktadır.²⁶⁹

TBK'nun 183. madde hükmü gereğince borçlunun taraflar arasında alacağın temlikine ilişkin yapılacak olan sözleşmeye onay vermesi gerekmemektedir. Söz konusu devir borçlu tarafa, konumu itibarıyla arsa sahibine, bildirilmemiş ve borçlu taraf hiçbir şekilde öğrenmemiş dahi olsa alacağın temlik işlemi geçerlidir.²⁷⁰

Sözleşmenin geçerliliğinin yazılı şekil şartına bağlanmış olması, TBK'nun yazılı şekil şartını düzenleyen genel hükümlerinin uygulama alanı bulması anlamına gelmektedir. İlgili hükümler kanunun 13. ve 16. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler uyarınca kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerin değiştirilirken de yazılı şekle tabi olduğu, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin sözleşmede imzasının bulunmasının zorunlu olduğu, imzanın el yazısıyla ya da güvenli elektronik imzayla atılabileceği gibi düzenlemeler mevcuttur.

Bu bağlamda alacağın temlik sözleşmesinin ivazsız yapılması halinde, sadece alacağı devreden tarafın sözleşmeyi imzalaması gerekmekte, alacağı devralan taraf bakımından ise yazılı bir kabul beyanı şartı bulunmamaktadır. Söz konusu

²⁶⁸ FRANKO, s. 178-179; GÜNERGÖK, s. 89; KILIÇOĞLU, Genel, s. 765; REİSOĞLU, s. 467; YENER, Garanti, s. 68.

²⁶⁹ Konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararındaki ifade şu şekildedir: Y3HD, E. 2012/18642, K. 2012/21527, T. 15.10.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 13.11.2014: "(...)Kısaca, böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir "alacağın temlik" sözleşmesi bulunur. Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde, alacağın temlik sözleşmesinin geçerliliği ise, sadece yazılı şekle tabi tutulmuş olup, resmi şekle bağlanmamıştır. Dolayısıyla, yazılı şekilde düzenlenmiş olması şartıyla, yüklenici, arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devredebilir; "alacağın temlik" hükmünde olan böyle bir sözleşme de, hukuken geçerlidir.(...)"

²⁷⁰ FRANKO, s. 179; GÜNERGÖK, s. 102; KILIÇOĞLU, Genel, s. 771; ŞAHİNİZ, Temlik Yasakları, s. 495; YENER Garanti, s. 68

kabulün zımnı şekilde yapılabileceği de doktrinde kabul edilmektedir.²⁷¹ İvazlı sözleşmeler bakımındansa her iki tarafın da borç altına girmesi sebebiyle, iki tarafın da sözleşmede imzasının bulunması gerekmektedir. Konumuz bakımından kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan eserde meydana gelecek bağımsız bölümler üzerinde hak iktisap etme amacında olan üçüncü kişi, yüklenicinin kişisel alacağını temlik etmesi karşısında bir bedel ödemektedir. Dolayısıyla yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki ilişki ivazlı bir sözleşme ilişkisi olup, her iki tarafın da sözleşmede imzasının bulunması gerektiği kabul edilmelidir.

TBK'nun 190. maddesi uyarınca alacağı devreden taraf, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Söz konusu hüküm alacağı devreden tarafa bir yükümlülük yüklemekte, ancak sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir düzenleme getirmemektedir. Dolayısıyla hükme aykırı şekilde alacak senedinin alacağı devralana verilmemesi halinde alacağın devri geçerli olmaya devam edecektir.²⁷²

cc. Temlike Engel Halin Bulunmaması

TBK'nun 183. maddesi alacağın temlikinin kanun, sözleşme veya işin niteliğinin temlike engel olmaması halinde yapılabileceğini düzenlemiştir.

Kanunen yasaklılık haline, ödünç sözleşmesine ilişkin TBK'nun 380. maddesi örnek verilebilmektedir. İlgili hükme göre ödünç alanın ödünç konusunu başkasına kullandırması mümkün değildir. Söz konusu engel, kanuni bir yasaklılık hali olup, bu yasağa rağmen yapılan temlik geçerli olmayacaktır. Benzer bir hüküm kira sözleşmeleri bakımından düzenlenmiştir. TBK'nun 323. Maddesi uyarınca kiraya verenin yazılı rızası alınmadıkça, kira ilişkisinin kiracı tarafından başkasına devredilemeyeceği, kirayı verenin işyeri kiralrı bakımından haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamayacağı düzenlenmiştir.²⁷³ İşin niteliği gereği temlike

²⁷¹ GÜNERGÖK, s. 60-61; KILIÇOĞLU, Genel, s. 771; REİSOĞLU, s. 467; YENER, Garanti, s. 69.

²⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜNERGÖK, s. 105 vd.; REİSOĞLU, s. 468; YENER, Garanti, s. 70.

²⁷³ Kira sözleşmelerine ilişkin devir yasağı öngören ilgili hüküm ve bunun uygulamasına yönelik detaylı bilgi için bkz: CANBOLAT, Ferhat / TOPUZ, Seçkin, Kira İlişkisinin Devri – Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili 323'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S. 95, 2011.

engel bir hal olmasına verilebilecek örnek ise nafaka alacaklarının temlik edilememesidir. Nafaka alacağı niteliği gereği ifanın bizzat alacaklıya yapılmasını gerektirdiğinden temlike engel bir hal mevcut olacaktır.²⁷⁴

Kanuni engel ve işin niteliği gereği mevcut olan engel halleri, yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılacak olan alacağın temlik sözleşmesi bakımından mevcut değildir. Ancak arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşme ile alacağın temlikinin engellenmesi mümkün olabilmektedir. Sözleşmeyle getirilebilecek temlik yasağının, genel nitelikte bir düzenleme olabilmesi mümkünken, bazı kişilere özel bir yasak getirilebilmesi de mümkündür.²⁷⁵

Temlik yasağı bulunmasına rağmen yapılan temlike borçlunun sonradan onay vermesi halinde temlik geçerli hale gelecektir.²⁷⁶

Bu durumda arsa sahibi ile yüklenici arasında alacağın temlikine ilişkin bir yasağı düzenleyen sözleşme hükmünün imzalanmış olması halinde, yüklenicinin buna rağmen ileride doğacak olan alacağını üçüncü kişiye devretmesi halinde ne olacağı sorusu gündeme gelecektir.

Kural olarak alacağın temlikinin yasaklanmış olmasına rağmen temlik yapılması halinde geçersiz olacağı söylenmelidir. Ancak söz konusu kuralın istisnası TBK'nun 183. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağın devralınması halinde borçlu temlik yasağını öne süremeyecektir. Bu halde alacağı devralan, temlik yasağı bulunduğunu iyiniyetli olarak bilmiyorsa ve söz konusu borç ikrarına güvenerek alacağı devraldıysa temlik işlemi geçerli olacak, borçlu temlik yasağını öne süremeyecektir.²⁷⁷

²⁷⁴ FRANKO, s. 183-184; GÜNERGÖK, s. 33-34: İşin niteliği gereği devredilememe hallerine ilişkin örnek olarak doktor, avukat gibi meslek mensuplarının kazandıkları ücretlere ilişkin alacak haklarının devredilemeyeceği veya bir derneğin üyeleri ile olan üyelik ilişkisinden doğan alacak haklarının devredilemeyeceği söylenebilmektedir; KILIÇOĞLU, Genel, s. 770; REİSOĞLU, , s. 468-469.

²⁷⁵ GÜNERGÖK, s. 30: Ayrıca yasağın belli bir süreyle sınırlı olması veya alacağın bir bölümüyle sınırlı olması da mümkündür.; REİSOĞLU, s. 468.

²⁷⁶ GÜNERGÖK, s. 34; REİSOĞLU, s. 468.

²⁷⁷ FRANKO, s. 185; KILIÇOĞLU, s. 769

2. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasında Alacağın Temlik Sözleşmesi

a. Yüklenici ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişkinin Alacağın Temlik Sözleşmesi Olarak Nitelendirilebildiği Haller

Üçüncü kişinin yüklenici ile girdiği hukuki ilişkiden beklediği kazanım, hiç şüphesiz kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinin konusu olan eserin tamamlanması neticesinde oluşacak olan bağımsız bölümlerin mülkiyetini iktisap etmektir. Ancak daha önce de değinildiği üzere kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenme biçimleri farklılık arz etmekte ve bu farklılık, yüklenicinin arsa payları üzerinde ne zaman malik olacağını belirlemektedir.²⁷⁸

Buna göre kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasıyla arsa paylarının hemen arsa sahibinden yükleniciye devredildiği biçimde, yüklenici mülkiyet hakkını derhal iktisap etmektedir.²⁷⁹ Ancak inşaatın belirli aşamalara gelmesiyle arsa paylarının mülkiyetinin devredilmesi²⁸⁰ veya inşaatın tamamlanmasıyla mülkiyetin yükleniciye devredilmesinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle kararlaştırılmış olması²⁸¹ da mümkündür. Bu durumda yüklenici henüz belirli aşamaya gelmediğinden veya sözleşmeyle kararlaştırılan biçime göre henüz inşaatı tamamlamadığından malik sıfatını haiz olmayabilir.

Bu durumda, yüklenici üçüncü kişiye oluşacak olan bağımsız bölümü ve bağımsız bölümlere özgülenecek olan arsa paylarını satmak istemekte, ancak malik sıfatı bulunmadığından bunu gerçekleştirememektedir. Bu noktada yüklenicinin kademeli devrin kararlaştırıldığı kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde belirlenen aşamalara gelmeden, inşaatın tamamlanmasıyla devrin kararlaştırıldığı kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise inşaatın tamamlanmasını beklemeden gidebileceği iki yol

²⁷⁸ Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa paylarının yükleniciye devredildiği an bakımından sınıflandırılmasına ilişkin bkz: Birinci Bölüm, II, B başlığı.

²⁷⁹ AYAN, Serkan, s. 39; ERMAN, İnşaat, s. 12-13; COŞKUN, s. 28; GÜMÜŞ, s. 114-115; YENER, Temerrüt, s. 3-4

²⁸⁰ ERMAN, İnşaat, s. 14; COŞKUN, s. 30-31; YENER, Temerrüt, s. 4

²⁸¹ COŞKUN, s. 32; ERMAN, İnşaat, s. 15; GÜMÜŞ, s. 114; YENER, Temerrüt, s. 3.

mevcuttur. Bunlar; üçüncü kişiyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenlemek veya alacağın temlik sözleşmesi yapmaktır.

Alacağın temlik sözleşmesinin kurulması; yüklenici ile üçüncü kişi arasında alacağı devreden bir sözleşmenin kurulması şeklinde olabileceği gibi, yüklenici ile üçüncü kişinin adi bir satış sözleşmesi yapması suretiyle de alacağın temlik niteliğinde bir sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek mümkündür. Taşınmaz satışı resmi şekil şartına tabi kılınmış bir satış türü olmasına rağmen, yüklenici henüz malik sıfatını haiz olmadığından adi bir satış sözleşmesi yapma yolunu seçebilecek ve üçüncü kişiyi de bu yönde zorlayabilecektir. Yargıtay'ın istikrarlı içtihadı ise bu tip sözleşmelere alacağın temlik sözleşmesi hükümlerinin uygulanması yönündedir. Buna göre Yargıtay, adi yazılı bir satış sözleşmeyle yükleniciye ait olacak bağımsız bölümün satışını alacağın temlik sözleşmesi olarak nitelendirmekte ve sözleşmenin hukuken geçerli olacağını ifade etmektedir.²⁸²

Yargıtay'ın söz konusu bu içtihadı uzun yıllardır süren, kökleşmiş bir içtihat olup, alacağın temlik sözleşmesinin adi yazılı satış sözleşmesinin yanı sıra noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapıldığı da Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.²⁸³

²⁸² Bu duruma örnek olan bir Yargıtay içtihadı şu şekildedir: Y3HD, E. 2012/18642, K. 2012/21527, T. 15.10.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014: "(...)Bunun gibi, geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye satılması, Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen "alacağın temlik" hükümlerine tabi bir işlemdir. Başka bir ifadeyle, böyle durumlarda, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, kendisine düşen bir bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış değil; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde söz konusu bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını, diğer bir ifadeyle sözleşmeden doğan kişisel hakkını (bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkını) üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır. Kısaca, böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir "alacağın temlik" sözleşmesi bulunur. Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde, alacağın temlik sözleşmesinin geçerliliği ise, sadece yazılı şekle tabi tutulmuş olup, resmi şekle bağlanmamıştır. Dolayısıyla, yazılı şekilde düzenlenmiş olması şartıyla, yüklenici, arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devredebilir; "alacağın temlik" hükmünde olan böyle bir sözleşme de, hukuken geçerlidir. Ancak, "alacağın temlik" şeklinde gerçekleşen böyle bir sözleşmeye dayalı olarak temlik alanın talepte bulunabilmesi için, öncelikle yüklenici tarafından kendisine temlik edilen hakkın arsa sahibi nezdinde gerçekleşmesi; başka bir ifadeyle, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi; inşaatini bitirmesi veya eksik kalan kısmın paraya dönüştürülerek tamamlanacak kadar cüzi bir boyutta olması gereklidir. Aksi takdirde, temlik alan, temlik sözleşmesine dayalı olarak, o sözleşmenin tarafı durumunda bulunmayan arsa sahibinden herhangi bir talepte bulunamaz; ancak, kendi akidi durumundaki yükleniciden tazminat talebinde bulunabilir. (...)"

²⁸³ Y14HD, E. 2012/12520, K. 2012/13985, T. 30.11.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.12.2014: "(...)Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yükleniciye şahsi hak sağlar. Koşulları

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin alacağın temlik sözleşmesi niteliğinde olması ve dolayısıyla alacağın iradi temlik hükümlerine tabi olması bakımından bir ihtimal daha mevcuttur. Buna göre kanuna aykırı bir şekilde şekil şartına uyulmadan yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri de Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre alacağın temlik sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır.²⁸⁴

gerçekleşmiş ise kazandığı şahsi hakka dayanarak yüklenici arsa sahibini bir şey vermeye veya yapmaya zorlayabilir. Şahsi hak kazanan yüklenici bu hakkını doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebileceği gibi arsa sahibinin rızası gerekmeksizin ve ancak yazılı olmak koşulu ile üçüncü bir kişiye de devredebilir. (...) Bir tanımlama yapmak gerekirse; alacağın devri, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir. Mülga Borçlar Kanununun 163. maddesi hükmüne göre alacağın devri sözleşmesi devredenle devralan arasında yazılı olarak yapılabilir. Ne var ki, alacağın devrinde aranan yazılı şekil sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını devralan üçüncü kişilerin alacağın devri sözleşmelerini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir. (...)

²⁸⁴ GÜMÜŞ, s. 119-120; Yargıtay'ın söz konusu bu içtihadının yerleşmesi 1988 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'na dayanmaktadır. İlgili karar; eserin inşaatına başlandıktan sonra taşınmazın mülkiyetinin devrini konu alan sözleşmelerin şekil koşullarına uyulmadan yapılması halinde, alıcı tarafın tüm borçlarını ifa etmesi halinde TMK'nun 2. maddesi uyarınca tescil talebinde bulunabileceğini öngörmektedir. İlgili kararda konu ile ilgili ifade şu şekildedir: YİBGK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.08.2014: “(...)Tapuda kayıtlı bur taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakim M. K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine(...);”

Yargıtay'ın bir diğer kararındaki ifadesi de aynı yönde olup şu şekildedir: Y13HD, E. 2011/5470, K. 2012/857, T. 24.1.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.02.2015: “ (...)Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olmayıp satış vaadi sözleşmesi niteliğinde bulunduğu, (...) Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran, ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davası kural olarak kabul edilemez. (...) Bununla beraber, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 30.09.1988 gün ve 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı kararında açıkça belirtildiği üzere; Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan, bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan, tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak, alıcının tüm borçlarını eda etmesi, satıcının da, bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen, tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde, olayın özelliğine göre hakim, Medeni Kanun'un 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir. Bu kural sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir. Bunun gibi, geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye satılması, Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen "alacağın temlik" hükümlerine tabi bir işlemdir.(...)”

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, İçtihadı Birleştirme Kararı'na paralel bir şekilde eserin inşaatına başlandıktan sonra taşınmazın mülkiyetinin devrini konu alan sözleşmelerin şekil koşullarına uyulmadan yapılması halinde, alıcı tarafın tüm borçlarını ifa etmesi halinde TMK'nun 2. maddesi uyarınca tescil talebinde bulunabileceğini düzenlemektedir. Diğer bir deyişle geçerli şekilde kurulmayan bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi varsa; ancak alıcı borçlarını ifa etmiş, buna rağmen satıcı taraf mülkiyeti devretmiyorsa dürüstlük kuralı gereği talep halinde tescilin yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Dürüstlük kuralına dayanılarak tescilin yapılması gerektiğini hükme bağlayan İçtihadı Birleştirme Kararı'na uygun olarak, gayrimenkul satış vadinin kanun hükmüne aykırı olarak adi şekilde yapılması halinde alacağın temlik hükümlerine tabi olacağı yönündeki görüş de Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir.²⁸⁵

Yüksek Mahkeme'nin yüklenici ile üçüncü kişiler arasındaki adi yazılı satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadini geçerli bir alacağın temlik sözleşmesi olarak nitelendirmesi, doktrinde eleştirilen bir durumdur. Söz konusu eleştiri; bir tasarrufi işlem olan alacağın temlikinin adi yazılı satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi aracılığıyla tahvile tabi tutulmasının hatalı bir hukuki yorum olduğu yönündedir. Bir hukuki işlemin bir başka hukuki işleme tahvil edilebilmesi için tahvil olunan ve tahvil olan işlemlerin aynı ve benzer sonuçlar doğuran işlemler olması gerekirken, uygulamada devir taahhüdünde bulunulan veya bir ön sözleşme niteliğinde olan hukuki işlemin hak devreden bir tasarrufi işleme tahvil söz konusu olmaktadır.²⁸⁶

Değininmesi gereken bir diğer görüş ise; adi yazılı olan ve aynı hak devrini içerdiğinden geçersiz olması gereken satış sözleşmelerine alacağın temlik niteliğinin kazandırılmasının, yüklenicinin asıl niyetinin üçüncü kişilere oluşacak olan bağımsız

²⁸⁵ Y23HD, E. 2013/5212, K. 2013/7076, T. 13.11.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.12.2014: "(...)davacı ile davalı şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihinde adi yazılı şekilde yapılan satış vaadi sözleşmesine göre C3 Blok 6 no'lu bağımsız bölümün anahtar teslimi olarak 31.05.2010 tarihine kadar tamamlanarak davacıya tesliminin kararlaştırıldığı, (...) Davacı ile davalılardan yüklenici şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihli hukuki işlem, alacağın temlik hükmündedir (BK. M. 161., TBK m. 183.). Zira yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca kazanacağı şahsi hakkını davacıya temlik etmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir temlikin geçerli olabilmesi için ise BK'nın 163. (TBK. M. 184.) uyarınca yazılı şekil şartı yeterli bulunmaktadır. Bu itibarla, davalılar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsedilebilmesi mümkün değildir."

²⁸⁶ GÜMÜŞ, 119; AYAN, Serkan, s. 312-313

bölümün satışını vaad etmek olması sebebiyle sakıncalı olmasıdır.²⁸⁷ Oluşacak olan bağımsız bölümlerin satışının vaad edilmesinin amaçlanması, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin noterde düzenleme şeklinde yapılmasını gerektirirken, sözleşmelerin adi yazılı şekilde yapılması geçersiz olmaları gerektiği sonucunu doğurmaktadır.²⁸⁸

Söz konusu görüşe esas itibariyle katılmakla birlikte, çoğu zaman tüketici sıfatını da haiz olan üçüncü kişilerin kazanımlarının korunabilmesi adına Yargıtay'ın getirdiği çözümü kabul etmekteyiz.

Netice itibariyle yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin alacağın temlik sözleşmesi hükümlerine tabi olması için, niteliği ve içeriği itibariyle taraflar arasında bir alacağın temlik sözleşmesi imzalanmış olması, Yargıtay'ın istikrarlı içtihadıyla yerleşen uygulama uyarınca adi yazılı bir satış sözleşmesi yapılmış olması veya resmi şekil şartına aykırı olarak adi şekilde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılmış olması gerekmektedir.

b. Alacağın Temlik İlişkisinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Kural olarak arsa sahibinin arsa paylarını devretme borcu, inşaatın kat mülkiyetinin kurulmasına yetecek nitelikte bir bütünlükle yüklenici tarafça arsa sahibine teslim edilmesiyle doğacaktır.. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa paylarının kademeli olarak yükleniciye devredileceği biçimde düzenlenmişse; arsa sahibi belirli aşamalara gelindikçe arsa paylarını yükleniciye devredecektir.²⁸⁹

²⁸⁷ ÖZ, İnşaat, s. 104: Yazar bu görüşünü TBK'nun 17. Maddesi uyarınca belirlenecek gerçek irade uyuşumunun bu yönde olmasına bağlamaktadır.

²⁸⁸ ÖZ, İnşaat, s. 104: Yazar, harici satış sözleşmesi kapsamında üçüncü kişiye verilen belgelerde satış bedelinin de yazıldığını, dolayısıyla yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki ilişkide alacak devrinin değil, satış vaadinin amaçlandığını belirtmektedir.

²⁸⁹ Söz konusu devirleri Yargıtay avans niteliğinde saymakta ve yüklenicinin edimini sözleşmeye, fen ve sanat kurallarına tam bir şekilde uygun olarak yerine getirmesiyle payların gerçek maliki olacağını ileri sürmektedir: Y15HD, E. 2010/3593, K. 2010/4847, T. 28.09.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.02.2015: "(...)Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi ya da sahiplerince yükleniciye kayden temlik olunan tapulu taşınmaz ya da tapulu taşınmaz payları, "avans" niteliğinde olup; bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları, gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz. Yüklenici; sözleşme ve yasa hükümleriyle fen ve sanat kurallarına uygun şekilde

Yüklenici taraf ile üçüncü bir kişinin alacağın temlik sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek bir hukuki ilişkiye girmesiyle; arsa sahibinin yükleniciye olan söz konusu arsa paylarını devir borcunun alacaklısı üçüncü kişi olmaktadır. Diğer bir deyişle yüklenici, arsa sahibinden olan kişisel bir hak olan alacağını üçüncü kişiye devretmektedir. Söz konusu alacak, bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep etme hakkıdır.

Söz konusu bu alacağın üçüncü kişiye devredilmesi beraberinde alacağa bağlı olan öncelik haklarının ve bağlı alacakların da üçüncü kişiye devredilmiş olması anlamına gelmektedir. Ancak devreden yüklenicinin kişiliğine özgü olan haklar devralan üçüncü kişiye geçmemektedir. Öncelik hakları devralan üçüncü kişiye geçerken, yüklenicinin kişiliğine özgü olan haklar geçmemektedir. Bu durumda yüklenicinin kişiliğine özgü olan öncelik haklarının da devralan üçüncü kişiye geçmeyeceğinin kabulü gerekir.²⁹⁰

Öncelik hakları, diğer bir deyişle rüçhan hakları²⁹¹ ve asıl alacağa bağlı olan hakların²⁹² da devralan tarafa, yani üçüncü kişiye geçeceğini düzenleyen hüküm TBK'nun 189. maddesinin birinci fıkrasıdır. Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesine bağlı olarak sözleşmeden dönme veya sözleşmeden fesih gibi yenilik doğuran haklar, alacağın temlikiyle beraber devralan üçüncü kişiye geçmeyecektir. Ancak sözleşmeye değil de alacağa bağlı yenilik doğuran haklar,

yüklendiği edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve elde ettiği şahsi hakkını da üçüncü kişilere Borçlar Kanunu'nun 163 ve izleyen maddeleri gereğince devredebilir(...)

²⁹⁰ FRANKO; s. 185 vd.; GÜNERGÖK, s. 89: “Bir öncelik hakkı veya bağlı hakkın devreden kişiliğine özgü olup olmadığı, bu hakkı düzenleyen kanun hükmünün yorumundan anlaşılacaktır. Bir bağlı hak sadece devredilen alacağı değil, devreden başkaca haklarını da güvence altına alıyor ise, tereddüt halinde bağlı hakkın devreden hakları da etkilenmeyecek şekilde devralana geçtiği kabul edilmelidir.”; YENER, Garanti, s. 70.

²⁹¹ GÜNERGÖK, s. 90-91: Devreden kişiliğine özgü olan öncelik haklarının devralana geçmemesi hususunun amacı, kendisine öncelik hakları tanınan kişilerin korunması ihtiyacından ve diğer alacaklılar karşısında devreden kişiliğine özgü olan öncelik haklarının devralınması suretiyle öne geçilerek adaletsiz bir durum ortaya çıkmamasını sağlamak ihtiyacındandır. Alacağı devralan tarafa geçen öncelik hakları ise devreden şahsına tanınmamış olan imtiyazlardan olup, söz konusu öncelik hakları İİK'nun 206. maddesinde sıralanmıştır. Bunların dışında tapuya şerh verilmiş bir kişisel haktan, alacağı devralan kişinin de yararlanabilmesi, devralana geçen öncelik hakları bakımından verilebilecek bir örnektir.

²⁹² GÜNERGÖK, s. 92: “Bağlı haklar; rehin veya kefalet gibi alacağı güvence altına alan haklar ile faiz gibi alacağın kapsamını genişleten yenilik doğuran haklardır.”

temerrüt halinde gecikme tazminatı gibi haklar alacakla beraber devralan üçüncü kişiye geçecektir.

aa. Yükleniciye Karşı Hukuki Durumu

aaa. Yüklenicinin Alacağın Varlığından Sorumluluğu

Yüklenici, arsa sahibinden olan oluşacak olan bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep etme alacağını üçüncü bir kişiye devretmekte ve bunun karşılığında genelde bir bedel elde etmektedir. Diğer bir deyişle üçüncü kişi bağımsız bölüm elde etme amacıyla yükleniciyle bir hukuki ilişkiye girmekte ve bedel ödemekte, bunun karşılığında da yüklenici arsa sahibinden olan alacak hakkını üçüncü kişiye temlik etmiş sayılmaktadır.

Yükleniciyle üçüncü kişi arasındaki bu ilişki, belirtildiği üzere genelde ivazlı bir ilişkidir. İlişkinin ivazlı olmasının en önemli sonucu, yüklenicinin aldığı bedel karşısında üçüncü kişiye temlik ettiği alacağın varlığından sorumlu olmasıdır.²⁹³ Söz konusu bu sorumluluğun hukuki dayanağı, TBK'nun 191. maddesidir. İlgili maddenin lafzı, açıkça alacağın bir ivaz karşısında temlik edildiği hallerde devredenin devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti ettiğini belirtmektedir. Konumuz bakımından üçüncü kişiden bir bedel almak suretiyle alacağı temlik eden yüklenicinin temlik işleminin yapıldığı anda alacağın, yani bağımsız bölümün mülkiyetinin devrini talep etme hakkının varlığını garanti etmekte, bir garanti sorumluluğu altına girmektedir.

Ancak yüklenicinin arsa sahibinden olan alacağı henüz muaccel olmayan, müeccel bir alacaktır. Nitekim yüklenicinin bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep etme hakkı, ancak kendi üstlendiği edimleri ifa etmesiyle muaccel olacaktır. Bu niteliği itibarıyla söz konusu alacağın henüz muaccel olmayan bir alacak olması sebebiyle müstakbel alacak niteliğinde olduğu söylenebilmektedir.²⁹⁴

²⁹³ AKSOY, Hüseyin Can, Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2012, s. 147; GÜNERGÖK, s. 120; İvazlı devirlerde devredenin garanti sorumluluğu bulunduğuna ilişkin bkz: YENER, Garanti, s. 72.

²⁹⁴ ERTAŞ, Devir, s. 81; YENER, Garanti, s. 72.

Bu bağlamda yüklenicinin alacağın varlığı bakımından üstlendiği garanti sorumluluğunun söz konusu alacağın temlik anında muaccel olması anlamında olmadığı kabul edilmelidir. Yüklenici, müstakbel alacağın temlik anında muaccel olmasa da mevcut olduğundan ve ileride muaccel olduğu anda varlığından garanti sorumluluğu kapsamında mesuldur.²⁹⁵ Yüklenicinin temlik anında alacağın varlığını garanti ettiğini düzenleyen ilgili TBK maddesinin ikinci fıkrası ise, ivazsız yapılan devirlerde devredenin, yani yüklenicinin alacağın varlığından sorumlu olmayacağını düzenlemektedir. Üçüncü kişilerin yükleniciyle girdiği ilişkiler büyük oranda ivazlı hukuki ilişkiler olup, çok istisnai hallerde ilişkinin ivazsız cereyan etmesi halinde yüklenicinin temlik anında alacağın varlığını hukuken garanti etmediğini kabul etmek gerekir.

Alacağın varlığına ilişkin yüklenicinin garanti sorumluluğu, alacağın sadece var olmasına ilişkin değildir. Nitekim alacağın sadece var olması, ivazlı bir hukuki ilişkiyle alacağı temlik alan taraf bakımından yeterli olmayıp, elde edilebilir bir nitelikte olması gerekmektedir. Bu anlamda yüklenicinin garanti sorumluluğunun, alacağın kısmen ya da tamamen elde edilmesini sürekli ya da geçici olarak engelleyen def'i ve itirazları da kapsadığını kabul etmek gerekmektedir.²⁹⁶ Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği edimleri yerine getirmesi de alacağın varlığına ilişkin garanti sorumluluğunun kapsamında olup, yüklenicinin söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin alacağı temlik alan üçüncü kişiye karşı ödemezlik def'inde bulunabilmesi mümkün olacaktır. Bu halde yüklenicinin edimini yerine getirmemesi, üçüncü kişinin temlik aldığı alacağı elde edememesine yol açacaktır. Dolayısıyla alacağın kısmen veya tamamen elde edilmesini engelleyen bir def'i arsa sahibince ileri sürülmüş olacak ve yüklenicinin kendi borcunu ifa etmemesi hali garanti sorumluluğuna aykırılık teşkil edecektir.²⁹⁷

Yüklenicinin yasa gereği üstlendiği garanti sorumluluğunun kapsamı, TBK'nun 193. maddesi ile belirlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca yüklenici, garanti

²⁹⁵ GÜNERGÖK, s. 88, s. 114; YENER, Garanti, s. 72.

²⁹⁶ COŞKUN, s. 49; FRANKO, s. 190, s. 195 vd.; GÜNERGÖK, s. 171 vd; REİSOĞLU, s. 472.

²⁹⁷ GÜNERGÖK; s. 220 vd.; REİSOĞLU, s. 473.

ettiği alacağın var olmaması veya elde edilememesi halinde üçüncü kişiye; üçüncü kişinin karşı edim olarak ödediği bedel ve bunun faizini, alacağın temlik işleminin sebep olduğu giderleri, üçüncü kişinin alacağı elde etmek amacıyla arsa sahibine yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri ödemekle yükümlüdür. Ayrıca, yüklenici kendi kusursuzluğunu ispat etmedikçe üçüncü kişinin diğer uğradığı zararlardan da söz konusu madde hükmünün son fıkrası uyarınca sorumludur.²⁹⁸

Yüklenicinin kusurlu olduğu hallerde üçüncü kişinin uğradığı diğer zararlardan da sorumlu tutulmasına sebep olan ilgili madde hükmü, mülga Borçlar Kanunu döneminde mevcut değildi. Bu sebeple mülga kanun döneminde, garanti sorumluluğunun üçüncü kişinin sadece menfi zararlarını kapsadığı doktrinca kabul edilmiş, Yargıtay'da zararın tazmini bakımından hem menfi hem de müspet zararın karşılanabilmesi için genel hükümlere başvurmuştur.²⁹⁹

İlgili gerekçe metni, yapılan değişikliğin amacını açıklamaktan ve bir gerekçe niteliği taşımaktan uzaktır. Ancak menfi zarara anlamında uğranılan zararları aşan diğer zararların da giderileceği gerekçede açıkça belirtilmiştir. İlgili madde hem lafzı hem de gerekçesiyle; üçüncü kişinin temlik işlemi yapılmasaydı uğramayacağı zararların yanı sıra yüklenici kusurlu olduğu sürece ispat ettiği diğer zararları da isteyebileceğini, yani temlik alacağı elde edilseydi sağlanacak olan menfaatin sağlanamamış olması nedeniyle uğradığı zararların da talep edebileceğini düzenlemektedir. İlgili düzenleme uyarınca üçüncü kişinin hem menfi hem de müspet zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmelidir.

bbb. Konusu Aynı Olan Hakkın Birden Fazla Kişiye Temlik

Yüklenici, üçüncü kişiye temlik ettiği alacağı sonradan bir başkasına da temlik edebilir. Konusu itibarıyla aynı olan alacağın yüklenici tarafından birden fazla

²⁹⁸ YENER, Garanti, s. 71

²⁹⁹ YENER, Garanti, s. 71; Mülga kanun ile 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu arasındaki söz konusu bu değişikliğin amacı ilgili madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

TBMM Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>, Erişim Tarihi: 05.10.2014: “818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, Tasarının 192 nci maddesinin (4) numaralı bendi olarak eklenen yeni bir hükümlerle, devreden kusursuzluğunu ispat edememesi durumunda, devralanın uğradığı ve maddede öngörülenleri aştığını ispat ettiği diğer zararlarını da gidermekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.”

kişiyeye temlik edilmesi halinde, hangi temlikin geçerli sayılacağı ve alacak hakkının kime devrolduğunu tespit etmektedir.

Alacağın temlik işlemi, hukuki olarak tasarrufi bir işlem niteliği taşıdığından ilk yapılan temlik işlemiyle birlikte alacak hakkı üçüncü kişiyeye devrolacak ve alacak yüklenicinin malvarlığından çıkacaktır. Yüklenici, bu noktadan sonra malvarlığından çıkan alacak bakımından tasarruf yetkisine sahip değildir, dolayısıyla ilk yapılan geçerli temlik işleminden sonra bir başka kişiyeye yapılan ikinci temlik işleminin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.³⁰⁰ Alacağı sonradan temlik alan kişinin iyi niyetli olması da, ilk temlik işleminin geçerliliğini ve ikinci temlik işleminin geçersizliğini etkilemeyecektir. Hangi temlik işleminin önce yapıldığını belirlemek hususunda sözleşmenin tamamlandığı an dikkate alınacak, ve temlik işlemlerine ilişkin sözleşmelerin tamamlanma anının belirlenememesi halinde iki temlikten birden geçersiz sayılması söz konusu olacaktır.³⁰¹ Yüklenicinin aynı alacağına ilişkin birden fazla temlik işleminde bulunması halinde, öncelik ilkesine uygun olarak ilk yapılan temlik işleminin geçerli olduğu kabul edilmekte, tasarrufi bir işlem olan alacağın temlik işleminin aynı alacak bakımından başka bir kişiyeye tekrar yapılması halinde, alacak yüklenicinin malvarlığında bulunmadığından geçersiz kabul edilmektedir.³⁰² Hakların yarışması bakımından meydana gelebilecek bir diğer sorun ise kişisel hak ile aynı hakkın yarışması halidir.

Diğer bir ihtimalde, yüklenici alacağı bir üçüncü kişiyeye temlik etmiş, ancak daha sonradan oluşan bağımsız bölümün mülkiyetini bir başka kişiyeye tapuda devretmiş olabilir. Böyle bir durumda şahsi hakla aynı hakkın yarışması söz konusu olacaktır. Bu durumda kural olarak tapudan mülkiyeti devralan kişinin kazanımı korunacaktır. Alacağın tapudaki devir işleminden önce temlik edilmiş olması da

³⁰⁰ ERTAŞ, Devir, s. 85.

³⁰¹ GÜNERGÖK, s. 154-155; REİSOĞLU, s. 468.

³⁰² Sonradan yapılan temlik işleminin tapuya şerh edilmesi halinde, şerhsiz alacaklının temlik işleminin önceden yapılması sebebiyle şerhli alacaklıya karşı öncelik hakkı Yargıtay görüşünün aksine bulunmamalıdır. Nitekim, şahsi haklar, herkese karşı değil, sadece taraflar arasında ileri sürülebilmektedir. Dolayısıyla Temlik eden ve şerhsiz alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden doğan şahsi hakkın, sonradan alacağı devralıp tapuya şerh ettiren diğer kişiyeye karşı ileri sürülmesi şahsi hakkın nisbiliği ilkesine aykırıdır. Aksinin kabulü, şerh müessesesinin gerekliliğini sorgulamaya yol açacaktır. Bu yönde bkz: ERTAŞ, Devir, s. 85-86; GÜNERGÖK, s. 154-155; İkinci temlik işlemi geçersiz olsa da arsa sahibi iyiniyetli olarak ikinci devralana ifade bulunursa, ilk devralanın dayanabileceği hükümler için bkz: İkinci Bölüm, I, B, 2, b, bb, bbb başlığı.

durumu değiştirmeyecek, aynı hakkı iktisap eden kişinin kazanımı korunacaktır. Bu durumun tek istisnası ise tapudaki devir işlemi bakımından muvazaa veya dürüstlük kuralına aykırılık hallerinin mevcudiyeti halidir. Bu durumların cereyan etmesi halinde alacağı temlik alan kişi kişisel hakkına dayanarak tescil talebinde bulunabilecektir. Mülkiyet hakkını iktisap eden kişinin bu iktisabı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa veya muvazaalı bir hukuki ilişkiye dayanıyorsa, alacağı temlik alan üçüncü kişi, tapuda mülkiyeti devralan kişiye karşı tapu iptali ve tescili davası açabilecektir.³⁰³

bb. Arsa Sahibine Karşı Hukuki Durumu

Alacağın temlik işleminde yüklenici alacağı devreden, üçüncü kişi alacağı devralan, arsa sahibi ise borçlu konumundadır. Alacağın temlik işlemi, borçlunun rızası aranmaksızın yapılan bir hukuki işlemdir.

aaa. Def'i ve İtirazlar

Alacağın temlik edilmesiyle birlikte alacaklı taraf değişmiş, ancak alacak konusu devam etmektedir. Arsa sahibi, yükleniciye karşı borçlu olduğu koşullar dahilinde üçüncü kişiye karşı da borçludur. Alacağın temlik işlemiyle arsa sahibinin durumunun ağırlaştırılması mümkün değildir. Borçlu sıfatını haiz olan arsa sahibi,

³⁰³ ERTAŞ, Devir, s. 91; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şu ifadeleri içermektedir: Y14HD, E. 2012/4796, K. 2012/5628, T. 17.04.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.03.2015: "(...)Hukumumuzda kişilerin satın aldığı şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişesi taşınmamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilke olarak kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse, iyiniyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir. Bu ilke, TMK m.1023.aynen "tapu kütüğündeki sicile iyiniyete dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur"□ şeklinde yer almış, tamamlayıcı madde niteliğindeki m.1024 ise "bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz"□ denilmiştir. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasında alacağı temlik alan kimsenin, tapu ile mülkiyet hakkı kazanan kişiye karşı mülkiyetin kötüniyetle kazandığını ileri sürmesi kural olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle de sorunun Türk Medeni Kanununun 1024. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Gerçekten kayıt malikinin, mülkiyeti kötüniyetle kazandığı ileri sürülmüşe, üçüncü kişinin aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken şahıs olup olmadığına bakılması gerekir. Çünkü Türk Medeni Kanununun 1024.maddesi uyarınca, bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmişe, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişilerin yolsuz olan bu tescile dayanma olanakları yoktur ve yasa ve uygulamadaki deyimlerle bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan ve hukuki sebepten yoksun bulunan tesciller yolsuz tescil sayılacağından, hakkı zedelenen üçüncü kişinin iyiniyetli olmayan malike karşı doğrudan doğruya şahsi hakkına dayanması mümkündür. (...)"

yükleniciye karşı sahip olduğu savunmaları, def'ileri ve itirazları alacağı devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir.³⁰⁴

Üçüncü kişi kendisine temlik edilen alacağın, muaccel olmasıyla birlikte ifa edilmesini isteyebilecektir.³⁰⁵ Üçüncü kişinin bu talebine karşılık arsa sahibi, alacağın ehliyetsizlik veya şekil eksikliği sebepleriyle meydana gelmediğini veya alacağın artık mevcut olmadığını itiraz mahiyetinde öne sürebilecektir. Ayrıca arsa sahibi, yükleniciye karşı sahip olduğu zamanaşımı ve ödemezlik gibi def'ileri alacağı devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir. Arsa sahibi söz konusu bu def'ileri ileri sürerek borcunu ifadan kaçınabilecektir.³⁰⁶

Örneğin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği edimini ifa etmemesi halinde, arsa sahibi yükleniciye karşı ileri sürebileceği ödemezlik def'ini, alacağı devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecek ve ifadan kaçınabilecektir. Bu gibi itiraz ve def'ilerin arsa sahibince ileri sürülmesi halinde, üçüncü kişinin daha önce açıklanan yüklenicinin garanti sorumluluğu hükümlerine başvurarak TBK'nun 193. maddesi uyarınca yükleniciye ödediği bedeli ve faizini, temlikin sebep olduğu giderleri, arsa sahibine karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri ve yüklenici kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararları yükleniciden talep etmesi mümkündür.

Yüklenicinin edimini yerine getirmesi, devredilen alacağın muaccel olması bakımından önem taşımaktadır. Nitekim, bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devredilmesini talep hakkı, ancak inşaatın yüklenici tarafından bir bütün olarak

³⁰⁴ ERTAŞ, Devir, s. 81; FRANKO, s. 195 vd.; GÜNERGÖK, s. 221.

³⁰⁵ ERTAŞ, Devir, s. 87-88.

³⁰⁶ ERTAŞ, Devir, s. 81; İçtihatlarda da değinilen bu husus, Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: Y14HD, E. 2012/4796, K. 2012/5628, T. 17.04.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.03.2015: “ (...) Burada belirtilmesi gereken diğer husus, temlik işlemi nedeniyle alacak ve ona bağlı olan bütün yan ve öncelikli hakların devralana geçtiğidir. Ne var ki, temlik yapılan kadar bundan haberdar olmayan borçlu (arsa sahibi), temlike vakıf olunca ifa talebinde bulunana (davacıya) hemen edimini yerine getirmek zorunda değildir. Çünkü Borçlar Kanununun 167.maddesi gereğince, ifaya muhatap olan arsa sahibi, temlik yapılmamış olsaydı temlik edene karşı ne gibi def'iler ileri sürecektse, bunları temellük edene (davacıya) karşı da ileri sürebilir hale gelir. Çünkü üçüncü kişi (davacı), yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur. Kısaca tekrar vurgulamak gerekirse, yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi veya eksik ya da kötü ifa sebebiyle arsa sahibi Borçlar Kanununun 81.maddesine dayanarak temlik alan üçüncü kişinin ifa talebini reddedebilir. (...)”; Aynı yönde: Y14HD, E. 2013/3446, K. 2013/5513, T. 09.04.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.03.2015

tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmesiyle muaccel olacaktır. Bu bakımdan üçüncü kişinin temlik aldığı alacağa dayanarak arsa sahibinden tescil talep etmesi halinde, yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediği hususu önem kazanacak, edimin yüklenici tarafından tam olarak yerine getirilmemiş olması halinde arsa sahibinin üçüncü kişi lehine tescilden kaçınması söz konusu olacaktır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle kademeli devrin kararlaştırılmış olması ve henüz edimini ifa etmeyen yüklenicinin arsa sahibinden devraldığı arsa paylarını üçüncü kişiye temlik etmesi halinde de durum değişmez. Nitekim, daha önce açıklandığı üzere yüklenicinin aldığı payları Yargıtay avans olarak nitelemekte ve ancak edimin ifa edilmesiyle yüklenicinin paylara hak kazanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda, arsa payı devralmış olsa dahi, yüklenicinin edimi ifa etmemesiyle üçüncü kişilerin kazanımı korunmamaktadır. Nitekim üçüncü kişinin alacağı devraldığından bahisle lehine tescil talep edebilmesi, yüklenicinin arsa paylarına hak kazanmasına bağlıdır.³⁰⁷

Yüksek Mahkeme bu tip durumlarda yüklenicinin üstlendiği edimin yerine getirilmeyen kısmının arsa sahibi bakımından katlanabilir nitelikte olup olmadığına göre karar vermektedir. Zira katlanılabilecek boyutta eksikliklerin varlığı halinde, yüklenicinin yanı sıra üçüncü kişinin de söz konusu eksiklikleri tamamlayarak arsa sahibinden tescili talep edebileceği kabul edilmektedir. Üçüncü kişinin eksiklikleri tamamlaması, fiili bir durum olabileceği gibi eksikliğin parasal karşılığının ödenmesi, diğer bir deyişle depo edilmesi de mümkündür. Söz konusu eksiklik, üçüncü kişinin alacağı kapsamıyla sınırlı olmayıp, yüklenicinin üstlendiği edimin tamamını içermekte, diğer bir deyişle bütün inşaatta bulunan eksikliklerin

³⁰⁷ Örneğin bir Yargıtay kararında eksikliklerin tamamlanmadan yüklenicinin ya da üçüncü kişinin lehlerine tescili talep edemeyeceği şu şekilde ifade edilmiştir: Y14HD, E. 2011/6256, K. 2011/9703, T. 21.07.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.03.2015: “(...)Ne var ki, bozmadan sonra arsa sahibi tarafından açılan davada yüklenicilerden yaptırılan tespit sonucu verilen rapora göre, 14.10.2000 tarihli sözleşme kapsamında kalan ancak yerine getirilmeyen eksik ve ayıplı işler tutarı 21.271,00 TL'nin tahsili istenmiştir. Başka bir anlatımla, arsa sahibi bu miktarın kendisine ödenmesi koşuluyla ifayı kabul etmiş demektir. Kuşkusuz, ifanın kabul edilmesi halinde yüklenici arsa sahibine olan borçlarını yerine getirmiş sayılacağından, onun temlik işleminde bulunduğu üçüncü kişi de temlike dayanarak arsa sahibinden bazı borçlarının (bağımsız bölüm mülkiyeti naklini) yerine getirilmesini isteyebilir. Başka bir deyişle, yapıdaki eksik ve ayıplı işler varsa bunlar arsa sahibine ödenmeden, ne yükleniciler ne de onun temlik işleminde bulunduğu davacı üçüncü kişi Veyssel arsa sahibinden mülkiyet talebinde bulunamaz(...)”; Bu duruma ilişkin görüşlerimiz yüklenicinin temerrüdü halinde üçüncü kişinin hukuki durumuna ilişkin yapılan açıklamalarda mevcuttur. Bkz: İkinci Bölüm, II, B, başlığı.

tamamlanması veya parasal karşılığının ödenmesi söz konusu olmaktadır. Üçüncü kişinin söz konusu eksikliği tamamlaması veya arsa sahibine depo etmesiyle kişisel haktan doğan tescil talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.³⁰⁸

Yargıtay'ın söz konusu görüşü uzun yıllardır devam eden ve istikrar kazanan bir içtihat haline dönüşmüştür.³⁰⁹

İnşaatta fiziki olarak bulunan eksikliklerin yanı sıra; arsa sahibinin def'i olarak ileri sürebileceği diğer bir takım haller bakımından da Yargıtay hem yüklenicinin hem de yükleniciden hak iktisap etmek suretiyle yüklenicinin halefi olarak görünen üçüncü kişinin giderimde bulunabileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda katlanılamayacak boyutta olmayan eksikliklerin ve ayıpların dışında; harçların yatırılması, yapı kullanma izin belgesinin alınması, cezai şartın ödenmesi, gecikme tazminatının ödenmesi gibi haller bakımından da üçüncü kişinin ifade bulunup lehine tescil talep etme imkanı vardır.³¹⁰

³⁰⁸ ERTAŞ, Devir, s. 88.

³⁰⁹ Yüksek Mahkeme'nin bir kararındaki ifadesi şu şekildedir: YHGK, E. 1998/14-809, K. 1998/827, T. 18.11.1998, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.12.2014: "(...)Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine geldiğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir veyahutta Borçlar Yasası'nın 162 ve izleyen maddeleri uyarınca, yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Üçüncü kişi de gerek sözleştiği yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı temellük ettiği bu kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir. Ancak; yukarıda da belirtildiği üzere tescil istenebilmesi için yüklenicinin edimini eksiksiz yerine getirmiş olması gerekir. Bununla birlikte, yüklenicinin noksan bıraktığı işler pek az bir boyutta bulunur, başka bir anlatımla arsa sahipleri tarafından tahammülü mümkün ölçülerde eksiklik kalırsa, bu eksikliklerin yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişi ya da kişiler tarafından tamamlanması veya tutarının para ile ödenmesi suretiyle noksanlığın karşılanması hallerinde bağımsız bölüm satın alan bu kişi veya kişilerin tescil isteme haklarının varlığı kabul edilebilir. Somut olayda yüklenicinin % 68,4 oranında iş yaptığı belirlendiğine ve belirlenen bu oran pek cüz'i mahiyette kabul edilemeyeceğine göre tescil isteğinin kabulü doğru bulunmamıştır(...)"

³¹⁰ Bina tescil harcı ve cins değişikliği gibi yüklenici tarafça katlanılması gereken ancak ödenmeyen harç bedelleri sebebiyle edimini tam olarak yerine getirmediği kabul edilen yüklenici yerine, söz konusu masrafları üçüncü kişinin üstlenmesi ve bu suretle arsa sahibinden tescil talep etmesi mümkündür. Örneğin: Y14HD, E. 2014/7533, K. 2014/9347, T. 11.07.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.02.2015: "(...)Bir iş görerek eseri meydana getirmek ve meydana getirilen eseri iş sahibine teslim etmek (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, binayı sözleşmeye, amacına ve fen ve sanat kurallarına uygun imal ederek arsa sahibine teslim etmek) yüklenicinin ana borcudur. Kural olarak da aslolan sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde eksiksiz ifasıdır. Aksi halde, sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Böyle bir durumda da bir taraf edimini yerine getirmiş kabul edilemez. Yukarıda belirtilen ilkeler ve yapılan açıklamaların ışığında somut olayın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümleri çerçevesinde incelenip değerlendirilmesine gelince; yüklenicinin halefi olan davacı taşınmazdaki eksik işler bedelinden sorumludur. Bu durumda 8.641,60

Benzer bir karar, genel iskan ruhsatının yüklenici tarafça alınmaması hali bakımından da mevcut olup, yüklenicinin vergi ve SGK borçlarını ödememesi halinde de üçüncü kişi bunlara ilişkin bedelleri depo ederek lehine tescil talebinde bulunabilecektir.³¹¹

Bunların yanı sıra Yüklenicinin gecikme tazminatını ödemiş olması halinde de söz konusu bedelin üçüncü kişi tarafından depo edilmesi ve bu suretle üçüncü kişinin lehine tapu tescili sağlayabilmesi mümkündür. Konuya ilişkin Yargıtay içtihatları da bu yöndedir.³¹²

TL bina tescil harcı ve 260,00 TL cins değişikliği harç bedelinin ve davacının 22 Ekim 2012 havale tarihli dilekçesiyle kabulünde olan 1.000,00 TL kira kaybı bedeli olmak üzere toplam 9.901,60 TL'nin davalı A. B. tarafından yapılan takip tarihinden eldeki somut davanın açılış tarihine kadar işlemiş yasal faiziyle birlikte davacı tarafından ödenmesi gerekir. (...)

³¹¹ Y14HD, E. 2012/8365, K. 2012/9084, T. 02.07.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.02.2015: “(...)Mahkemece mahallinde yapılan keşif sonucu alınan 30.09.2011 günlü inşaat bilirkişisi raporundan, davalı yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklediği edimlerin bir kısmını tam ve eksiksiz olarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Ancak eksik ve ayıplı iş oranı belirlenmemiştir. Bu nedenle, uzman bilirkişilerin katılımı ile keşif yapılarak dava konusu taşınmazdaki eksik ve ayıplı işlerin bedelleri saptanmalı, inşaat seviyesinin yüzde olarak katlanılabilir bir seviyede bulunduğu belirlenmesi halinde bu bedelin depo ettirilmesi için davacıya süre verilmelidir. Bunun yanında, davalı taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 9. maddesi uyarınca iskan ruhsatının alınması da yüklenicinin sorumluluğunda olduğundan halefi olan davacıya iskan ruhsatı alması için süre verilerek tüm eksiklikler giderildikten sonra sonucuna göre bir karar verilmelidir. (...)”; Y14HD, E. 2011/8005, K. 2011/9055, T. 11.07.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.02.2015: “(...)Davalılar arasındaki 20.03.2002 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi incelendiğinde; yapım sebebiyle her türlü vergi, harç ve giderlerin yükleniciye ait olacağı ve yapının iskan (=oturma) ruhsatı alınarak teslim edilmiş sayılacağı kararlaştırıldığı görülmektedir. Yapıya iskan ruhsatı alınmadığı taraflar arasında tartışma konusu değildir. Hiç şüphesiz yapının iskan ruhsatının alınması vergi ve SGK borçlarının ödenmesine bağlıdır. Kaldı ki, 20.03.2002 tarihli sözleşme uyarınca binanın vergi, SGK borçlarından davalı yüklenici sorumludur. Dolayısıyla, sözleşmenin arsa sahibi olan tarafı yukarıda sözü edilen BK m. 167 uyarınca bu borçlar sebebiyle davacı üçüncü kişiye de müracaat edebilir. Başka bir anlatımla, vergi ve SGK borçları ödenmeden eser teslim edilmiş sayılmayacağından, bu aşamada tescil isteminin hükme bağlanması olanaklı bulunmamaktadır. Mahkemece yapılması gereken iş, davacıya vergi ve SGK borçlarını depo etmek üzere uygun bir mehil vermek, istemi bunun sonucuna göre hükme bağlamak olmalıdır. Karar, açıklanan nedenle bozulmalıdır.(...)”

³¹² Y14HD, E. 2011/2928, K. 2011/3698, T. 23.03.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.02.2015: “(...)Arsa maliki olan davalılar Ankara 18. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/166 esasında kayıtlı derdest davada, yüklenici aleyhine eksik ve kurulu iş bedeli, cezai şart ve gecikme cezası, eksikliklerin tamamlanması ve iskan ruhsatı alınması için yetki verilmesi ve masrafinin yüklenicisine bırakılmasına karar verilmesini istemiştir. 9.1.2004 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibi bakımından ifa ile sonuçlanabilmesi, arsa sahiplerinin bu alacaklarını elde etmelerine bağlıdır. Anılan dava sonucunun eldeki davaya doğrudan etkisi vardır. Eldeki davada, davacının tescil isteğinin hüküm altına alınabilmesi için yüklenici veya onun kişisel hakkını devralan davacının sözleşmeden kaynaklanan tüm edimlerini yerine getirmiş olması gereklidir. B.K.'nın 167. maddesine göre de, borçlu (arsa sahibi) yapılan temlikten haberdar olduğu zaman temlik edene (yükleniciye) karşı haiz olduğu defileri temellük edene (davacı üçüncü kişilere) karşı dahi ileri sürülebilir. Başka bir deyişle, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan borçları onun tarafından bütünüyle yerine getirilmeden, ondan temlik alan üçüncü kişiler yüklenicinin haklarından

Yargıtay'ın açıklanan ve üçüncü kişileri eksiklikleri tamamlamaya mecbur kılan bu uygulamasına ilişkin bir görüş, bu tip hallerde dürüstlük kuralından da yararlanılarak TBK'nun 83. maddesine dayandırılabilceğini ileri sürmektedir.³¹³ Kanaatimizce genel hüküm olan TBK'nun 83. maddesine dayandırılabilcek olan bu hususun, aynı kanunun eser sözleşmeleri için düzenlenen 471/III maddesi hükmüne dayandırılması da mümkündür. Nitekim yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı hallerde işin başkasına da yaptırılabilceğini düzenleyen TBK'nun 471/III maddesi hükmü, şahsen ifanın kural olmamasına ilişkin olarak düzenlenen 83. madde hükmüne paralel niteliktedir.

Yüklenici, alacağını elde edebilmek bakımından inşaattaki eksiklikleri tamamlamak veya söz konusu eksikliklerin parasal karşılığını arsa sahibine ödemek suretiyle yaptığı harcamaları, hiç şüphesiz kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle edimi üstlenen ancak yerine getirmeyen asıl borçlu yükleniciden tazminat olarak talep edebilecektir.³¹⁴ Söz konusu talebi sebepsiz zenginleşme ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandırmak mümkün olduğu gibi, TBK'nun 127. maddesiyle düzenlenen alacaklıya halef olma hükmünden de yararlanılabileceği yönündeki görüşe katılmaktayız.³¹⁵ Söz konusu görüş, ilgili hükmün aradığı haberdar olma şartını da sağlamakta, açılan tapu iptali ve tescili davasında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları olan arsa sahibi ve yüklenicinin taraf olarak bulunmaları, ilgili maddede aranan ifadan önce alacaklıya bildirilme şartının sağlandığını ortaya koymaktadır. O halde ilgili hüküm uyarınca alacaklı olan arsa sahibine borcu ödeyen

yararlanamaz. Zira temlik edilen alacak gerçek alacak ne ise ondan ibarettir. Kaldı ki, 9.1.2004 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 7. maddesinde "... her türlü vergi resim harç sigorta primleri ve yapı kullanım belgesi alınması için gereken harçların yüklenici tarafından ödeneceği..." hükmü bulunmaktadır. Açıklanan sebeplerle mahkemece yapılması gereken iş, Ankara 18. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/166 esas sayılı dava dosyasının sonucunu beklemek, o davada arsa sahiplerinin hakları hükme bağlanıp kesinleşirse bu tutar ile birlikte iskan harç ve masrafları ile sigorta primlerinin tutarı da saptanıp arsa sahiplerine ödenmek üzere davacıya depo ettirmek, böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yerine getirilmeyen hükümleri davacı tarafından yerine getirilirse tescile hükmetmek, aksi takdirde davayı reddetmek olmalıdır. (...)"

³¹³ ÖZ, İnşaat, s. 105: Söz konusu görüş, ifa teklifinin arsa sahibince kural olarak kabul edilmesi gerektiğini düzenleyen TBK'nun 83. maddesine dayanmakta, arsa sahibinin yüklenicinin şahsına önem verdiği ve bu sebeple üçüncü kişinin ifa teklifini reddetmekte haklı olduğu savunmasının ise TMK'nun 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması müessesisiyle aşılabileceğini ileri sürmektedir.

³¹⁴ ÖZ, İnşaat, s. 107;

³¹⁵ COŞKUN, s. 89

üçüncü kişinin, arsa sahibinin halefi sıfatını haiz olacağı ve bu sıfatla beraber yükleniciden bedeli talep edebileceği kabul edilebilmelidir.

Üçüncü kişinin yüklenici dışında, yükleniciden hak iktisap etmiş olan diğer üçüncü kişilere de rücu edebileceği ve bu suretle depo edilen miktarın diğer üçüncü kişilerden payları uyarınca talep edilebileceği görüşüne de katılmaktayız.³¹⁶ Nitekim bu şekilde, tapu iptali ve tescili davası açarak tüm eksikliklere ilişkin bedeli tek başına depo eden üçüncü kişinin, depo bedelini diğer üçüncü kişilerden rücu etme suretiyle talep etmesi hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır.

Yüklenicinin edimini hiç ifa etmemesi veya katlanılabilecek seviyeden fazla eksik işlerin bulunması hali, halin niteliğine göre borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanması veya ayıplı ifa hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracaktır.

bbb. Kendisine Alacağın Devredildiği Bildirilmeyen Arsa Sahibinin Borcunu Hak Sahibi Olmayana İyiniyetli İfası

Üçüncü kişinin yükleniciden alacağı temlik alırken borçlunun rızasının alınmasına gerek olmadığı, TBK'nun 183. maddesiyle düzenlenmiştir. Arsa sahibinin rızasına ihtiyaç duyulmaması, arsa sahibinin temlik işleminden haberdar olmaması sonucunu doğurabilmektedir. Diğer bir deyişle, yüklenici ve üçüncü kişi, alacağın temlik sözleşmesi bakımından arsa sahibinin rızasına ihtiyaç duymadığından, arsa sahibine hiç haber vermeden alacağın temlik sözleşmesini yapabilirler.

Böyle bir durumda alacağın temlikinden haberi olmayan arsa sahibinin iyiniyetli bir şekilde eski alacaklı lehine tescilde bulunması halinde borcu sona erecektir. Alacağın birkaç kez devredilmesi durumunda da alacaklı iyiniyetli olarak önceki ya da haberdar olduğu sonraki alacaklılardan biri lehine tescilde bulunursa borçtan kurtulacaktır.³¹⁷

Arsa sahibinin iyiniyetli olabilmesi için TMK'nun 3. maddesi uyarınca alacağın temlik işleminde haberdar olmaması, lehine tescilde bulunduğu kişiyi hak sahibi zannetmesi gerekmektedir. Arsa sahibine yüklenici veya üçüncü kişi

³¹⁶ COŞKUN, s. 89-90.

³¹⁷ ERTAŞ, Devir, s. 85.

tarafından bildirimde bulunmamış olsa dahi, arsa sahibi alacağın temlikinden haberdar olmuşsa eski alacaklı lehine yapacağı tescille borçtan kurtulamayacak ve yeni alacaklıya karşı sorumluluğu devam edecektir.³¹⁸

Konusu aynı olan alacağın birden fazla kişiye devri ve arsa sahibinin iyiniyetli olarak ikinci devralana ifada bulunması halinde ise; asıl hak sahibi olan birinci devralan yükleniciye karşı TBK'nun 112. madde hükmüne dayanabilecek, sahip olmadığı bir alacağı edinmesi sebebiyle de ikinci devralana karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilecektir.³¹⁹

ccc. Faydalı ve Zaruri Giderler

Yükleniciden alacağı devralan üçüncü kişiler, alacak hakkının muaccel olmasıyla oluşacak olan bağımsız bölümlerin devrini talep edebileceklerinden bahisle bir takım faydalı ve zaruri giderlerde bulunmuş olabilirler.

Bu durum karşısında yapılan masrafların sebepsiz zenginleşme hükümleri ya da vekaletsiz iş görme hükümlerince arsa sahibinden talep edilebileceği kabul edilmelidir. Nitekim bu görüşe Yargıtay da itibar etmektedir.³²⁰

³¹⁸ FRANKO, s. 189 vd.; GÜNERGÖK, s. 149; KILIÇOĞLU, Genel, s. 771 vd.; REİSOĞLU, s. 470.

³¹⁹ YENER, Garanti, s. 72.

³²⁰ Konuya ilişkin Yargıtay'ın görüşünü gösteren bir karardaki ifadeler şu şekildedir: "(...)Gerçekten de davacı ile davalı arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Davalının yüklenici ile yaptığı 8/1/1991 tarihli "muvafakatname" BK. 18. maddesi hükmü gözetilerek yorumlandığında, BK.110. maddesinde düzenlenen üçüncü şahsın borcunu yüklenme olarak kabul edilemez. Davacının, davalı arsa sahibi aleyhine açtığı tapu iptali ve tescil davası reddedilmiş, davalı arsa sahibinin davacı aleyhine açtığı elatmanın önlenmesi davası kabul edilerek karar kesinleşmiştir. Davacının dava dışı yüklenici ile yaptığı 8/1/1991 tarihli satış sözleşmesine dayanarak açtığı tapu iptali ve tescil davası reddedildiğine göre davacı bu sözleşmeye dayanarak artık ifa yerine geçen zarar olarak dairenin değerini diğer bir anlatımla ifa menfaatini isteyemez. Yine davacı yüklenicinin arsa sahibine karşı işin tasfiyesi sonucunda ortaya çıkacak alacağı da yüklenicinin halefi sıfatıyla isteyemez. Ne var ki, davacının dosyaya ibraz ettiği makbuz ve faturalardan davacının daireyi teslim aldıktan sonra daireye dekarasyon, çatı, kalebodur gibi faydalı masraflar yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının istemi içinde, çoğun içinde azın da istenilmiş olduğu kuralı altında bu kalemlerden doğan alacak istemi de vardır. Davacının yaptığı bu giderim ve masraflar nedeniyle davalının davacıya karşı haksız iktisabının varlığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Hal böyle olunca mahkeme bilirkişi eliyle davacının yaptığı giderim ve masraflar ibraz edilen faturalar değerlendirilmeli hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde tesbit edilecek miktara hükmedilmelidir. (...)"

C. Üçüncü Kişinin Yüklenicisiyle Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Yapması Halinde Hukuki Durumu

1. Genel Olarak Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, niteliğine göre taraflardan birine ya da her ikisine sözleşmeye konu olan taşınmazın satışına ilişkin sözleşmenin yapılmasını isteme hakkı veren bir ön sözleşmedir.³²¹

Taşınmaz satış vaaadinin bir çeşit ön sözleşme olduğunu ileri süren söz konusu bu tanıma karşı olarak bazı yazarlar sözleşmenin asıl satış sözleşmesinden farklı olmadığını ve mahiyeti itibarıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin de satış sözleşmesi hükmünde olduğu kanaatindedirler. Ancak sözleşmenin bir ön sözleşme olduğu ve asıl satış sözleşmesinden farklı bir mahiyette olduğu hususu doktrindeki baskın görüşü oluşturmaktadır ve uygulama da bu yöndedir.³²²

Taşınmaz satış vaadi, resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmayan sözleşmelerdendir. Bu hususun hukuki dayanakları TBK'nun 237. maddesi ile TMK'nun 706. maddeleridir. Noterlik Kanunu'nun 60 ve 89. maddelerinin elvermesi sebebiyle, tapu sicil memur ve muhafızlarının yanı sıra noterler de taşınmaz satış

³²¹ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 300; ÇENBERCİ, Mustafa, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, 1973, s. 10; EREN, Özel, s. 220; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:185, İstanbul, 1959, s. 71: "(...) gayrimenkul satış vaaadinin, iltizami ve muteberiyeti tescile bağlı tasarrufları muameleleri bir araya toplayan satış akdi karşısında, sırf iltizami muamele sıfatı ile hususi mahiyette bir ön akit (B. K. 22) vasfını haiz olduğunu tesbit etmiş bulunuyoruz."; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1981, s. 476; YAVUZ, s. 246; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 67

³²² EREN, Özel, s. 220: "Doktrinde savunulan bir görüşe göre noterler tarafından yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir önsözleşme değil, asıl satış sözleşmesidir. Ancak, bizzat kanunlarda taşınmaz satış vaadi sözleşmesine yer verilmiş olması, hiç olmazsa Türk pozitif hukuku yönünden bu görüşe katılmamızı önlemektedir." YAVUZ 247-248; Yargıtay; sözleşmeyi bir ön sözleşme olarak nitelendirmesine rağmen, vaad verenin tapu sicilinde asıl sözleşmenin yapılması suretiyle tescil yapılmasına yanaşmaması üzerine açılan davalar bakımından mahkemenin vereceği kararla mülkiyetin vaad alacaklısına geçeceğini ifade etmektedir. Ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir ön sözleşme olarak kabul edilmesi; vaad verenin asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınması üzerine vaad alacaklısının açacağı davada vaad verenin asıl sözleşmenin yapılması yönündeki irade beyanı bakımından hüküm kurulmasını gerekli kılmaktadır. Diğer bir deyişle, vaad verenin asıl sözleşme yapılmasına yanaşmaması üzerine açılacak dava, vaad verenin irade beyanına ilişkin hüküm kurulmasını gerekli kılacak, mahkemece kurulacak hüküm üzerine vaad veren yine de tescile yanaşmaz ise, bu sefer vaad alacaklısı tarafın açacağı ikinci bir dava tescile yönelik karar verilmesine ilişkin olacaktır. Sözleşmenin ön sözleşme olarak nitelendirilmesi, işleyişin bu şekilde olmasını gerektirirken, Yargıtay sözleşmeyi hem ön sözleşme olarak nitelendirmekte hem de asıl sözleşme yapmaya yanaşılmaması üzerine açılan davada tescile ilişkin karar verilebileceğini kabul ederek çelişkiye düşmektedir.; Gayrimenkul satış vaaadinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde ve mukayeseli hukukta yer alan diğer görüşler için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 37 vd.

vaadi sözleşmesi düzenlemeye yetkilidirler.³²³ Ancak konumuz bakımından geçerli şekil şartına uygun düzenlenmeyen taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin Yargıtay tarafından alacağın temlik sözleşmesi niteliğinde görüldüğünü eklemek gerekir. Alacağın temlik sözleşmeleri bakımından resmi şekil şartı aranmaması sebebiyle, üçüncü kişiyle yüklenici arasında resmi şekil şartına uyulmadan yapılacak olan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini de Yargıtay alacağın temlik sözleşmesi olarak geçerli saymaktadır.³²⁴

³²³ AYBAY / HATEMİ, s. 168; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 301; ÇENBERCİ, s. 112 vd.; EREN, Özel, s. 222-223; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s. 115-117; TEKİNAY, s. 476-477; YAVUZ, s. 247; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA., s. 67; Yargıtay'ın da taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini ön sözleşme niteliğinde gördüğünü ve resmi şekil şartı aradığını gösteren bir kararındaki ifadeler şu şekildedir: YHGK, E. 2011/14-408, K. 2011/402, T. 08.06.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.01.2015: “(...)Bu hükme göre, bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteber olduğundan, eğer kanun ileride yapılacak akdi bir şekle bağlı kalmışsa (taşınmaz satışını), maddenin 2. fıkrasında ifade edildiği üzere ön sözleşmenin (taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin) de şekle uyularak yapılması zorunludur. Diğer taraftan 1512 Sayılı Noterlik Kanununun noterlerin yapacağı işleri düzenleyen 60.maddesinin 3.fıkrası ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin "düzenleme şeklinde yapılmasını" zorunlu kılan 89.maddesi taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini yapma görevini noterlere vermiştir. 7.10.1953 tarihli ve 8/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında vurgulandığı üzere resmi şekilden maksat tarafların hakiki iradelerini tam olarak görevli memur huzurunda (noterde) beyan etmeleridir. Öyle ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin kanunun aradığı resmi şekle uygun yapılması geçerlilik koşuludur. (...)”

³²⁴ Bu duruma ilişkin görüşlerimiz, üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisi bölümünde ifade edilmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz: İkinci Bölüm, I, C, başlığı; Yargıtay yüklenici ile üçüncü kişiler özelinde yapılan ve şekil şartını sağlamayan sözleşmelerin alacağın temlik niteliğinde olduğunu ve bu suretle geçerli sayılması gerektiğini ifade etmektedir: Y23HD, E. 2013/5212, K. 2013/7076, T. 13.11.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.01.2015: “(...)davacı ile davalı şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihinde adi yazılı şekilde yapılan satış vaadi sözleşmesine göre C3 Blok 6 no'lu bağımsız bölümün anahtar teslimi olarak 31.05.2010 tarihine kadar tamamlanarak davacıya tesliminin kararlaştırıldığı, satış bedeli olan 250.000,00 TL'nin tamamının dava tarihi itibari ile ödenmediği, sözleşmenin adi yazılı şekilde yapıldığı ve edimlerin yerine getirilmediği gözetildiğinde sözleşmenin geçersiz olduğunun kabulü gerektiği, sözleşmenin, alacağın temlik niteliğinde olması nedeniyle adi yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğunun kabulünün mümkün bulunmadığı çünkü satışın gayrimenkul mülkiyetinin devir borcunu içerdiği, bu durumda, davalı şirketin, geçersiz sözleşme sebebi ile davacıdan aldığı 230.000,00 TL 'yi iade etmesi gerektiği, birleşen dosya davalısı ve tapu maliki olan kooperatif ile davacı arasında herhangi bir sözleşme bulunmadığı gerekçesiyle, asıl davanın alacak istemi yönünden kabulü ile 230.000,00 TL 'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsiline, birleşen davanın reddine karar verilmiştir. (...) Davacı ile davalılardan yüklenici şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihli hukuki işlem, alacağın temlik hükmündedir (BK. m. 161., TBK m. 183.). Zira yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca kazanacağı şahsi hakkını davacıya temlik etmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir temlikin geçerli olabilmesi için ise BK'nın 163. (TBK. m. 184.) uyarınca yazılı şekil şartı yeterli bulunmaktadır. Bu itibarla, davalılar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Davacının öncelikli talebi tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Hal böyleyken, mahkemece, sözleşmenin tapu devri yükümünü de içerdiğinin kabulü ile resmi şekil şartına uyulmadığı gerekçesiyle tescil isteminin reddi ile sonuca gidilmesi yerinde olmamıştır. Mahkemece, davacı ile davalı yüklenici arasındaki alacağın temlik işleminin yasal şekil şartını taşıdığı kabul edilerek, buna uygun şekilde iddia, savunma ve delillerin tartışılması sonucunda bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır. (...)”

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle tarafların edindiği hak kişisel bir haktır. Bu bağlamda vaad alacaklısı ve vaad borçlusundan oluşan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin taraflarının sözleşmeyle edindiği hakkın, asıl satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı olduğunu söylemek mümkündür.³²⁵ Sözleşmenin aynı hak iktisabına imkan veren bir sözleşme olmaması nedeniyle tarafların kazandığı kişisel hakkın sözleşmeye taraf olmayan kişilere karşı ileri sürülebilmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak sözleşmenin TMK'nun 1009. maddesi uyarınca tapuya şerh edilebilmesi mümkündür ve tapuya şerh edilmesi halinde tarafların sözleşmeyle edindikleri kişisel hak, sözleşmeye taraf olmayan kişilere karşı da ileri sürülebilecek etkisi kuvvetlenmiş bir hak niteliğine bürünür.³²⁶ Kural olarak taşınmaz maliki şerh talebinde bulunabilmektedir. Ancak Tapu Kanunu'nun 26. maddesiyle getirilen istisna; Noterlik Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde, vaad veren veya vaad alacaklısının tek başına şerh talep etmesinin mümkün olmasıdır. Buna göre, tarafların şerh konusunda anlaşmasına gerek yoktur.³²⁷ Ancak söz konusu düzenleme taraflardan birinin malik olduğu hallere ilişkindir. Taşınmaza malik olmayan yüklenici ve üçüncü kişi arasında düzenlenen taşınmaz satış vadinin ise tapuya şerh edilebilmesi için Yargıtay

³²⁵ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 301; ÇENBERCİ, s. 30 vd.; EREN, Özel, s. 222; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 144; TEKİNAY, s. 477; YAVUZ, s. 249; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 68.

³²⁶ AKINTÜRK, Eşya, s. 317 vd.; AYBAY / HATEMİ, s. 103 vd.; ERTAŞ, Eşya, s. 170; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 247 vd.; SİRMEN, s. 240 vd.; Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın tapuya şerh edilmek suretiyle etkisi kuvvetlendirilmiş şahsi hak gücü kazanmasına ilişkin bir Yargıtay kararındaki ifade şu şekildedir: Y14HD, E. 2005/7767, K. 2005/12507, T. 29.12.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.01.2015: “(...)Yapılan yargılamaya, toplanan delillere dosya içeriğine ve özellikle yargılamada ileri sürülmeyen hususlar temyiz incelemesi sırasında gözetilmeyeceğine, taşınmaz kaydı üzerindeki şerhlerin gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapıp, tapuya 20.1.2000 tarihinde şerh edilmesinden sonra konulmuş olmasına, böylelikle sözleşme tapuya şerh verilerek üçüncü kişilere de ileri sürülebilir kuvvetlendirilmiş şahsi hak gücünü kazandığına göre,(...)”

³²⁷ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 301; ÇENBERCİ, s. 37; EREN, Özel, s. 225; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 193 vd.; TEKİNAY, S. 479; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, S. 68-69; Taraflardan birinin talebinin tapu kaydına şerh konulması için yeterli olduğuna ilişkin Yargıtay'ın ifadesi de şu şekildedir: Y14HD, E. 2006/10592, K. 2006/9953, T. 28.09.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.01.2015: “(...)Gerçekten 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddesi hükmünce biçimine uygun düzenlenmiş sözleşmede aksine hüküm yoksa taşınmaz mal satış vaadi sözleşmelerinin taraflardan birinin talebiyle tapuya şerh edilmesi olanağı bulunmaktadır. Bu tür sözleşmeler tapuya şerh edilmekle ilgisine aynı hak sağlamaz. Ancak, lehine şerh konulan kişiye şerhten sonra taşınmaza malik olanlara karşı satış sözleşmesini ileri sürme olanağı tanur. (...)”

uygulaması, arsa sahibinin şerhe onay vermesi ya da arsa sahibinin hasım gösterilmesi suretiyle bir mahkeme kararı alınmasına bağlıdır.³²⁸

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle vaad veren yüklenici, kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulmamış dahi olsa, ileride oluşacak olan bağımsız bölümlerin devrini taahhüt etmektedir. Kat irtifakı kurulmamış olan bir taşınmaz üzerinde bağımsız bölümlere ilişkin satış vaadinde bulunulması, bağımsız bölümlere isabet edecek olan arsa paylarının bilirkişilerce tespit edilebilmesi sebebiyle geçerlidir.³²⁹

2. Yükleniciyle Üçüncü Kişi Arasında Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi İlişkisi

Konumuz bakımından; kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yükleniciden bağımsız bölüm iktisap etmek isteyen üçüncü kişilerle yüklenicinin arasındaki taşınmaz satış vaadi ilişkisi, Yargıtay'ın uygulaması bağlamında incelenecek ve ardından uygulamaya ilişkin görüşlerimiz belirtilecektir.

Nitekim; Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisinin alacağın temlik niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Bu durum, yükleniciden taşınmaz satış sözleşmesi aracılığıyla hak iktisap eden üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkilemekte ve çoğu zaman alacağın temlik hükümlerinin Yargıtay içtihadı sebebiyle uygulama alanı bulmasıyla taraflar arasındaki ilişkinin taşınmazın satışının vaad edilmesinden ziyade yüklenicinin arsa sahibinden olan alacağının üçüncü kişiye devrolduğunun kabulünü gerektirmektedir. Üçüncü kişinin yüklenici ile arasındaki ilişkisine taşınmaz satış vaadinden doğan hak ve buna yönelik hükümlerin uygulanmayıp, alacağın temlik hükümlerinin uygulanması

³²⁸ Y14HD, E. 2009/995, K. 2009/2658, T. 04.03.2009; www.turkhukuk sitesi.com, Erişim Tarihi: 14.11.2014; Aynı yönde: Y14HD, E. 2010/4527, K. 2010/6501, T. 03.06.2010, www.turkhukuk sitesi.com, Erişim Tarihi: 14.11.2014

³²⁹ Bu durum Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun bir kararında açıkça belirtilmiştir: YİBBGK, E. 1978/3, K. 1978/4, T. 24.04.1978, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 26.02.2015: “(...) 4 - Satış vaadi konusu bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişi görüşünden yararlanmak yoluyla belirlenmesi her zaman mümkün bulunduğundan bağımsız bölüme düşen arsa payı oranının satış vaadi sözleşmesinde belirlenmemiş olması da sözleşmenin geçerliliğine engel değildir. Çünkü Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 2 nci bendi gereğince arsa payı kat mülkiyetine konu olan ana yapının değerinin bağımsız bölümün değerine olan oranıyla belli edilmek gerekir. O nedenle bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesi, başlangıçta arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız olarak, eş deyişle arsa payı gösterilerek veya gösterilmeksizin de yapılabilir. (...)”

sebebiyle, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin üçüncü kişinin hukuki durumuna etkisini Yargıtay uygulaması kapsamında ele almakta fayda vardır.

a. Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirme

Evvelce de değinildiği üzere,³³⁰ İçtihadı Birleştirme Kararı'na uygun olarak, gayrimenkul satış vadinin kanun hükmüne aykırı olarak adi şekilde yapılması halinde alacağın temlik hükümlerine tabi olacağı yönündeki görüş Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiş ve geçerli şekilde kurulan yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi ilişkisine de alacağın temlik hükümlerinin uygulanması söz konusu olmuştur.

Bu noktada, şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olması gereken ve gayrimenkul satışını konu alan adi yazılı sözleşmeler bakımından alacağın temlik hükümlerine uygulama alanı tanınması diğer koşulların da oluşmasıyla üçüncü kişinin arsa sahibinden tescil talebinde bulunabilmesine yol açmıştır. Diğer bir deyişle, Yargıtay şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olan harici satış sözleşmelerini alacağın temlik hükümlerini işleterek geçerli kılmış ve bu suretle üçüncü kişilerin arsa sahibine yönelebilmesini sağlamış, uygulamada birliğin sağlanması ve üçüncü kişiler arasında adaletsiz sonuçlar çıkmasını engellemek adına geçerli bir şekilde kurulan satış vaadi sözleşmelerine de alacağın temlik hükümlerini işleterek üçüncü kişilerin arsa sahibine başvurabilmesinin önünü açmıştır.³³¹

Yargıtay kararlarıyla açık bir şekilde yüklenici ile üçüncü kişi arasında adi yazılı şekilde akdedilen taşınmaz satış sözleşmesi ile noterde düzenleme şeklinde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacağın temlik niteliğinde olduğu, diğer

³³⁰ Bkz: İkinci Bölüm, I, B, başlığı.

³³¹ Yargıtay'ın konuya ilişkin bakış açısı bir kararındaki şu ifadelerden anlaşılabilir: Y14HD, E. 2013/1026, K. 2013/2617, T. 22.02.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.03.2015: “(...)Bir tanımlama yapmak gerekirse; alacağın temlik, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir. Borçlar Kanununun 163. maddesi hükmüne göre temlik sözleşmesi temlik edenle temlik alan arasında yazılı olarak yapılabilir. Ne var ki, alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir.(...)”

bir deyişle aslında bu sözleşmelerin alacağın temlik sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir.

Bu durumun yarattığı en büyük sorun, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkın da arsa sahibine karşı ileri sürülebilecek olmasıdır. Mahiyeti gereği yüklenici ile üçüncü kişi arasında olan ve şekil şartına uygun şekilde düzenlenen satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın da arsa sahibine karşı ileri sürülebilmesi, alacağın temlik ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi arasındaki iktisap edilen hakkın talep edilebileceği kişi açısından farkı ortadan kaldırmakta ve sözleşme ister adi yazılı satış sözleşmesi olsun, ister taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olsun alacağın temlik hükümlerinin uygulama alanı bulmasına yol açmaktadır.³³²

³³² ÇENBERCİ, s. 33: Yazar, Yargıtay'ın söz konusu içtihadıyla istikrar kazandırdığı uygulamanın aksine, taşınmaz satış vaadinden doğan kişisel hakkın vaad eden dışında bir kişiye karşı kullanılamayacağını şu sözlerle haklı olarak ifade etmektedir: “*O halde gayrimenkul satış vaadinden doğan hak, kişisel bir hak olup sahibi tarafından bu akdin tarafı olmayan kişilere karşı ileri sürülemez. Bunun dava hakkı çerçevesinde ameli sonucu, vaad edilenin vaad eden dışında başka bir kişi aleyhinde davasını yöneltemeyeceğidir. Zira, vaad eden, satış vaadi sözleşmesinden doğan edimlerin yerine getirilmesini hedef tutan davasında hasım olarak salt sözleşmenin yanı sıra vaad edileni göstermek yetkisini haizdir; üçüncü kişiye ise, teknik bir deyimle sıfat yoksunluğundan ötürü, husumet düşmez.*”; Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin örnek bir kararında yüklenici ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisine giren üçüncü kişinin arsa sahibinden aynen ifayı talep edebileceği ve kabul edilmemesi halinde hükmen tescil talebiyle dava açabileceği şu şekilde ifade edilmiştir:

Y14HD, E.2013/2924, K. 2013/4841, T. 29.03.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.12.2014: “(...) Davacı, davalı yüklenici ile arsa malikleri arasında düzenlenen 01.10.2009 tarihli arsa payı karşılığında inşaat yapım sözleşmesi uyarınca 6028 ada 13 parsel sayılı taşınmazda inşa edilen binadan yükleniciye bırakılan 4 numaralı bağımsız bölümü 16.08.2010 tarihinde düzenlenen satış vaadi sözleşmesi uyarınca temlik aldığı ileri sürerek tapu iptali ve tescil istemiştir. Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat “hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir.” Belirtilen bu ilke, TMK.nun 1023. maddesinde aynen “tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddesinde de “bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz” biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Çünkü, Türk Medeni Kanununun 1024. maddesi uyarınca bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmişse bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişilerin yolsuz olan bu tescile dayanma olanakları yoktur ve yasa ve uygulamadaki deyimlerle bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan ve hukuki sebepten yoksun bulunan tesciller yolsuz tescil sayılacağından hakkı zedelenen üçüncü kişinin iyiniyetli olmayan malike karşı doğrudan doğruya şahsi hakkına dayanması mümkündür. Davalı arsa malikleri 01.10.2009 tarihli sözleşmenin tarafı olup dava konusu bağımsız bölümün yükleniciye bırakıldığını bilmektedirler. Bu nedenle TMK.nun 1023 maddesinden yararlanma olanakları yoktur. Kaldı ki, davalı arsa malikleri dava konusu bağımsız bölümü satın almamışlar, kendilerine ait olan taşınmazda 21.03.2011 tarihinde kat irtifakı kurmuşlardır. Hal böyle olunca mahkemece yapılması gereken iş yukarıda açıklanan ilkeler

Üçüncü kişinin resmi şekilde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle şahsi hak iktisap etmesi halinde alacağı temlik aldığı kabul edildiği ve yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde tescil talebinde bulunabileceği, aksi halde yükleniciden genel hükümlere göre tazminat talep edebileceği Yargıtay'ın konuya ilişkin birçok kararında ifade edilmiştir.³³³

çerçevesinde yüklenicinin edimlerini yerine getirip getirmediğini araştırıp hasıl olacak sonuca göre karar vermek olmalıdır. (...)

³³³ Y14HD, E.2010/5042, K. 2010/6029, T. 27.05.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.12.2014: “(...)Davacı, davalı yüklenici S... İnşaat Ticaret Ltd. Şti. ile davalı arsa maliki Enis arasında Ankara 32. Noterliği'nde düzenlenen 24.05.1995 tarihli arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan 10 numaralı bağımsız bölümün satış vaadi sözleşmesi ile satışının vaat edildiğini, yükleniciye taşınmaz bedeli olan 38.000 Alman Markı'nı 07.07.1995 tarihinde ödediğini, tüm edimlerini yerine getirdiği halde tapunun devredilmediğini ileri sürerek, taşınmazın tapu kaydının iptali ile adına tescilini veya davalı yükleniciye ödediği 38.000Alman Markı'nın ödeme tarihindeki TL karşılığının 07.07.1995 tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalılardan alınmasını istemiştir. Davalı arsa maliki, davalı yüklenicinin edimlerini yerine getirmediğinden davanın reddini savunmuş, davalı yüklenici ise davaya yanıt vermemiştir. (...) Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün temlik alınması nedeniyle kişisel hakka dayalı tapu iptali tescil, ikinci kademedeki istek ise, yükleniciye satış vaadi sözleşmesi uyarınca yapılan ödeme ile ödemenin faizi ile birlikte tahsili istemlerine ilişkindir. Bir tanımlama yapmak gerekirse; alacağın temliki, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir. Borçlar Kanununun 163. hükmüne göre temlik sözleşmesi temlik edenle temlik alan arasındaki yazılı sözleşme ile kurulabilir. Ne var ki, alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin (somut olayda olduğu gibi) resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Davadaki istemin dayanağı biçimine uygun düzenlenen 07.06.1996 tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmeyle davalılardan yüklenici arsa sahibi ile olan 24.05.1995 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince kendisine bırakılması kararlaştırılan 10 numaralı bağımsız bölümdeki şahsi hakkını davacıya temlik etmiştir. Anılan temlik işleminin hüküm ve sonuç doğurması kuşkusuz davalılar arasındaki 24.05.1995 günlü sözleşmenin ifa ile sonuçlanmasına bağlıdır. Çünkü temlik edilen gerçek alacak ne ise ondan ibarettir. Ancak somut olayda, davalılar arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca inşaatı tamamlamakla yükümlü olan yüklenicinin eseri %44 seviyesinde terk ettiği, Gölbaşı Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1997/68-36 sayılı değişik iş dosyasında belirlenmiştir. Görülüyor ki; davalılardan yüklenici edimini yerine getirmediğinden yüklenicinin temliki hüküm ve sonuç meydana getirmeyeceği, sadece bir taahhüt işlemi olarak yükleniciyi borçlandıracağı açıktır. Dolayısıyla davacı, arsa sahiplerinden yüklenicinin temlikine dayanarak mülkiyet aktarımı isteminde bulunamaz. Sadece akidi olan yükleniciden Borçlar Kanununun 96. maddesine dayanarak ve o maddedeki koşullar yerine gelmişse adem-i ifa sebebiyle tazminat isteyebilir.(...)”

Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik içtihadını gösteren ve üçüncü kişinin davacı olduğu bir diğer karar ise şu şekildedir: Y14HD, E.2008/518, K. 2008/1796, T. 18.02.2008, KOSTAKOĞLU, s. 1144 vd.: “(...)Dava, yüklenicinin temlik işleminden kaynaklanan mülkiyet aktarımı istemine ilişkindir. (...) Eldeki davanın özelliği gereği üzerinde öncelikle durulması gereken sorun yüklenicinin yaptığı temlik işleminin geçerli olup olmadığıdır. Alacağın temliki ve borcun nakli Borçlar Kanununun 162-181. maddelerinde düzenlenmiştir. Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temliki hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde

O halde Yargıtay'ın yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiyi taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak nitelendirmesiyle, Yargıtay içtihadı uyarınca üçüncü kişinin yükleniciden edindiği kişisel hakkı arsa sahibine karşı da ileri sürebilmesi mümkün kabul edilmekte ve üçüncü kişinin edindiği hakkın alacağın temlik hükümlerine göre değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay, vaad alacaklısı olan üçüncü kişinin bağımsız bölümün mülkiyetini alamaması halinde, TBK'nun 112. maddesine göre vaad veren yükleniciden taahhüdün ihlal edilmesi sebebiyle müspet zararının tazminini talep edebileceğini kabul etmektedir. İfanın imkansızlaşması halinde de yüklenicinin kendi kusuruyla ifanın imkansızlaşmasına yol açtığı hallerde TBK'nun 112. maddesi uyarınca zarar

bulunularak karşılanması mümkündür. Aslında arsa sahibinin kural olarak Borçlar Kanununun 364 uyarınca eserin tesliminde vermesi gereken arsa payını, inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi, yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlaması, arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırması demektir. Bir tanımlama yapmak gerekirse; alacağın temlik, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akiddir. Borçlar Kanununun 163 hükmüne göre temlik sözleşmesi temlik edenle temlik alan arasındaki yazılı sözleşme ile kurulabilir. Ne var ki alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir; Yüklenicinin şahsi hakkını üçüncü kişiye temlik işlemi, akdi (rızai) temlik işlemidir. Çünkü burada, alacaklı (yüklenici) ile üçüncü kişi arasında serbest iradeleri ile yapılan temlik sözleşmesi vardır. Genellikle de bu tür temlik sözleşmeleriyle yüklenici şahsi hakkının bir kısmını, örneğin bir veya birkaç bağımsız bölüm mülkiyetinin naklini taahhüd eder.

Açıklanan özelliği itibarıyla da yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik işlemi genelde ivazlıdır. Rızai temlik sözleşme ile kurulduğundan temlik sözleşmesinin geçerliği için kuşkusuz bütün sözleşmelerin kurulmasında aranan genel geçerlilik şartlarının varlığı gerekir. Borçlar Kanununun 162/1'deki "Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak men edilmiş olmadıkça borçlunun rızası aranmaksızın alacaklı alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir" hükmünden anlaşılacağı üzere her alacağın temlik mümkün olmayabilir. Başka bir anlatımla kanun, akid veya işin niteliği icabı temlik olanaksızsa o alacak temlik edilemez. Bütün bu açıklamalardan görüleceği üzere, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu (BK. m.364) yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini) arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanununun 162. maddesi hükmünden yararlanarak arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla (BK. m.163) devir ve temlik edebilir. Görülüyor ki Borçlar Kanununun 162 ve 163. maddeleri gereğince yüklenicinin yaptığı temlik işlemi ile birlikte temlike konu bağımsız bölümün ayrıca teslimi gerekmez. Çünkü, temlik işlemi; inşaatın başında yapılabileceği gibi inşaat tamamlanmış iken dahi yapılabilir. Bütün bu açıklamalardan sonra mahkemece yapılması gereken iş; çekişmenin esasının incelenerek bir hüküm kurmak olmalıdır. Değinen yönler bir yana bırakılmak suretiyle davacıya teslim yapılmadığından, sözleşmede bundan ötürü geçersiz olduğundan söz edilerek istemin yazılı olduğu şekilde reddi doğru değildir.(...)"

tazmin edilebilecektir. Yüklenicinin kusursuzluğunu ispat etmesiyle sorumluluktan kurtulması mümkündür.³³⁴

Kusursuz imkansızlık neticesinde kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlenilen edimlerin ifasının imkansızlaşması halinde, üçüncü kişinin zararının vaad veren tarafından sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tazmin edilmesi gerekecektir.³³⁵

Yüklenicinin bir bağımsız bölümün satışını, birden fazla kişiye vaad etmiş olması halinde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacağın temlik niteliğinde sayılmasıyla ilk yapılan temlik işleminin geçerli olacağı Yargıtay tarafından ifade edilmektedir.³³⁶

³³⁴ Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararındaki ifadeler şu şekildedir: Y14HD, E.2010/5042, K. 2010/6029, T. 27.05.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17.12.2014: “(...)Borcun ifa edilmemesi borçlunun sözleşmenin kendisine yüklediği ifa yüküne karşı bir davranış içinde olmasını ifade eder. Bu durumda borçlu ya borcu ifa imkanını kendi kusuru sonucu kaybetmiştir, ya borcu ifa imkanına sahip olduğu halde, haklı bir sebep bulunmaksızın, ifadan tüm olarak kaçınmaktadır veya ifa etmiştir ama bu ifası noksandır, ayıplıdır, ya da borçlu ifada kusurlu olarak gecikmiştir. Kural olarak borcun ifa edilmemesi borçlunun sorumluluğu sonucunu meydana getirir ve borcun ifa edilmemesinde borçlu “kusurlu” kabul edilir. Borçlar Kanununun 96-100. maddeleri muaccel borcun ifa edilmemesi sonuçlarını düzenlemektedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin herhangi bir nedenle ifa edilmemesi sonucu, vaat alacaklısı, alacağını kısmen veya tamamen elde edemez. Dolayısıyla ademi ifa nedeniyle zarara uğrar. Borçlar Kanununun 96. maddesi “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur” hükmü uyarınca da alacaklı zararının tazmini gerekir. Bu tazminatın nedeni borçlunun taahhüdünü ihlal etmesidir. Borçlunun taahhüdü genellikle bir akde dayanır. Onun için buna (akdi tazminat), borçlunun sorumluluğuna da (akdi sorumluluk) denilmektedir.

Akdi sorumluluğun söz konusu olabilmesi için şu temel şartların olayda varlığı aranmalıdır: Geçerli bir borç ilişkisinin varlığı; Bu borcun ya hiç ifa edilmemiş, ya da kısmen ifa edilmiş bulunması; Borçlunun ademi ifasından alacaklının bir zarar görmesi; Zarar ile borcun ifa edilmemesi arasında bir illiyet bağı olması; Borçlunun ifa etmemede kusurlu olması.

Bu hukuki açıklamalar dikkate alınmak suretiyle adem-i ifa nedeniyle 07.06.1996 günlü sözleşmenin akidi olan yükleniciden davacı zararının tahsiline karar verilmesi gerekir. (...)

³³⁵ COŞKUN, s. 107

³³⁶ YHGK, E. 2001/14-18, K. 2001/98, T. 07.02.2001, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.01.2015: “(...)Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaad olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesih hale gelmedikçe eski tarihli sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması Medeni Kanununun 919/2 maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyan olunabilir. Davacı Taliye'ye yapılan satış vaadi sözleşmesinin tarihi 22.5.1996 dır. Davalılarından Şakir Engin Baysal'a yapılan satış vaadi sözleşmesi ise 29.1.1997 tarihlidir. Her iki sözleşmede de satışa konu bağımsız bölümün alıcılara teslim edilmediği açıktır. Satış vaadi sözleşmesi düzenlenirken, satış vaadinde bulunan kimsenin sözleşme yapıldığı tarihte taşınmazın kayden maliki olması zorunluluğu yoktur. Eldeki davada da, satış vaadinde bulunan dava dışı yüklenicidir ve yine dava dışı arsa sahipleri ile yapmış olduğu kat

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilebilmesi, üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkileyen bir durumdur. Aynı bağımsız bölümün birden fazla kişiye satışının vaad edildiği durumlarda; ilk satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın tapu kütüğüne şerh edilmeyip, ikinci vaad alacaklısının bağımsız bölümün mülkiyetini iktisap etmesi halinde ilk vaad alacaklısı üçüncü kişinin lehine tescil talebinde bulunabilmesi imkanı kalmayacak ve zararını yükleniciden TBK'nun 112. maddesi uyarınca tazmin edebilecektir. Bu durumun tam tersi, ilk vaad alacaklısının taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkını tapu kütüğüne şerh ettirmiş olması haline ilişkindir. Bu halde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkın tapu kütüğüne şerh ettirilmesinin ardından, bir başka üçüncü kişi tarafından bağımsız bölümün mülkiyeti devralınmış olsa dahi, vaad alacaklısı olan ilk üçüncü kişinin kazanımı korunacak ve ilk üçüncü kişi tapu iptali ve tescili davasını yüklenici ve diğer üçüncü kişiye karşı yönlendirebilecektir.

karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaatı tamamlayarak hak edeceği bağımsız bölüme ilişkin alacağını satış vaadi sözleşmesi ile temlik etmiştir. Davacı lehine yapılan ilk satış vaadi ile yüklenici arsa sahiplerinden alacağını davacıya temlik ettiğine göre artık ikinci defa temlik edebileceği bir hakkının kalmadığının da düşünülmesi gerekir. (...)

II. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HUKUKİ DURUMU

A. Temerrüt Kavramı ve Sonuçları

1. Genel Olarak Temerrüt Kavramı

İfa imkansızlığı, temerrüt ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi halleri; bir borcun ifa edilmediği, borca aykırılık halleridir.³³⁷

Temerrüt kavramının sözlük anlamı ise “direnme” olarak belirtilmektedir.³³⁸ Borcun ifasında meydana gelen gecikmeler, bir takım koşulların gerçekleşmesi halinde temerrüde neden olur.³³⁹

Borçlunun borcunu ödememekte direnmesi halinde bir takım şartların da gerçekleşmesiyle borçlunun temerrüdü gündeme gelecekken, alacaklının alacağını almakta direnmesi ve yine bir takım koşulların gerçekleşmesi halinde alacaklının temerrüdü hali söz konusu olacaktır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ile kastedilen durum yüklenicinin arsa sahibi ile girdiği kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde yüklendiği borca ilişkindir. Dolayısıyla kastedilen yüklenicinin temerrüdü kavramı, esasen borçlunun temerrüdünü ifade etmektedir.

Borçlunun temerrüdü müessesesi ve buna ilişkin hükümler TBK'nun 117 ve devamı maddeleriyle düzenlenmiştir. Eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında temerrüde ilişkin özel düzenleme bulunmadığından söz konusu genel hükümler kat

³³⁷ AYAN, Serkan, s. 91; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya, 2015, s. 369 vd.; BÜYÜKAY, s. 193 vd.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 642 vd.; NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013, s. 255 vd.; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1-2, İstanbul, 2014, s. 455 vd.; REİSOĞLU, s. 369; YENER, Temerrüt, s. 7.

³³⁸ YILMAZ, s. 685.

³³⁹ AYAN, Mehmet, s. 372 vd.; AYAN, Serkan, s. 94 vd.; BÜYÜKAY, s. 200 vd.; COŞKUN, s. 111; DİRİCAN, s. 41 vd.; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s. 1092 vd.; ERMAN, İnşaat, s. 61 vd.; HAVUTÇU, Müspet Zarar, s. 29; İNAL, Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara, 2014, s. 356; KAPLAN, s. 89 vd.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 658 vd.; KURT, s. 89 vd.; NOMER, s. 276 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 471 vd.; ÖZ, Dönme, s. 153 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 142 vd.; REİSOĞLU, s. 369 vd.; ŞAHİN, s. 139 vd.; YAKUPPUR, s. 74 vd.; YENER, Temerrüt, s. 8 vd.

karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde uygulama alanı bulacaktır.³⁴⁰

İlgili düzenleme uyarınca borçlunun mütemerrit sayılabilmesi bakımından genel anlamda gereken koşulların; borcun muacceliyeti, alacaklının ihtarı, ifanın mümkün olmasına rağmen gerçekleşmemesi olarak sayılması mümkündür.³⁴¹ Hukukumuzda borçlunun temerrüde düşebilmesi bakımından kusur şartı aranmamakta, ancak temerrüdün bazı sonuçları bakımından borçlunun kusurlu olup olmaması önem arz etmektedir.³⁴²

Borçlunun temerrüdü bakımından genel anlamda belirtilen bu koşullar; kat karşılığı inşaat sözleşmesi özelindeki görünümleri ve temerrüde bağlanan sonuçlar bakımından incelenecektir.

2. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü

Kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle yüklenicinin üstlendiği asli edimin sadece sözleşme ile belirlenen yapının inşa edilmesiyle sınırlı olmadığı, aynı zamanda inşa

³⁴⁰ Nitekim konuya ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu bir kararında benzer yönde ifadeler kullanmıştır: YİBGK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984, RG, sa.18325, s. 18. : “(...) *Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanunu`nda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108.) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. 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. maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğuna göre, hakimin görevi, herşeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde mümkündür. (MK.m.1). (...)*”

³⁴¹ AYAN, Mehmet, s. 372 vd.; AYAN, Serkan, s. 94 vd.; BÜYÜKAY, s. 200 vd.; COŞKUN, s. 111; DİRİCAN, s. 41 vd.; EREN, Genel, s. 1092 vd.; ERMAN, İnşaat, s. 61 vd.; HAVUTÇU, Müspet Zarar, s. 30 vd.; İNAL, Dönme ve Fesih, s. 356; KAPLAN, s. 89 vd.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 658 vd.; KURT, s. 89 vd.; NOMER, s. 276 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 471 vd.; ÖZ, Dönme, s. 153 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 142 vd.; REİSOĞLU, s. 369 vd.; ŞAHİN, s. 139 vd.; YAKUPPUR, s. 74 vd.; YENER, Temerrüt, s. 8 vd.; Söz konusu koşullar; çalışmanın konusuna uygun olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi özelinde incelenmiştir, konuya ilişkin bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2 numaralı başlık.

³⁴² AYAN, Mehmet, s. 373; Yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olup olmamasının; temerrüdün sonuçlarından müspet zararın giderilmesi seçimlik hakkının tercih edilmesi halinde önem kazanmasına ilişkin olarak: AYAN, Serkan, s. 234; BUZ, Dönme, s. 100; BÜYÜKAY, s. 203; EREN, Genel, s. 1098 – 1099; ERMAN, İnşaat, s. 79; HAVUTÇU, Müspet Zarar, s. 29; KURT, s. 183 vd.; NOMER, s. 281; OĞUZMAN / ÖZ, s. 481; ÖZ, Dönme, s. 154; ÖZ, İnşaat, s. 142; REİSOĞLU, s. 372; ŞAHİN, s. 182-184; YAKUPPUR, s. 74; YENER, Temerrüt, s. 37 vd.

edilen yapının arsa sahibine teslim edilmesi suretiyle yüklenicinin edimini ifa etmiş sayılacağı önceden açıklanmıştı.³⁴³

Bu bakımdan; yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği asli edim olan inşaatın tamamlanması ve bunun ardından eserin arsa sahibine teslim edilmesi, yüklenicinin ifasının gerçekleşmiş sayılması bakımından aynı derecede öneme sahip kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle; yüklenicinin eseri süresinde tamamlayamaması halinde diğer koşulların da gerçekleşmesi ile temerrüde düşeceği söylenebilmektedir. Bunun yanı sıra eserin tamamlanmış olmasına rağmen arsa sahibine teslim edilmemesi halinde de temerrüde ilişkin diğer koşulların da gerçekleşmesiyle yüklenicinin temerrüde düştüğü kabul edilebilecektir.³⁴⁴

Bu bakımdan eserin arsa sahibine teslim edilmemesi durumunda; inşaatın tamamlanmış olup olmaması temerrüdün doğması bakımından bir önem ihtiva etmeyecek ve eser arsa sahibine teslim edilmediği sürece yüklenicinin temerrüde düştüğü kabul edilecektir.³⁴⁵

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından; yüklenicinin borcunu ifa etmiş sayılabilmesi için arsa sahibine kalacak yerler ile ortak kullanım alanlarının tamamlanarak teslim edilmesi gerekmekte, yükleniciye kalacak bağımsız bölümler bakımındansa eksikliklerin ana taşınmazın kat mülkiyetine dönüştürülmesine engel olacak nitelikte olmaması gerekmektedir.³⁴⁶

³⁴³ Konuya ilişkin olarak bkz: Birinci Bölüm, III, B, 5 numaralı başlık.

³⁴⁴ AYAN, Serkan, s. 92; ERMAN, İnşaat, s. 72; ÖZ, İnşaat, s. 145; ÖZ, Dönme, s. 168-169; ŞAHİN, s. 166; YAKUPPUR, s. 83; YENER, Temerrüt, s. 23 vd.

³⁴⁵ Yüklenicinin eseri teslim borcunun ne şekilde ifa edileceği ve hangi hallerin “teslim” sayılacağına ilişkin bkz: Birinci Bölüm, III, B, 5 numaralı başlık; Ayrıca bkz: AYAN, Serkan, s. 93; ERMAN, İnşaat, s. 72; ÖZ, İnşaat, s. 144; ÖZ, Dönme, s. 168-169: “*Şu halde iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda ifa, müteahhidin inşaatı eksiksiz olarak tamamladıktan sonra taşınmazdan çekilmesi, onun iş sahibinin yararlanmasına her bakımdan hazır şekilde terketmesiyle gerçekleşecektir. Ancak eğer gerekiyorsa, bu durumun müteahhit tarafından iş sahibine bildirilmesi de aranmaktadır. Böylece, yapının bittiğini anlayacak durumda olmayan iş sahibine müteahhit bildirimde bulunmamişsa, henüz ifanın gerçekleşmediği söylenmektedir.*”; ŞAHİN, s. 166; YAKUPPUR, s. 83; YENER, Temerrüt, s. 23 vd.

³⁴⁶ AYAN, Serkan, s. 93 ve 154; ERMAN, İnşaat, s. 3; GÜMÜŞ, s. 117; KAPLAN, s. 274; Bu çalışmada bkz: 151 numaralı dipnot.

Ayıplı ifa veya ifanın eksik gerçekleştirilmesi halinde ise arsa sahibinin eseri teslim alıp almadığı önem kazanacaktır. Nitekim, arsa sahibi eksik ya da ayıplı eseri teslimden kaçınabilecek ve teslim almadığı esere ilişkin yükleniciyi temerrüde düşürebilecektir. Ancak ayıplı veya eksik inşaatın arsa sahibince teslim alınması halinde arsa sahibi yükleniciyi temerrüde düşüremeyecek, gereği gibi ifa etmeme ve ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir.³⁴⁷

a. Unsurları

aa. Muacceliyet

Borçlunun temerrüdüne başvurulabilmesi bakımından gereken ilk koşul, borcun muaccel olmasıdır. Sözleşmeyle borcun muaccel olacağı an belirlenebileceği gibi, tarafların böyle açık bir düzenleme yapmaması da mümkündür.³⁴⁸

Taraflar; sözleşmeyle inşaatın tamamlanarak arsa sahibine teslim edileceği anı belirli bir vadenin sonu ya da yaklaşık bir biçimde belirleyebilmektedirler.³⁴⁹ Belirlenen süre ve süreye bağlı sonuçlar aksine bir hüküm yoksa tek yanlı olarak değiştirilemeyecek, sadece tarafların anlaşmasıyla değiştirilebilecektir.³⁵⁰

Yaklaşık bir biçimde belirleme, ortalama bir sürenin verilmesi veya belirli bir mevsimin geçmesi şeklinde belirlenebilecektir. Tarafların muacceliyet anını bu şekilde belirlemesi durumunda, belirlenen yaklaşık sürenin dolmasıyla teslim borcu muaccel hale gelecektir.³⁵¹ Ancak değinilmesi gereken önemli bir konu, sözleşmeyle getirilen düzenlemenin lafzından belirlenen vade ya da tarihin bağlayıcı olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Taraflar, sözleşmeyle getirdikleri düzenlemenin bağlayıcı olacağını ihtiva eden bir lafız yerine sürenin bir öngörü olduğu anlamını taşıyan bir

³⁴⁷ AYAN, Serkan, s. 154;

³⁴⁸ AYAN, Serkan, s. 95 vd.; BÜYÜKAY, s. 201-201; DİRİCAN, s. 10 ve 42; ERMAN, İnşaat, s. 61; KURT, s. 90 ve 93; ŞAHİN, s. 163; ÖZ, Dönme, s. 154; ÖZ, İnşaat, s. 142-143; YAKUPPUR, s. 71; YENER, Temerrüt, s. 9 vd.

³⁴⁹ AYAN, Serkan, s. 95-96; BÜYÜKAY, s. 201; DİRİCAN, s. 43-44; KAPLAN, s. 78; KURT, s. 90 vd.; ÖZ, Dönme, s. 154; ÖZ, İnşaat, s. 142; ŞAHİN, s. 164; YAKUPPUR, s. 71; YENER, Temerrüt, s. 9.

³⁵⁰ AYAN, Serkan, s. 99.

³⁵¹ AYAN, Serkan, s. 95-96

düzenleme getirdikleri takdirde, süreler muacceliyet anını kesin olarak göstermeyecek ve muacceliyet anı hakkaniyete uygun bir biçimde belirlenecektir.

Sözleşmeyle sadece inşaatın tamamlanmasına ilişkin bir süre düzenlenmişse, sürenin dolmasıyla teslim borcunun da muaccel hale geleceği kabul edilmelidir.³⁵²

İnşaatın süresinin bir takım izinlerin alınmasıyla veya bir takım olayların gerçekleştirilmesiyle başlayacağı kararlaştırılabilmektedir. Bu tip durumlarda süre iznin alınmasıyla veya belirlenen olayın gerçekleşmesiyle başlayacak, ve sürenin dolmasıyla borç muaccel hale gelecektir.³⁵³ Ancak süreyi başlatacak olayı yüklenicinin gerçekleştirmesi kararlaştırılmışsa ve bunun için de ayrı bir süre belirlenmişse, eseri teslim süresi bu sürenin dolmasıyla başlayacaktır.³⁵⁴

İnşaatın tamamlanması ve arsa sahibine teslim edilmesine ilişkin sürenin yüklenicinin gerçekleştireceği belli bir olayın gerçekleşmesiyle başlayacağını kararlaştırılması ancak söz konusu olayın hangi sürede gerçekleştirileceğinin kararlaştırılmaması halinde, evvela yüklenicinin olayı gerçekleştirdiği tarih itibariyle teslim süresinin başladığını kabul etmek gerekir. Ancak bu noktada yüklenicinin olayı gerçekleştirirken hakkı kötüye kullanarak bilinçli bir şekilde süreyi uzatması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle teslim süresini başlatacak olan olayın gerçekleştirilmesi bakımından taraflarca somut bir süre belirlenmemesi halinde, yüklenicinin olayı gerçekleştirebileceği süre göz önüne alınarak teslim süresi hesaplanacaktır.³⁵⁵

İnşaatın tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmesi bakımından taraflarca bir süre belirlenmemesi halinde süre işin niteliği ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir³⁵⁶. Bu bağlamda hem inşaatla başlanacak olan zamanın

³⁵² AYAN, Serkan, s. 97; KURT, s. 94.

³⁵³ İnşaat ruhsatı alınması, temel iznin alınması veya arsadaki mevcut binanın yıkılması gibi haller örnek olarak verilebilmektedir. Bkz: AYAN, Serkan, s. 97-98; BÜYÜKAY, s. 201; KURT, s. 91-92; ÖZ, Dönme, s. 154; ÖZ, İnşaat, s. 142; ŞAHİN, s. 164; YENER, Temerrüt, s. 10.

³⁵⁴ AYAN, Serkan, s. 97-98; KURT, 92.

³⁵⁵ AYAN, Serkan, s. 98-99; Aynı yönde: KURT, s. 92-93.

³⁵⁶ AYAN, Serkan, s. 100-102; BÜYÜKAY, s. 202; DİRİCAN, s. 42; KURT, s. 93-94; ÖZ, Dönme, s. 154-155; ÖZ, İnşaat, s. 143; ŞAHİN, s. 165; YAKUPPUR, s. 71-72; YENER, Temerrüt, s. 11-13.

belirlenmesi hem de inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi için gereken zamanın belirlenmesi, ayrı ayrı işin niteliği, somut olayın özellikleri ve yüklenicinin arsa sahibince bilinen özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir.³⁵⁷ İnşaata başlama zamanının taraflarca belirlenmiş olup, tamamlanma süresinin belirlenmemiş olması halinde; taraflarca belirlenen inşaata başlama anından itibaren söz konusu kriterlere uygun bir şekilde belirlenecek teslim süresinin hesaplanarak inşaata başlanması gereken zamana eklenmesi suretiyle toplam süre bulunacaktır.³⁵⁸

Taraflarca kararlaştırılan veya taraflarca kararlaştırılmasa da açıklandığı üzere belirlenen teslim süresi belirtildiği üzere ancak tarafların anlaşmasıyla uzatılabilir. Ancak bir takım durumların gerçekleşmesi halinde tarafların iradelerine bakılmaksızın sürenin uzayacağı kabul edilmelidir. Bu bağlamda arsa sahibinden kaynaklanan sebeplerle inşaatın olağan sürede tamamlanması mümkün olmuyorsa, yüklenicinin borcu bakımından muacceliyeti belirleyen eserin tamamlanması ve teslimine ilişkin sürenin uzayacağı kabul edilmelidir. Bunun dışında arsa sahibi ve yükleniciden kaynaklanmayan ve mücbir sebep ile benzeri durumların gerçekleşmesi halinde de sürenin uzayacağı kabul edilmelidir.³⁵⁹

Arsa sahibinin alacaklının temerrüdüne düşerek eseri teslimden kaçınması halinde muacceliyet gerçekleşecek, TBK'nun 106 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Arsa sahibinin hazırlık fiillerinden kaçınması, inşaatı fiili olarak engellemesi, sözleşmeyle kararlaştırılan ara ödemelerin arsa sahibince gerçekleştirilmemesi ve benzeri arsa sahibinden kaynaklı durumların vuku bulması veya taraflarca sonradan ek işlerin yapılması konusunda anlaşılması gibi hallerde eserin tamamlanarak teslim edilmesine ilişkin olarak taraflarca kararlaştırılan veya kararlaştırılmasa dahi somut olayın özelliklerine göre belirlenen sürenin uzadığı ve

³⁵⁷ ERMAN, İnşaat, s. 62: İnşaata başlama ve inşaatın tamamlanması adına gereken sürelerin belirlenmesi bakımından mahkemeden tespit talep edilmesi, ileride doğacak uyumsuzlıklara engel olacaktır.

³⁵⁸ AYAN, Serkan, s. 101; KURT, s. 117 vd.

³⁵⁹ AYAN, Serkan, s. 103-105: Yazar bu durumda olağan teslim süresinin yerini olağanüstü teslim süresinin aldığı ifade etmektedir; DİRİCAN, s. 70, d.n. 208; KURT, s. 103 vd.; ÖZ, Dönme, s. 154, d.n. 4a ve s. 172;

doğal olarak muacceliyetin ötelendiği kabul edilecektir.³⁶⁰ Ayrıca terörist faaliyetler, olağanüstü haller, doğal afetler, kamu kurumları tarafından alınan veya alınamayan kararlar gibi durumlar da yüklenicinin kusuru olmadıkça sürenin uzamasına yol açacaktır.³⁶¹

Açıklanan haller ve bunlara benzer arsa sahibinden kaynaklanan veya ne arsa sahibi ne de yükleniciden kaynaklanmasa dahi objektif olarak inşaatın yürütülmesine engel olan hallerin teslim süresini uzatacağı ve muacceliyet anını öteleyeceği kabul edilmelidir. Ancak söz konusu hallerin gerçekleşmesini yüklenici kötü niyetle kullanarak süreyi dilediği gibi uzatamayacaktır. Ayrıca söz konusu haller neticesinde belirlenen sürede inşaatın teslim edilemeyeceği derhal yüklenici tarafından arsa sahibine bildirilmelidir. Aksi takdirde sürenin uzadığı kabul edilemeyecek ve yüklenici söz konusu belirli muacceliyet anında eseri teslim edemeyerek diğer koşulların da vuku bulmasıyla temerrüde düşebilecektir.³⁶²

İnşaatın durması halinde; yeniden inşaata başlanılıncaya kadar geçecek süre kadar bir uzama söz konusu olacaktır. Bunun dışında uzamaya yol açan sebepler durmaya yol açmasa da inşaatı dolaylı olarak yavaşlatıyorsa, söz konusu sürenin de eklenerek toplam sürenin uzaması söz konusu olacaktır. Ancak yüklenicinin arsa sahibi ile olan hukuki ilişkisinde inşaatı hızlandırarak gecikmenin olumsuz sonuçlarını giderme yükümlülüğü mevcutsa, bu yükümlülüğün kapsamı dahilinde kalan gecikmelerin süreyi uzatmayacağı kabul edilmelidir.³⁶³ Tarafların dürüstlük kuralına ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin TBK'nun 115. maddesine aykırılık

³⁶⁰ İş sahibinin hakimiyet alanından kaynaklanan bu gibi durumlarda inşaat süresinin uzaması iş sahibine yüklenebilecek nitelikte olmalıdır: AYAN, Serkan, s. 114 vd; DİRİCAN, s. 70, d.n. 208; KAPLAN, s. 82; KURT, s. 104 vd; ÖZ, Dönme, s. 172; ÖZ, İnşaat, s. 149.

³⁶¹ AYAN, Serkan, s. 129 vd.: Yazar bu durumda TMK'nun 2. maddesi ile TBK'nun 480. Maddesinin kıyasen uygulanması neticesinde sürenin otomatikman uzamayacağını ancak yüklenicinin süre uzatımı için mahkemeye başvurabileceğini savunmaktadır.; Aynı yönde: KURT, s. 107 vd; Ayrıca bkz: DİRİCAN, s. 70, d.n. 208; ERMAN, Mütalaa, s. 13 vd.: Yazar, yüklenicinin tedbirli bir tacir gibi hareket etmesi gerektiğinden ve deprem bölgesinde deprem meydana gelmesinin çoğu zaman mücbir sebep sayılamayacağı yönündeki görüşlere katılarak deprem nedeniyle durduğu iddia edilen inşaata ilişkin süre uzatım talebinin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

³⁶² AYAN, Serkan, s. 133 vd.; KURT, s. 116; ÖZ, Dönme, s. 54;

³⁶³ AYAN, Serkan, s. 145 vd.

teşkil etmeyecek şekilde teslim süresinin hangi koşullarda ne kadar uzayacağını belirleyebilmesi mümkündür.³⁶⁴

bb. İfanın Mümkün Olması

Temerrüt müessesesinin gündeme gelebilmesi için, evvela temerrüde ilişkin diğer koşulların gerçekleştiği anda edimin ifası mümkün olmalıdır. Edimin ifasının mümkün olmaması, diğer bir deyişle ifa imkansızlığının bulunması, borçlunun mütemerrit hale düşmesine engeldir.³⁶⁵

İmkansızlığın kişi bakımından sınıflandırılmasına bakıldığında, objektif ve sübjektif imkansızlık olarak ayrıldığı görülmektedir. Zaman bakımından sınıflandırıldığında ise başlangıçtaki imkansızlık ve sonraki imkansızlık olarak sınıflandırılmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olan objektif imkansızlık hali,³⁶⁶ TBK'nun 27. maddesi uyarınca konusu imkansız olan bir sözleşme olduğundan kesin hükümsüzdür ve geçersiz olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla başlangıçtaki imkansızlık halinin mevcudiyeti, sözleşmenin kendisi geçersiz olacağından borçlunun temerrüde düşmesini bertaraf edecektir.³⁶⁷

Başlangıçta mevcut olan sübjektif imkansızlık hali ise yine borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurulabilmesini engelleyecektir. Başlangıçtaki sübjektif imkansızlık hali, sözleşmenin kesin hükümsüz olarak geçersiz kılınmasına yol açmamakta, ancak sözleşmenin ifası yine gerçekleşemeyeceğinden borçlunun temerrüdü hükümlerine de başvurulamayacaktır. Bu durumda sübjektif imkansızlığın

³⁶⁴ AYAN, Serkan, s. 151 vd.

³⁶⁵ AYAN, Mehmet, s. 373; AYAN, Serkan, s. 155 vd.; BUZ, Dönme, s. 103; BÜYÜKAY, s. 204; DİRİCAN, s. 45; EREN, Genel, s. 1092; ERMAN, İnşaat, s. 64 vd.; KILIÇOĞLU, Genel, s. KURT, s. 120 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, c. 1, s. 479; ÖZ, Dönme, s. 155 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 143; REİSOĞLU, s. 372; ŞAHİN, s. 141; YAKUPPUR, s. 82; YENER, Temerrüt, s. 13.

³⁶⁶ Arsa üzerine inşaat yapılmasının imar mevzuatına göre mümkün olmaması, başlangıçtaki objektif imkansızlık hallerine bir örnektir. Buna rağmen inşaatın yapılması halinde, sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz olacağından tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre aldıklarını iade etmesi gerekecektir.

³⁶⁷ AYAN, Mehmet, s. 373- 374; AYAN, Serkan, s. 155; BUZ, Dönme, s. 101; KURT, s. 123; OĞUZMAN / ÖZ, s. 479; ÖZ, Dönme, s. 155 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 143-144; ŞAHİN, s. 143.

yüklenicinin kusurundan kaynaklanması halinde, yüklenici arsa sahibinin uğradığı zararı ödemekle yükümlü olacaktır. Yüklenicinin başlangıçtaki subjektif imkansızlık halini bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde kusurlu olduğu kabul edilecek ve yüklenici kusuru uyarınca arsa sahibinin zararını ödemek durumunda kalacaktır. Ancak yükleniciye subjektif imkansızlık hali bakımından kusur isnat edilemiyorsa, yüklenici arsa sahibinin zararını tazmin etmek durumunda kalmayacaktır.³⁶⁸

Sonradan ortaya çıkan imkansızlık halleri bakımından yüklenicinin kusurlu ya da kusursuz olması da temerrüt hükümlerine başvurulabilmesi bakımından bir fark yaratmamaktadır. Diğer bir deyişle, yüklenici kusurlu dahi olsa, imkansızlık mevcut olduğu sürece temerrüde düşürülemeyecektir. Bu durumda yüklenicinin kusurlu olup olmaması, temerrüde düşme bakımından fark yaratmasa da, arsa sahibinin zararının giderilmesi bakımından önem arz etmekte ve yüklenicinin kusuruyla imkansızlık halinin oluşması halinde arsa sahibinin zararının tazmini gerekmekte, aksi halde tarafların aldıklarını iade etmeleri gerekmektedir.³⁶⁹

Netice itibarıyla imkansızlık hallerinin mevcudiyeti, borçlunun ve dolayısıyla yüklenicinin temerrüdünün doğmasına engel olmakta, temerrüdün gündeme gelebilmesi için edimin ifasının mümkün olması gerekmektedir.

cc. İfanın Gerçekleşmemiş Olması

Borçlunun temerrüdü kavramının anlamı borçlunun borcunu ödemekte direnmesi olduğuna göre, doğal olarak borçlunun temerrüdüne ve konumuz bakımından yüklenicinin temerrüdüne başvurulabilmesi için yüklenicinin üstlendiği

³⁶⁸ AYAN, Mehmet, s. 374; BÜYÜKAY, s. 204; DİRİCAN, s. 46; OĞUZMAN / ÖZ, s. 479; ÖZ, Dönme, s. 156; ÖZ, İnşaat, s. 143-144; ŞAHİN, s. 142; YAKUPPUR, s. 83: Yazar, borcun muacceliyetinden ve yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra ortaya çıkan imkansızlık halleri bakımından yüklenicinin, temerrüt ile imkansızlık arasındaki süre açısından borçlunun temerrüdü hükümleriyle sorumlu tutulacağını, temerrüt sırasında ortaya çıkan imkansızlıkla temerrüt arasında illiyet bağı bulunmadığı yüklenici tarafça ispat edilmedikçe yüklenicinin kusuru olmasa dahi sorumlu olacağını belirtmektedir; Aynı Yönde: REİSOĞLU, s. 372; YENER, Temerrüt, s. 14; Karş.: BUZ, Dönme, s. 101, d.n. 161'deki yazarlar: Doktrinde objektif imkansızlık hali dışındaki imkansızlıklar bakımından temerrüdün doğumunun mümkün olduğu savunulmaktadır; Karş.: KURT, s. 124; Karş.: AYAN, Serkan, s. 155 vd.; Karş.: EREN, Genel, s. 1092.

³⁶⁹ AYAN, Mehmet, s. 374; DİRİCAN, s. 46; ERMAN, İnşaat, s. 66; ÖZ, Dönme, s. 156; ÖZ, İnşaat, s. 143-144; ŞAHİN, s. 142; Karş.: KURT, s. 124; Karş. EREN, Genel, s. 1092: Yazar, başlangıçta ya da sonradan meydana gelen subjektif imkansızlık hallerinin tamamı bakımından temerrüdün söz konusu olacağını savunmaktadır.

edimin ifasının gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.³⁷⁰ Yüklenicinin asli edimi, inşaatın tamamlanmasıyla arsa sahibine teslim edilmesi olduğuna göre; edimin muaccel olduğu anda ifa edilmemiş olması yüklenicinin temerrüde düşürülebilmesi için şarttır. Bu bakımdan inşaatın tamamlanmaması, yüklenicinin edimini ifa etmediğini gösterecektir.³⁷¹ İnşaatın tamamlanmasından kasıt arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin tamamlanmasının yanı sıra, ortak kullanıma açık olacak yerlerin de tamamlanmasını ve arsa sahibine teslim edilmesini içermektedir. Bunun dışında yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin kat mülkiyetinin kurulmasına engel olacak nitelikte olması da inşaatın tamamlanmadığına ve edimin ifasının gerçekleşmemesi sonucuna yol açacaktır.³⁷²

Ayrıca inşaatın tamamlanmasına rağmen arsa sahibine teslim edilmemesi hali de edimin ifasının gerçekleşmemesi olarak görülmelidir.³⁷³ Bu durumda da diğer koşulların da gerçekleşmesiyle yüklenicinin mütemerrit olması söz konusu olacaktır. Ancak inşaatın tamamlanmamasıyla, tamamlanmasına rağmen teslim edilmemesi halleri, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle yüklenicinin temerrüde düşmesine yol açacakken, iki duruma bağlanacak sonuçlar farklı olacaktır. İnşaatın tamamlanamaması halinde diğer koşulların da gerçekleşmesiyle yüklenici temerrüde düşürülebilecek ve arsa sahibi borçlunun temerrüdünden doğan seçimlik haklarını

³⁷⁰ AYAN, Serkan, s. 154; BUZ, Dönme, s. 100; BÜYÜKAY, s. 200; KURT, s. 141; ÖZ, İnşaat, s. 144; ŞAHİN, s. 166.

³⁷¹ AYAN, Serkan, s. 154; BÜYÜKAY, s. 200 – 201; ERMAN, İnşaat, s. 73 - 74; Yazara göre; yüklenicinin edimini yerine getirmesinin sözleşmeyle iskan izni alınması gibi şartlara bağlanması hallerinde inşaatın tamamlanmış olmasına rağmen yüklenicinin iskan izni almaması hali, temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulmasına yol açacaktır. Ancak iskan izni için başvurulmuş olmasına rağmen yükleniciden kaynaklanmayan sebeplerle iznin alınmaması halinde temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekmemelidir.; KURT, s. 141; ŞAHİN, s. 166; YAKUPPUR, s. 390.

³⁷² AYAN, Serkan, s. 154; ŞAHİN, s. 167; ÖZ, İnşaat, s. 145-146: Yazar yüklenicinin bütün inşaatı eksiksiz olarak tamamladıktan sonra taşınmaz arsa sahibinin yararına bırakmasıyla ifanın gerçekleşeceğini ifade etmiştir.

³⁷³ AYAN, Serkan, s. 155; KURT, s. 141; YAKUPPUR, s. 83; Ayrıca bkz: ÖZ, Dönme, s. 168: Yazar, arsa sahibinin mülkiyetindeki arsalar üzerinde yapılan inşaatlarda yüklenicinin arsa sahibine mülkiyeti ya da zilyetliği devretmesine ihtiyaç olmadığını, nitekim arsa sahibinin malik olduğunu ve zilyetliğin verdiği yetkilere sahip olduğunu belirtmektedir. Buna göre, yüklenicinin inşaatı eksiksiz olarak tamamladıktan sonra taşınmazdan arsa sahibinin kullanımına her bakımdan hazır bir halde çekilmesi gerekmekte, durumun gerektirdiği hallerde de arsa sahibine bir bildirim yapılması gerekmektedir. Yüklenicinin değinildiği şekilde davranmasıyla eseri teslim borcunu ifa ettiği kabul edilmelidir; Aynı yönde: ÖZ, İnşaat, s. 145; Aynı yönde: ŞAHİN, s. 166-167; Aynı yönde: YENER, Temerrüt, s. 23 vd.; Söz konusu bildirim bir zorunluluk olmayıp, doğabilecek uyuşmazlıkları ortadan kaldırdığını savunan görüş için bkz: ERMAN, İnşaat, s. 72.

kullanabilecektir.³⁷⁴ Ancak inşaatın tamamlanmasına rağmen, eserin arsa sahibine teslim edilmemesi halinde aynen ifadan vazgeçilerek seçimlik haklara başvurulabilmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir.³⁷⁵ Bu durumda arsa sahibinin aynen ifayı talep edip, gecikme tazminatını talep etmesi mümkün olacaktır.

Bunun dışında gerçekleşebilecek bir diğer durum ise inşaatın tamamlanmamasına rağmen arsa sahibince teslim alınmasıdır. Bu durum, arsa sahibinin ifayı kabul ettiği anlamına geleceğinden yüklenicinin temerrüdüne gidilebilmesi yolu kapanacaktır.³⁷⁶ Bu durumda yüklenicinin temerrüdüne başvuramayan arsa sahibinin inşaatteki ayıplar bakımından ayıptan sorumluluk hükümlerine, eksiklikler bakımından ise gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümlere başvurabileceği söylenmelidir.

dd. İhtar

Borçlunun temerrüdüne ilişkin koşulları düzenleyen TBK'nun 117. maddesinin lafzındaki açık düzenleme sebebiyle yüklenicinin temerrüde düşürülebilmesi için arsa sahibinin ihtarında bulunması gerektiği kuraldır.³⁷⁷ Söz konusu ihtarın içeriği ise, yüklenicinin edimin ifasında gecikmeye düştüğü ve ifanın belirli bir tarihe kadar talep edildiğine ilişkindir.³⁷⁸ Herhangi bir şekle kural olarak bağlı olmayan ihtarın,³⁷⁹ yüklenicinin hakimiyet alanına girdiği anda hüküm ve

³⁷⁴ İlgili bölüm için bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, bb başlığı.

³⁷⁵ AYAN, Serkan, s. 155; ŞAHİN, s. 168; Ayrıca bkz: AKYOL, s. 23; Hakkın kötüye kullanılmasının ölçütü; amaca aykırılık ve menfaat yokluğudur. Söz konusu halin vuku bulması halinde her iki kriterin de mevcut olması sebebiyle, durum, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

³⁷⁶ AYAN, Serkan, s. 154; ERMAN, İnşaat, s. 73; ÖZ, İnşaat, s. 146; ŞAHİN, s. 167-168.

³⁷⁷ AYAN, Mehmet, s. 374; AYAN, Serkan, s. 160; BUZ, Dönme, s. 101; BÜYÜKAKAY, s. 207; DİRİCAN, s. 42 – 43; EREN, Genel, s. 1093; ERMAN, İnşaat, s. 75; İNAL, Dönme ve Fesih, s. 356; İhtar hukuki niteliği itibarıyla bir hukuki işlem değil, borçluya meydana gelecek olan hukuki sonuçların bildirildiği bir irade beyanıdır.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 659; KURT, s. 173; OĞUZMAN / ÖZ, s. 473; ÖZ, Dönme, s. 173; ÖZ, İnşaat, s. 150; REİSOĞLU, s. 370; YAKUPPUR, s. 77; YENER, Temerrüt, s. 32.

³⁷⁸ AYAN, Serkan, s. 160; BUZ, Dönme, s. 101 - 102; EREN, Genel, s. 1093; KILIÇOĞLU, Genel, s. 660; KURT, s. 173; OĞUZMAN / ÖZ, s. 474 vd.; ÖZ, Dönme, s. 173; ÖZ, İnşaat, s. 150; REİSOĞLU, s. 370; ŞAHİN, s. 169; YAKUPPUR, s. 77; YENER, Temerrüt, s. 32.

³⁷⁹ Arsa sahibi ve yüklenicinin tacir olması durumunda ve ticari işletmeleriyle ilgili olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkilerine girmeleri halinde ihtarın iadeli taahhütlü mektupla, telgrafla, noter

sonuç doğuracağı,³⁸⁰ açılacak ifa davasının da ihtar yerine geçeceği kabul edilmektedir.³⁸¹

İhtarın kural olarak borcun muaccel olduğu zaman yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde ihtarın geçersiz olacağı kuraldır. Ancak ifa zamanından önce muacceliyet anına ilişkin olarak geleceğe dönük bir biçimde ihtarda bulunulabileceği de kabul edilmeli ve bu durumda arsa sahibinin tekrar ihtarda bulunmasına gerek duyulmamalıdır.³⁸² Borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için değinildiği üzere arsa sahibince ihtar çekilmesi kuraldır, ancak bu durumun istisnaları da mevcuttur. Söz konusu istisnaların mevcut olması halinde, ihtara gerek kalmaksızın yüklenicinin temerrüde düşürülebilmesi mümkün kabul edilmelidir.³⁸³

Söz konusu istisnalardan ilki taraflar arasındaki ilişkide belirli veya kesin vade düzenlenmiş olmasıdır.³⁸⁴ Söz konusu durum temerrüdün koşulu olan ihtar

aracılığıyla veya güvenli elektronik imza aracılığıyla kayıtlı elektronik posta ile yapılması tavsiye edilmektedir.; AYAN, Mehmet, s. 374; AYAN, Serkan, s. 161, d.n. 276; BUZ, Dönme, s. 102; BÜYÜAKAY, s. 207; DİRİCAN, s. 43; EREN, Genel, s. 1095; KILIÇOĞLU, Genel, s. 659; KURT, s. 174; NOMER, s. 277; OĞUZMAN / ÖZ, s. 474 - 475; ÖZ, Dönme, s. 173; ÖZ, İnşaat, s. 150; REİSOĞLU, s. 370; ŞAHİN, s. 170; YAKUPPUR, s. 79; YENER, Temerrüt, s. 32.

³⁸⁰ AYAN, Serkan, s. 161; BUZ, Dönme, s. 101, 165 numaralı dipnotta sayılan yazarlar; EREN, Genel, s. 1094; KURT, s. 175; OĞUZMAN / ÖZ, s. 473 ve 475: Yazarlar, ihtarın dürüstlük kuralına göre yapılabilecek ilk anda hüküm doğuracağını savunmuştur.; ÖZ, Dönme, s. 174; ÖZ, İnşaat, s. 151; ŞAHİN, s. 169; YAKUPPUR, s. 77 – 78; YENER, Temerrüt, s. 32.

³⁸¹ AYAN, Serkan, s. 161, d.n. 276; KURT, s. 174; OĞUZMAN / ÖZ, s. 474; ÖZ, Dönme, s. 173; YENER, Temerrüt, s. 32.

³⁸² AYAN, Serkan, s. 161, d.n. 277; BÜYÜAKAY, s. 207; KILIÇOĞLU, Genel, s. 660; KURT, s. 173, d.n. 382; OĞUZMAN / ÖZ, s. 473; REİSOĞLU, s. 370; ŞAHİN, s. 171; YAKUPPUR, s. 78; YENER, Temerrüt, s. 32.

³⁸³ AYAN, Mehmet, s. 374 - 375; AYAN, Serkan, s. 162 vd.; BUZ, Dönme, s. 102 vd.; DİRİCAN, s. 43; EREN, Genel, s. 1095; ERMAN, İnşaat, s. 75; KILIÇOĞLU, Genel, s. 661; KURT, s. 176 vd.; NOMER, s. 277; OĞUZMAN / ÖZ, s. 476 vd.; ÖZ, Dönme, s. 174; ÖZ, İnşaat, s. 151; REİSOĞLU, s. 371; ŞAHİN, s. 172; YAKUPPUR, s. 80; YENER, Temerrüt, s. 33 vd.

³⁸⁴ AYAN, Mehmet, s. 374 - 375; AYAN, Serkan, s. 162 vd.; BUZ, Dönme, s. 102; DİRİCAN, s. 43 vd.; EREN, Genel, s. 1095 vd.; İNAL, Dönme ve Fesih, s. 357; KESKİN, Dilşat, Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y.2007, s. 212: Yazar, kesin vadeli işlemin söz konusu olabilmesi için ifanın mutlaka önceden belirlenmiş bir tarihte ya da süre içerisinde gerçekleştirilmesinin zorunlu kılınmasından bahisle kesin vadeli işlemler bakımından ifa zamanı ile edim arasında bir ilişki kurulduğunu belirtmektedir. Edimin kararlaştırılan vadeden daha önce ya da daha sonra ifası, tarafların söz konusu sözleşmeyi yapmakla güttükleri gayeyi tehlikeye düşürmesi anlamındadır. Bu sebeple yazar, kesin vadeli işlemi, “taraflarca borçlanılan edimin belirli bir vadede veya belirli bir süre içinde ifa edilmesinin ve sonraki ifanın kabul edilmeyeceğinin kesin olarak kararlaştırıldığı işlemler olarak tanımlamıştır.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 661 - 662; KURT, s. 176 vd.; NOMER, s. 277; OĞUZMAN / ÖZ, s. 476 - 477; ÖZ, Dönme, s. 174;

çekilmesinin bir istisnası olsa da, aslında uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Nitekim arsa sahibi ile yüklenici arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde edimin ifa edilerek eserin teslimi için genellikle belirli veya kesin bir vade belirlenmektedir. Belirli vade tabiri ile kastedilen; arsa sahibinin herhangi bir talepte bulunmasına gerek kalmaksızın yüklenicinin borcu ne zaman ifa etmek zorunda olduğuna ilişkin taraflar arasındaki sözleşmede bir hüküm bulunması veya vadeyi tayin etme hakkının taraflardan birine verilmiş olmasıdır. Böyle bir durumda ihtara gerek duyulmaksızın yüklenicinin temerrüde düşürülmesi mümkündür.³⁸⁵

Yüklenicinin temerrüde düşmesinin ardından arsa sahibinin aynen ifayı talep edebilme, gecikme tazminatı talep etme ve taraflar arasındaki sözleşmede mevcutsa cezai şart talep etme hakları mevcut olacaktır. Arsa sahibinin TBK'nun 125. maddesinde düzenlenen seçimlik haklara başvurabilmesi içinse, yükleniciye aynen ifayı gerçekleştirebilmesi bakımından dürüstlük kuralına ve somut olayın özelliklerine uygun düşecek şekilde yeterli bir süre vermesi gerekmektedir. Söz konusu sürenin arsa sahibince verilmemesi halinde, arsa sahibinin sadece aynen ifa, gecikme tazminatı ve sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde cezai şartı talep edebileceği kabul edilmelidir. Söz konusu ek sürenin temerrüde ilişkin ihtarla birlikte verilebilmesi mümkün olduğu gibi, hakime tayin ettirilmesi de mümkündür.³⁸⁶

Eserin büyük bir çoğunluğunun tamamlanmamış olması halinde, geri kalan kısım için yeterli bir süre verilmesi dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Dolayısıyla borcun muaccel olmasına rağmen inşaata hiç başlanmamış olması veya büyük bir bölümünün yapılmamış olması halinde arsa sahibinin ek süre vermesi gerektiğine kanaat getirmek doğru bir yorum olmayacaktır.

ÖZ, İnşaat, s. 151; REİSOĞLU, s. 371; SELİÇİ, Özer, Kesin Vadeli İşlemler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, Sa. 3, 1968, s. 105; ŞAHİN, s. 173 vd.; YAKUPPUR, s. 80; YENER, Temerrüt, s. 33.

³⁸⁵ AYAN, Mehmet, s. 374 - 375; AYAN, Serkan, s. 162; BUZ, Dönme, s. 102; DİRİCAN, s. 44; EREN, Genel, s. 1095; KILIÇOĞLU, Genel, s. 662; KURT, s. 176; NOMER, s. 277; NOMER, s. 277; OĞUZMAN / ÖZ, s. 476 - 477; ÖZ, Dönme, s. 174; ÖZ, İnşaat, s. 151; REİSOĞLU, s. 371; ŞAHİN, s. 173 vd.; YAKUPPUR, s. 80; YENER, Temerrüt, s. 33.

³⁸⁶ YENER, Temerrüt, s. 34; EREN, Genel, s. 1111; Süre verilmesine ilişkin irade açıklamasının ihtarla aynı nitelikte olduğuna ilişkin: KILIÇOĞLU, Genel, s. 666; Aynı yönde: ÖZ, Dönme, s. 174; Aynı Yönde: YAKUPPUR, s. 87; Ayrıca bkz: ÖZ, İnşaat, s. 159; REİSOĞLU, s. 383; Yazarın; “*ihtar ile birlikte bir ek süre vermeyen alacaklı, bu ek süreyi daha sonra istediği zaman tanıyabilir.*” Şeklindeki ifadesinden ek sürenin ihtarla birlikte de verilebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda ek süre verilmesine gerek olmaksızın arsa sahibinin temerrüde düşen yükleniciye karşı seçimlik haklara başvurabileceğini kabul etmek gerekir. Arsa sahibinin temerrüde düşen yükleniciye karşı başvurabileceği hukuki müesseseler ve sahip olduğu haklar, daha çok temerrüdün sonuçlarını ilgilendirdiğinden, ilgili bölümde detaylarıyla incelenecektir.

İhtara gerek duyulmaksızın yüklenicinin temerrüde düşürülebileceği bir diğer istisna ise kesin vadedir. Kesin vadenin bulunduğu kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde tarafların her ihtimalde edimin mutlaka belli bir zamanda veya belli bir süre içinde yerine getirileceğini ve aksi halde aynen ifanın kabul edilmeyeceği kararlaştırılmaktadır. Bu durumda da ihtara gerek kalmamakta, yüklenici temerrüde düşürülebilmekte ve belirli vadeden de farklı olarak ek süre verilmesine gerek olmaksızın muacceliyet tarihi itibarıyla arsa sahibi TBK'nun 125. maddesiyle düzenlenen seçimlik hakları kullanabilmektedir.³⁸⁷ Ayrıca ihtarın faydasız olacağına anlaşılması ve bu minvalde ihtarın gereksiz olduğu hallerde ihtara gerek duyulmaksızın borçlu yüklenicinin temerrüde düşmesi söz konusu olacaktır. Yüklenicinin açıkça edimini ifa etmeyeceğini bildirmiş olması veya halin niteliğinden yüklenicinin ifada bulunmayacağına açıkça anlaşılması gibi durumlarda, ihtara gerek duyulmaksızın yüklenicinin temerrüde düşürülebileceğini kabul etmek gerekmektedir.³⁸⁸

ee. Hukuka Aykırılık

Yüklenicinin edimini ifa etmemesinin objektif olarak borca aykırı bir davranış olarak nitelendirilmesi halinde temerrüde düşmüş olacağı, aksi halde temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmelidir. Kastedilen

³⁸⁷ BUZ, Dönme, s. 102; İNAL, Dönme ve Fesih, s. 357; KESKİN, s. 218 vd.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 661; KURT, s. 176 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 476; ÖZ, Dönme, s. 174; ÖZ, İnşaat, s. 151; REİSOĞLU, s. 371; SELİÇİ, s. 104; ŞAHİN, s. 173 vd.; YAKUPPUR, s. 80; YENER, Temerrüt, s. 34.

³⁸⁸ AYAN, Mehmet, s. 375; AYAN, Serkan, s. 167 - 168; BÜYÜKAKAY, s. 207; DİRİCAN, s. 45; EREN, Genel, s. 1097; ERMAN, İnşaat, s. 76; KILIÇOĞLU, Genel, s. 663; KURT, s. 181; NOMER, s. 279; OĞUZMAN / ÖZ, s. 478; ÖZ, Dönme, s. 174; ÖZ, İnşaat, s. 151; REİSOĞLU, s. 371; ŞAHİN, s. 177; YAKUPPUR, s. 81; YENER, Temerrüt, s. 33.

husus, yüklenicinin edimi ifada gecikmesini haklı kılan bir sebebin varlığı anlamındadır.³⁸⁹

Önceden değinilen borca ilişkin vadenin uzatımına yol açan sebeplerin bulunması halinde, yüklenicinin edimin ifasını gerçekleştirmemesi hukuka uygun olacak ve dolayısıyla yüklenici temerrüde düşürülemeyecektir.³⁹⁰

Ayrıca arsa sahibinin alacaklı olarak temerrüde düşmesi ile yüklenicinin bir def'i ileri sürerek ifadan kaçınması hallerinde yüklenicinin borcunu ifa etmemesi objektif olarak hukuka aykırı bir nitelik ihtiva etmeyecektir. Bahsedilen def'i; ödemezlik def'i, borç ödemedi acz def'i veya zamanaşımı def'i olabilecektir. Bu tip haklı bir def'inin varlığı ve bunun arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde, yüklenicinin edimin ifasını gerçekleştirmemesi hukuka uygun bir davranış olarak kabul edileceğinden, yüklenicinin temerrüde düşürülemeyeceği kabul edilmelidir.³⁹¹

Ödemezlik def'i bakımından kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde özellikli bir durum mevcuttur. Yüklenicinin ödemezlik def'inde bulunabilmesi için evvela eserin inşasını tamamlayıp, teslim hazır hale getirmesi gerekmektedir. Bunun üzerine arsa sahibinin edimini yerine getirmekten kaçınması halinde yüklenicinin de teslimden kaçınabileceği kabul edilmelidir. Ancak eser sözleşmelerine ilişkin TBK'nun 479/1 maddesi uyarınca arsa sahibinin ancak teslim üzerine karşılığı yerine getirmekle yükümlü tutulduğu göz önüne alındığında, yüklenicinin hiçbir şekilde ödemezlik def'inde bulunamayacağı yönünde bir anlam çıkmaktadır. Ancak arsa paylarının tamamının ya da belirli bir kısmının baştan yükleniciye devredileceğinin kararlaştırıldığı, ya da inşaatın geldiği duruma göre kademeli şekilde

³⁸⁹ AYAN, Serkan, s. 168: Yazar, borcun muaccel olması, ifanın imkansızlaşmamış olması ve alacaklının ihtarının bulunması koşullarının hali hazırda borçlunun temerrüdünün koşulları olduğunu, bunların bulunmaması halinde yüklenicinin edimini ifa etmemesinin objektif olarak borca aykırı bir davranış olup olmadığı noktasında önemi olmadığını savunmaktadır. Diğer bir deyişle, yüklenicinin edimini ifa etmemesinin objektif olarak borca aykırı bir davranış olup olmaması; alacaklının temerrüde düşüp düşmemesine ve yüklenicinin bir def'i hakkına sahip olup olmamasına bağlıdır. Bunun dışındaki muacceliyet, ifa imkansızlığı ve ihtar koşulları hukuka aykırılık şartının değil, temerrüdün koşullarıdır.; KURT, s. 141 - 142; ŞAHİN, s. 178.

³⁹⁰ Bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, a, aa başlığı; KURT, s. 142 – 144; BÜYÜKAY, s. 209 vd.; ŞAHİN, s. 179.

³⁹¹ AYAN, Serkan, s. 168; BÜYÜKAY, s. 218 vd.; DİRİCAN, s. 47; EREN, Genel, s. 1097 – 1098; KURT, s. 153 vd.; NOMER, s. 281; Alacaklının temerrüdü hali bakımından bkz: OĞUZMAN / ÖZ, s. 480; ÖZ, Dönme, s. 171 – 173; ÖZ, İnşaat, s. 149; ŞAHİN, s. 178; YENER, Temerrüt, s. 31 – 32.

devredileceğinin kararlaştırıldığı kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, söz konusu devirlerin sözleşmeyle kararlaştırılan zamana uygun olarak yapılmaması halinde yüklenicinin ödemezlik def'ini ileri sürerek eseri teslimden kaçınabilmesi mümkün olabilecektir.³⁹²

b. Sonuçları

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin üstlendiği sözleşme konusu eseri inşa etme ve arsa sahibine teslim etme borcu, önceden de değinildiği üzere eser sözleşmesinden alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yüklenicinin temerrüdü halinde başvurulabilecek bir düzenleme yer almadığından, yüklenicinin temerrüdü halinde TBK'nun borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerinin gündeme gelmesi söz konusu olacaktır.³⁹³

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'yla, 818 sayılı mülga kanun döneminde yer almayan bir hüküm düzenlenmiştir. İlgili hüküm kanunun 126. maddesinde düzenlenmiş olup, sürekli edimli sözleşmeler bakımından kural getirmektedir. Mülga kanun döneminde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin ve özellikle borçlunun temerrüdü halinde alacaklının seçimlik haklarının ani edimli sözleşmeler dikkate alınarak düzenlendiği ve ilgili hükümlerin sürekli edimli sözleşmelere uygulanmasının adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı ileri sürülmekteydi.³⁹⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle sürekli edimli sözleşmeler bakımından farklı bir hüküm getirilerek mülga kanun döneminde mevcut olan hükümlerin sürekli edimli sözleşmelere uygulanmasının doğru olmadığı bir anlamda kabul edilmiştir.³⁹⁵

³⁹² KURT, s. 154 – 155; ÖZ, Dönme, s. 171 – 172; ÖZ, İnşaat, s. 149; ŞAHİN, s. 178 – 179; YENER, Temerrüt, s. 31 – 32.

³⁹³ ERMAN, İnşaat, s. 85; ŞAHİN, s. 236; YENER, Temerrüt, s. 55.

³⁹⁴ BAYGIN, Cem, Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Sa. 3-4, 2010, s. 134; ERMAN, Karar, s. 515; NOMER, s. 282

³⁹⁵ Nitekim tasarıda 125. madde olarak yer alan, ancak 126. madde olarak yürürlüğe giren ilgili hükmün gerekçesi şu şekilde ifade edilmektedir:

TBMM Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6098ss.pdf>, Erişim Tarihi: 05.10.2014: “818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “d. Sürekli edimli sözleşmelerde”

Yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibi aynen ifa, gecikme tazminatı ve sözleşmede bulunması halinde cezai şartı talep edebilecektir. Bunun dışında aynen ifadan vazgeçen arsa sahibinin müspet zararının tazminini talep etmesi de mümkündür. Ayrıca, arsa sahibine tanınan bir diğer seçimlik hak ise sözleşmeden dönme suretiyle menfi zararın tazmininin talep edilebilmesidir. Sözleşmenin sürekli edimli olarak nitelendirilmesi halinde ise arsa sahibi yine aynen ifa, gecikme tazminatı ve cezai şartı talep edebilecek, bunların dışında aynen ifadan vazgeçmek suretiyle sözleşmeyi feshedip müspet zararını talep edebilecektir.³⁹⁶

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin eser yapma edimi, değinildiği üzere ani, sürekli veya bunların karmaşığı şeklinde nitelendirilebilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin ne şekilde nitelendirildiği; temerrüde düşen yüklenici karşısında arsa sahibinin haklarını şekillendirecektir. Öncelikle yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarından arsa sahibinin mütemerrit yüklenici karşısındaki hakları ele alınacak, sözleşmenin ne şekilde nitelendirilmesi gerektiği hususu ise çalışmanın konusunu oluşturan üçüncü kişilerin hukuki durumunu da yakından ilgilendirdiğinden ilgili bölümde ele alınacaktır.³⁹⁷

aa. Genel Olarak

aaa. Aynen İfa Yükümlülüğünün Varlığını Sürdürmesi

Konumuz bakımından aynen ifa yükümlülüğü, yüklenici tarafça eksik bırakılan işin tamamlanarak arsa sahibine teslim edilmesidir. Yüklenicinin temerrüde

kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 125 inci maddesinde, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklının seçimlik hakları düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ilâ 108 inci maddeleri ile Tasarının 124 üncü maddesinde, ani edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün hukukî sonuçlarının düzenlendiği göz önünde tutularak, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler için de, bu konuda ayrı bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür. Bu yeni düzenlemeyle, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklının, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği kabul edilmiştir. Maddede, alacaklıya seçimlik bir hak olarak, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteme hakkının tanındığı ve bu zararın olumlu (müspet) zarar niteliği taşıdığı göz önünde tutulursa, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hâlinde, onun sahip olduğu seçimlik hakların kapsamında, ani edimli sözleşmelere göre herhangi bir sınırlama söz konusu değildir.”

³⁹⁶ AYAN, Mehmet, s. 415; AYAN, Serkan, s. 171; DİRİCAN, s. 47; ERMAN, İnşaat, s. 85 – 86; NOMER, s. 282; OĞUZMAN / ÖZ, s. 521; ŞAHİN, s. 237; YENER, Temerrüt, s. 55.

³⁹⁷ İlgili bölüm için bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, cc başlığı.

düşmesinin, borç ilişkisinin varlığına ve devam etmesine bir etkisi yoktur. Diğer bir deyişle yüklenici temerrüde düşse dahi, taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borç ilişkisi devam etmektedir.³⁹⁸ Bu durumda arsa sahibinin; yüklenicinin devam eden inşaatı tamamlama ve eseri teslim etme borcu bakımından ifayı talep etmesi mümkündür.³⁹⁹

Mütemerrit yükleniciye karşı arsa sahibinin aynen ifayı talep edebilme hakkı, yüklenicinin kusurlu olup olmamasından bağımsız olarak her daim, herhangi bir süre tayin edilmeksizin arsa sahibince talep edilebilecektir. Yüklenicinin kusurlu ya da kusursuz olması, arsa sahibinin sözleşmeyle doğan alacağına etki etmemektedir.⁴⁰⁰

İnşaatın tamamlanmasının imkansızlaşması söz konusu olmadıktan sonra, arsa sahibinin sözleşmeyle yüklenicinin üstlendiği borcun aynen ifasını talep edebileceği kabul edilmektedir. Bir başka deyişle edimin ifasının mümkün olmaması, aynen ifanın talep edilebilmesine bir engelken; yüklenicinin kusursuz olması edimin aynen ifasının talep edilebilmesine engel değildir.⁴⁰¹

Arsa sahibinin mütemerrit yüklenici karşısında aynen ifayı doğrudan dava açarak talep edebilmesi mümkündür. Arsa sahibi, mahkeme kararının ilamlı icraya konu edilmesiyle aynen ifanın sağlanmasını talep edebilecektir.⁴⁰²

³⁹⁸ AYAN, Serkan, s. 172; EREN, Genel, s. 1099; OĞUZMAN / ÖZ, s. 496: İfanın alacaklı tarafça talep edilebilmesi temerrüdün bir sonucu değil, muaccel alacağın normal hükmüdür. Bu bağlamda ifanın talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekmez. Nitekim bu sebepten ötürü aynen ifa talebi, çalışmamızda “aynen ifa yükümlülüğünün varlığını sürdürmesi” başlığıyla ele alınmıştır.

³⁹⁹ ÖZ, İnşaat, s. 152: Aynen ifanın zorla sağlanması verme borçları bakımından söz konusu olabilecekken, inşaat gibi yapma borçları bakımından, inşaatı tamamlamamış yüklenicinin zorla tamamlaması mümkün değildir. Bu sebeple arsa sahibinin aynen ifa talebinin yükleniciyi uarmaktan başka bir anlam taşımayacağı kabul edilebilmelidir.

⁴⁰⁰ AYAN, Serkan, s. 172; EREN, Genel, s. 1099; KURT, s. 184 ve 197; ŞAHİN, s. 239; YAKUPPUR, s. 97; YENER, Temerrüt, s. 55.

⁴⁰¹ AYAN, Serkan, s. 172; KURT, s. 189 vd. ve 197; YAKUPPUR, s. 97; YENER, Temerrüt, s. 55 – 58;

⁴⁰² AYAN, Mehmet, s. 389 vd.; AYAN, Serkan, s. 172 - 173; EREN, Genel, s. 1102; KILIÇOĞLU, Genel, s. 670; KURT, s. 197; NÖMER, s. 283; OĞUZMAN / ÖZ, s. 497: Gecikme tazminatı talebi ifa davasıyla birlikte öne sürülebileceği gibi, ayrı bir dava ile de öne sürülebilir; Aynı yönde: ÖZ, İnşaat, s. 154; ŞAHİN, s. 239; YENER, Temerrüt, s. 56

TBK'nun 113. maddesi hükmü uyarınca yüklenici tarafından ifa edilmeyen borcun arsa sahibince şahsen ifa edilmesinin ya da bir başka kişiye ifa ettirilmesinin hakimden talep edilebilmesi mümkündür. Bu durumda masrafı yükleniciye ait olacak biçimde borcun tamamlanması söz konusu olacaktır. Arsa sahibinin bu durumda; edimin zamanında ve yüklenici tarafından yerine getirilmemesine ilişkin uğradığı zararları yükleniciden talep edebileceği kabul edilmelidir. Edimin masrafları yükleniciye ait olmak üzere arsa sahibince ya da bir başka kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde, aynen ifanın gerçekleştiği ve bu nedenle yüklenicinin karşı edim olan arsa paylarının devrini talep edebileceği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle; arsa sahibinin aynen ifa talebi gerçekleşmiş ve bunun karşılığında kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinden doğan arsa paylarının yükleniciye devredilmesi borcu muaccel hale gelmiştir.⁴⁰³ Arsa sahibinin yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa paylarını satarak, elde edilen parayla inşaatın tamamlanmasını talep edebileceği de Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.⁴⁰⁴

Borcun arsa sahibince ya da bir başka üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilmesi için borcun yüklenicinin şahsen ifa etmesi gereken bir borç

⁴⁰³ AYAN, Serkan, s. 174 vd.; BÜYÜKAY, s. 229: Arsa sahibinin inşaatın tamamlanmasını hakimden izin almaksızın üstlenmesi halinde, yüklenicinin kusur durumu fark etmeksizin henüz yapılmayan harcamaları yükleniciden talep edemeyecektir. Böyle bir halde, arsa sahibinin fiilen yaptığı harcamaların da eserin daha ucuz bir yolla tamamlanmasına imkan olmadığı ispat edildiği hallerde yükleniciden talep edilebileceği kabul edilmelidir.; ERMAN, İnşaat, s. 98 – 99; KILIÇOĞLU, Genel, s. 671; KURT, s. 196; NOMER, s. 283 – 284; ÖZ, İnşaat, s. 153; ŞAHİN, s. 242 ve 249; YENER, Temerrüt, s. 57 – 58

⁴⁰⁴ Y15HD, E. 2004/2905, K. 2005/172, T. 24.01.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.02.2015: “(...)Davacı yüklenici tarafından tescil davasına konu edilen, dava konusu inşaatın zemin katında bulunan 15 nolu bağımsız bölüm dükkanın yanlar arasındaki sözleşme gereği, davacı yükleniciye ait olduğu ihtilafsızdır. Davalı arsa sahibi davaya cevabında davacı yüklenici sözleşme gereği taahhüdünü yerine getirmediğinden, inşaatla birçok eksik iş bırakıp, gecikmeye de neden olduğundan, eksiklerin ikmal ve zararlarına karşılık teminat olarak bırakılan 15 nolu dükkanı, kendisinin sattığını kabul etmiştir. Yanlar arasında daha sonra düzenlenen 12.5.1999 tarihli protokole göre, protokolde eksik olduğu bildirilen 5 kalem işin ikmal halinde yükleniciye ait dükkan veya 6 nolu dairenin tapusu verilecek, binada yapılacak işler 1 ay içinde ikmal edilerek iskan ruhsatı da yine 1 aylık süre içinde alınacaktır. Yüklenici tarafından, binaya iskan ruhsatının alınmadığı sabit olup, eksik işlerin varlığı ve teslimde gecikme de ihtilafsız olduğundan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle davalı arsa sahibi teminat olarak tutulan 15 nolu bağımsız bölümü 3.kişiye devrederek, eksik işler bedeli iskan alım masrafları ve zararlarını karşılamakta, diğer bir deyişle nama ifa yoluna başvurmakta haklıdır. Bu itibarla 17.2.2003 tarihli bilirkişi ek raporunda, dava konusu 15 nolu depolu dükkanın dava tarihi itibarıyla belirlenen değeri 20 milyar TL.den raporda belirlenen eksik işler bedeli ile gecikme tazminatı tutarı 9.310.000.000 TL'ye iskan alım masrafları da eklenerek bulunacak tutarın mahsubu suretiyle kalan miktarın, hüküm altına alınması gerekirken davacının çoğa ilişkin talebinin içinde aza ilişkin talebin varlığı gözetilmeyerek davacının bedele yönelik talebinin olmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde davanın tamamen reddi yolunda hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir. (...)”

olmaması gerekmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan eserin yapımının özel uzmanlık ve bilgi gerektirmesi halinde; TBK'nun 113. maddesinin uygulanması arsa sahibinin sözleşmeyle güttüğü amaca aykırı sonuçlar doğuracaksa, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi gerekecektir. Ancak söz konusu eserin özel uzmanlık ve bilgi gerektirmesi hali, uygulamada çok sık rastlanılan bir durum değildir.⁴⁰⁵

bbb. Gecikmeden Doğan Zarardan Sorumluluk

Taraflarca kararlaştırılan zamanda yapının teslim edilememesi, arsa sahibinin bir takım zararlarla karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Söz konusu zararların vuku bulması bakımından yüklenici kusurlu ise, zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu noktada aynen ifa ve gecikme tazminatı birbirinden ayrılmaktadır. Aynen ifa talebi bakımından kusur şartı aranmazken, gecikme tazminatı bakımından yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir. Yüklenicinin gecikme tazminatından kurtulabilmesi için kusuru bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir.⁴⁰⁶ Gecikme tazminatının kusur dışındaki bir diğer unsuru ise zarardır. Gecikmenin arsa sahibinin malvarlığında bir zarara yol açmış olması ve zarar ile gecikme arasındaki illiyet bağı gecikme tazminatının istenebilmesi bakımından şarttır.⁴⁰⁷ Kusur bakımından ispat yükü yükleniciye aitken, zarar bakımından ispat yükü arsa sahibine aittir.⁴⁰⁸

Arsa sahibinin gecikme nedeniyle uğrayabileceği zararların; fiili zararlar ile yoksun kalınan kazanç şeklinde sınıflandırılabilmesi mümkündür. Fiili zararlarla kastedilen, eserin teslim edilmesindeki gecikme nedeniyle arsa sahibinin kira ödemesi, faiz ödemeleri veya üçüncü kişilere olan yükümlülüklerini yerine getirememesinden kaynaklanan zararlardır. Arsa sahibinin gecikme halinde yoksun

⁴⁰⁵ KURT, s. 198 vd.; ŞAHİN, s. 244; YENER, Temerrüt, s. 57.

⁴⁰⁶ AYAN, Mehmet, s. 376; AYAN, Serkan, s. 184 - 185; BUZ, Dönme, s. 104 – 105; BÜYÜKAY, s. 230; DİRİCAN, s. 49; EREN, Genel, s. 1102; KILIÇOĞLU, Genel, s. 672; KURT, s. 209 – 210; NOMER, s. 285; OĞUZMAN / ÖZ, s. 498 - 499; ÖZ, İnşaat, s. 154; ŞAHİN, s. 254; YAKUPPUR, s. 101; YENER, Temerrüt, s. 55

⁴⁰⁷ AYAN, Serkan, s. 185; BÜYÜKAY, s. 230; EREN, Genel, s. 1102; KILIÇOĞLU, Genel, s. 672; KURT, s. 209 – 210; ÖZ, İnşaat, s. 155; ŞAHİN, s. 253; YAKUPPUR, s. 99; YENER, Temerrüt, s. 60

⁴⁰⁸ AYAN, Serkan, s. 185; EREN, Genel, s. 1104; KILIÇOĞLU, Genel, s. 672; KURT, s. 210

kaldığı kazançlar ise kira geliri kaybı veya eserin değerinin gecikme olmasaydı daha yüksek olacak olması gibi zararlardır.⁴⁰⁹

Söz konusu zarar, müspet zarar niteliğini haizdir. Nitekim arsa sahibinin gecikmeden doğan yoksun kalınan zararının; malvarlığının eserin teslim edilmiş halindeki durumu ile geç teslim edilmesiyle ortaya çıkan durumu arasındaki fark olduğu söylenebilmektedir.⁴¹⁰

Arsa sahibinin talep edebileceği gecikme tazminatı; temerrüdün doğumu ile ortadan kalkması arasında geçen süreye ilişkindir.⁴¹¹ Temerrüdün ortadan kalkmasını; ifanın gerçekleşmesi, ifanın objektif olarak imkansızlaşması, arsa sahibinin temerrüde düşmesi, tarafların anlaşarak temerrüde son vermeleri, yüklenicinin ödemezlik def'ine dayanması gibi durumlar oluşturmaktadır.

Tarafların aralarında anlaşarak gecikme tazminatı bakımından götürü bedel, azami ve asgari sınırlar belirlemeleri mümkündür. Gecikme tazminatı bakımından götürü bedel belirlenmesi, aylık belli bir miktar paranın kararlaştırılması şeklinde vuku bulmaktadır.

Değindiği üzere; aynen ifa, gecikme tazminatı ve cezai şart, seçimlik haklar kullanılmadan talep edilebilecek hususlardır. Aynen ifadan vazgeçilerek seçimlik haklardan birinin tercih edilmesi durumunda ise, arsa sahibi gecikme tazminatını da talep edemeyecektir.

ccc. Cezai Şarttan Doğan Sorumluluk

Tarafların bir sözleşme hükmü ile cezai şart belirleyebilmeleri ve yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde söz konusu bu cezai şarttan sorumlu olacağını düzenleyebilmeleri mümkün ve uygulamada oldukça sık görülmektedir.

⁴⁰⁹ AYAN, Serkan, s. 187 - 188; DİRİCAN, s. 48 – 49, d.n. 149 ve 150; KILIÇOĞLU, Genel, s. 672; KURT, s. 210 – 211; OĞUZMAN / ÖZ, s. 497 – 498; ÖZ, İnşaat, s. 155; ŞAHİN, s. 255 – 258; YAKUPPUR, s. 100; YENER, Temerrüt, s. 60

⁴¹⁰ BUZ, Dönme, s. 104; DİRİCAN, s. 48; EREN, Genel, s. 1103; KURT, s. 210; NOMER, s. 285; OĞUZMAN / ÖZ, s. 497; ŞAHİN, s. 254 - 255; YAKUPPUR, s. 100; YENER, Temerrüt, s. 59

⁴¹¹ AYAN, Serkan, s. 188 - 189; BECKER, (I), s. 327; Dönme hakkı kullanılmasa da gecikme tazminatının istenebilir olduğunu ifade etmektedir.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 672; KURT, s. 213; ÖZ, Dönme, s. 160; ŞAHİN, s. 252: “*Gecikme tazminatı sadece aynen ifanın istenebileceği sürece istenebilir.*”; Aynı yönde: OĞUZMAN / ÖZ, s. 499.

Sözleşme cezası olarak da bilinen cezai şartın sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde yüklenici tarafça arsa sahibine ödeneceği sözleşme hükmüyle taahhüt edilmektedir.⁴¹² Borcun ifa edilmemesinden kasıt, hiç ifa edilmemesi, eksik ifa edilmesi, zamanında veya gereken yerde ifa edilmemesidir.

Yüklenicinin edimini hiç ifa etmemesi ya da eksik ifa etmesi halinde arsa sahibi zararını ispatlaması gerekmeksizin, aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmeyle belirlenen cezanın kendisine ödenmesi ya da ifanın gerçekleştirilmesi alternatiflerinden birini seçebilecektir. İfanın zamanında veya gereken yerde ifa edilmemesi halinde ise arsa sahibi, ifanın gerçekleştirilmesini ve cezanın ödenmesini aynı anda isteyebilecektir.⁴¹³ Gecikme cezası olarak da bilinen bu cezai şart türünde, gecikilen süre karşılığı olarak belirlenen miktarda paranın kusurlu olmadığını ispat edemeyen yüklenici tarafça arsa sahibine ödenmesi söz konusudur.⁴¹⁴

Gecikme cezası bakımından arsa sahibinin zararını ispat etmesine gerek olmasa da,⁴¹⁵ sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı takdirde yüklenici tarafın

⁴¹² AYAN, Serkan, s. 193; CANSEL / ÖZEL, s. 724; DİRİCAN, s. 63; KURT, s. 210; ÖZ, İnşaat, s. 156; Örneğin, “İnşaatın vadeden itibaren geciktiği her ay için 10.000 TL ceza ödenecektir.” şeklindeki kayıtlar cezai şartla ilişkin sözleşme hükümleridir.; YAKUPPUR, s. 102; YENER, Temerrüt, s. 61; İncelediğimiz cezai şart türü, ifaya eklenen cezai şart türüdür. Diğer cezai şart türleri olan ifa yerine geçen cezai şart ve dönme cezası şeklinde düzenlenen cezai şart türlerinin de sözleşmeyle kararlaştırılması mümkündür. Temerrüt üzerine aynen ifanın talep edilmesi halinde, cezai şartın da talep edilebilmesi, cezai şart düzenlemesinin ifaya eklenen cezai şart olarak yapılmasına bağlıdır. TBK’nun 179/I maddesiyle düzenlenen ifa yerine geçen cezai şart ise, alacaklının kural olarak ya edimi ya cezayı talep edebileceği bir cezai şart türüdür. Sözleşmede ifa yerine geçen cezai şartın düzenlenmiş olması halinde, alacaklının cezayı talep edebilmesi için aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmin edilmesini talep etmesi gerekmektedir: AYAN, Serkan, s. 195, d.n. 114; CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sa. 8, 2013, s. 722 vd.; DİRİCAN, s. 28-29; Dönme cezası olarak isimlendirilen cezai şart türü ise sözleşmeden haklı sebep olmaksızın dönen tarafın diğerine belirlenen bir bedeli ödemeyi üstlenmiş olması anlamındadır: AYAN, Serkan, s. 195, d.n. 114; CANSEL / ÖZEL, s. 725-726; DİRİCAN, s. 31.

⁴¹³ CANSEL / ÖZEL, s. 724-725; DİRİCAN, s. 64; KURT, s. 225; ÖZ, İnşaat, s. 156; YAKUPPUR, s. 105; YENER, Temerrüt, s. 61.

⁴¹⁴ AYAN, Serkan, s. 199; DİRİCAN, s. 99 vd.; ERMAN, İnşaat, s. 89; KURT, s. 224; ÖZ, İnşaat, s. 156; ŞAHİN, s. 322; YAKUPPUR, s. 105; YENER, Temerrüt, s. 61; Karş.: BÜYÜKAY, s. 230: “Kanaatimize göre de cezai şartın talep edilebilmesi, borçlunun kusuruna bağlı değildir.”

⁴¹⁵ Cezai şartın talep edilebilmesi, zarardan bağımsızdır: AYAN, Serkan, s. 199; BÜYÜKAY, s. 230; CANSEL / ÖZEL, s. 727; DİRİCAN, s. 71; ERMAN, İnşaat, s. 87; KURT, s. 224; ŞAHİN, s. 322; YAKUPPUR, s. 108; YENER, Temerrüt, s. 61.

gecikmenin bir imkansızlık sebebiyle gerçekleştiğini kanıtlaması suretiyle ceza ödemekten kurtulması mümkündür.⁴¹⁶

Cezai şart hükmü ile belirlenecek ceza tutarının taraflarca serbestçe kararlaştırılması mümkün olsa da, açıkça adalete aykırı bulunan miktarların hakim tarafından makul bir düzeye indirilmesi söz konusu olacaktır. Ancak yüklenicinin tacir olması halinde kural olarak cezai şartın makul bir miktara indirilmesini isteyemeyeceği kabul edilmektedir. Buna rağmen Yüksek Mahkeme içtihatlarında yüklenicinin mahvına neden olacak nitelikte yüksek, dürüstlük kuralına aykırı ve aşırı olan cezai şart düzenlemelerinin geçerli olmayacağına hükmetmektedir.⁴¹⁷

Gecikme cezası olarak belirlenen cezai şartın ihtara gerek olmaksızın teslim gününün geçmesiyle işlemeye başlayacağı söylenebilmektedir. Ancak tarafların sözleşmeyle farklı bir düzenleme getirmesi de mümkündür. Gecikme cezası olarak belirlenen cezai şart bakımından bir üst sınırın belirlenmemesi halinde, arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanmasını geciktirmesi cezai şart miktarının yükselmesine sebep olacaktır. Yükselen söz konusu bu cezai şartın yüklenicinin tacir olduğu durumlarda makul bir miktara indirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak arsa sahibinin bilinçli olarak cezai şart miktarını yükseltmek için diğer haklarını kullanmaması ve aynen ifade ısrar etmesi hali, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek niteliğe ulaşırsa, cezai şart miktarının TMK'nun 2. maddesi uyarınca indirilmesi gerekecektir.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Kusurlu olmadığını ispat edemeyen yüklenicinin cezai şartla sorumlu olacağına ilişkin bkz: ÖZ, İnşaat, s. 156; Aynı yönde: KURT, s. 223 – 224; BÜYÜKAY, s. 231; CANSEL / ÖZEL, s. 729; YAKUPPUR, s. 103; YENER, Temerrüt, s. 61.

⁴¹⁷ BÜYÜKAY, s. 231; CANSEL / ÖZEL, s. 731-733; DİRİCAN, s. 185 vd.; KURT, s. 216; ÖZ, İnşaat, s. 156 – 157; YAKUPPUR, s. 106; YENER, Temerrüt, s. 62; Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararındaki ifadeler şu şekildedir: Y23HD, E. 2013/8243, K. 2014/1011, T. 13.02.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 26.04.2015: “(...) 6098 Sayılı T.B.K.nın 161. maddesine göre, hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, hüküm yerinde hesaplanan cezai şartın ne surette fahiş olduğu açıklanmadığı gibi, 6102 Sayılı T.T.K.nın 22. maddesi uyarınca tacir olan davalının cezai şartın tenkisini istemesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden, cezai şarttan indirim yapılması yoluna gidilmesi de hatalı olmuştur. (...)”

⁴¹⁸ Yargıtay 1991 yılına kadar aynı görüşteyken, 09.10.1991 tarih, 1991/15-340 Esas ve 1991/476 Karar numaralı Hukuk Genel Kurulu kararıyla bu görüşünden dönmüştür. Buna göre Yargıtay, uzun süre aynen ifayı bekleyen arsa sahibinin beklediği döneme ilişkin cezai şart bedelini talep etmesinde hukuka aykırılık görmemektedir. Aynı görüşte: DİRİCAN, s. 97 – 99; Ayrıca bkz: BÜYÜKAY, s. 231; CANSEL / ÖZEL, s. 731-733; ERMAN, İnşaat, s. 90 – 94; KURT, s. 233 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 157 – 158; ŞAHİN, s. 336 vd.; YAKUPPUR, s. 106 – 107; YENER, Temerrüt, s. 63 vd.

Sözleşmenin geçersizliği cezai şartta ilişkin hükmün de geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır.⁴¹⁹

Arsa sahibinin seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça gecikme cezası şeklinde kararlaştırılan cezai şart bedelini talep edemeyeceği kabul edilmelidir.⁴²⁰ Sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedilmesi halindeyse sözleşme ayakta kaldığı için fesih anına kadar gerçekleşen cezai şartın da talep edilebileceği söylenebilmektedir.⁴²¹

Arsa sahibinin cezai şart isteme hakkını saklı tutmadan eseri teslim alması halinde, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça cezai şartı talep etme hakkını kaybetmesi sonucu doğacaktır.⁴²²

Arsa sahibinin zararının sözleşmedeki cezai şart hükmüyle belirlenen tutardan az olması, ceza bedelinin tam olarak talep edilebilmesine bir engel değildir. Diğer bir deyişle, cezai şart hükmüyle belirlenen ceza bedeli, arsa sahibinin zararından bağımsız bir biçimde tam olarak talep edilebilecektir. Arsa sahibinin sözleşmedeki cezai şart hükmüyle belirlenen ceza bedelinden daha fazla zararının bulunması durumunda, yüklenicinin gecikmede kusurlu olduğunun arsa sahibince ispatlanması halinde arsa sahibinin tüm zararını talep edebileceği kabul edilmelidir.⁴²³

⁴¹⁹ Yargıtay, taşınmaz satışına ilişkin şekil şartına uyulmadan yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde mevcut olan şahsi hakları düzenleyen şartlar ile cezai şart hükümlerinin taraflar arasında geçerli olacağı yönünde kararlar vermektedir. ; KURT, s. 215; YAKUPPUR, s. 103; YENER, Temerrüt, s. 62.

⁴²⁰ AYAN, Serkan, s. 193; BÜYÜKAY, s. 232; DİRİCAN, s. 78 vd. ve 83: Öğretide seçimlik haklardan müspet zararın giderilmesini isteme hakkının kullanılması halinde cezai şartın da talep edilebileceği öne sürülürken, Yargıtay aksi fikirdedir. Yazar da Yargıtay'ın görüşüne katılmaktadır.; KURT, s. 226; ÖZ, İnşaat, s. 156; ŞAHİN, s. 321; YENER, Temerrüt, s. 65

⁴²¹ AYAN, Serkan, s. 193, d.n. 10; BÜYÜKAY, s. 232; KURT, s. 226; ŞAHİN, s. 321; YENER, Temerrüt, s. 66 - 67

⁴²² AYAN, Serkan, s. 195; CANSEL / ÖZEL, s. 730-731; DİRİCAN, s. 73 vd.; ERMAN, İnşaat, s. 94 – 59; KURT, s. 221; ŞAHİN, s. 330 vd.; YAKUPPUR, s 105; YENER, Temerrüt, s. 67.

⁴²³ AYAN, Serkan, s. 199; BÜYÜKAY, s. 230; DİRİCAN, s. 123 vd.; ERMAN, İnşaat, s. 97 – 97; KURT, s. 224 - 225; ŞAHİN, s. 350 vd.; YAKUPPUR, s. 108; YENER, Temerrüt, s. 68 – 69.

bb. Arsa Sahibinin Temerrütten Doğan Seçimlik Hakları

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebilecektir. Arsa sahibine tanınan ilk seçim hakkı; aynen ifa ve gecikme tazminatının talep edilebilmesi ile aynen ifadan vazgeçilebilmesi bakımındandır. Aynen ifadan vazgeçilmesi ve seçimlik hakların kullanılabilmesi bakımından gereken koşulların sağlanmış olması halinde ise, arsa sahibi müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönmeği tercih edebilecektir.⁴²⁴

aaa. Seçimlik Hakların Kullanılabilmesinin Koşulları

Arsa sahibinin TBK'nun 125. maddesiyle tanınan seçimlik hakları kullanabilmesi bir takım koşullara bağlanmıştır. Buna göre; arsa sahibi ek süre verilmesini gerektirmeyen bir durum olmadığı sürece ve aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece yükleniciye aynen ifayı gerçekleştirebilmesi için ek süre vermeli ve ek sürenin sona ermesiyle kullanmak istediği seçimlik hakkını derhal tercih etmelidir.⁴²⁵

Yükleniciye inşaatı tamamlayarak teslim etmesi bakımından arsa sahibince veya hakim tarafından verilecek olan ek sürenin uygun bir süre olması gerekmektedir. Bu noktada uygun sürenin, edimin gerçekleştirilebileceği bir süre olması gerekmektedir.⁴²⁶ Bu bağlamda doktrinde ek sürenin inşaatın kalan kısmının normalin üzerinde bir tempoyla çalışmak suretiyle inşaatın tamamlanabileceği makul bir süre olduğu ileri sürülmüştür.⁴²⁷

⁴²⁴ AYAN, Serkan, s. 210; BECKER, (I), s. 327; BÜYÜKAY, s. 232 – 233; DİRİCAN, s. 53; KURT, s. 238; NOMER, s. 299; OĞUZMAN / ÖZ, s. 516; ÖZ, İnşaat, s. 159; ŞAHİN, s. 216 - 217

⁴²⁵ BECKER, (I), s. 327;

⁴²⁶ AYAN, Serkan, s. 217; BUZ, Dönme, s. 107; BÜYÜKAY, s. 233; DİRİCAN, s. 54; EREN, Genel, s. 1111; KILIÇOĞLU, Genel, s. 666 – 667; KURT, s. 241; OĞUZMAN / ÖZ, s. 519; ÖZ, Dönme, s. 175; ÖZ, İnşaat, s. 160; ŞAHİN, s. 218 – 219; YAKUPPUR, s. 85.

⁴²⁷ AYAN, Serkan, s. 217

Yükleniciye ek süre verilmesini gerektirmeyen bir takım hallerin mevcut olması halinde arsa sahibinin ek süre vermeksizin TBK'nun 125. maddesiyle düzenlenen seçimlik hakları kullanabilmesi mümkündür.⁴²⁸

Yüklenicinin hal ve durumundan ek süre verilmesinin yararsız olacağına anlaşılması bu hallerden bir tanesidir. Buna göre verilecek olan ek süre içinde inşaatın tamamlanamayacağı açıkça anlaşılıyorsa, ek süre verilmesi gerekmeyecektir. Bu bakımdan yüklenicinin borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi durumu, verilecek süre içinde inşaatın tamamlanmayacağını gösterecektir. Böyle bir durumda arsa sahibi ek süre vermeksizin seçimlik haklarını kullanabilecektir. Aynı şekilde yüklenicinin herhangi bir bildirimde bulunmaksızın inşaat alanını terk etmesi halinde de yüklenicinin iradesinin inşaatı tamamlamama yönünde olduğu kabul edilmelidir.⁴²⁹

Kesin vadenin kararlaştırıldığı hallerde de arsa sahibinin ek süre vermeksizin seçimlik haklarını kullanabilir.⁴³⁰

Somut olayın özellikleri; ek süre verilmesine gerek olmadığı yönünde bir sonuç doğurabilecektir. Bu bağlamda ek süre verilmesinin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması halinde ek süreye gerek olmaksızın arsa sahibinin seçimlik haklardan birini kullanabileceği kabul edilmelidir.⁴³¹

⁴²⁸ AYAN, Mehmet, s. 383; AYAN, Serkan, s. 219; BUZ, Dönme, s. 107 – 108; BÜYÜKAY, s. 233; DİRİCAN, s. 54 vd.; EREN, Genel, s. 1113 vd.; ERMAN, İnşaat, s. 101; KILIÇOĞLU, Genel, s. 668; KURT, s. 243; NOMER, s. 301; OĞUZMAN / ÖZ, s. 540; ÖZ, Dönme, s. 176; ÖZ, İnşaat, s. 161; ŞAHİN, s. 221; YAKUPPUR, s. 87.

⁴²⁹ AYAN, Mehmet, s. 383; AYAN, Serkan, s. 219 – 220; BUZ, Dönme, s. 108; BÜYÜKAY, s. 233; DİRİCAN, s. 54; EREN, Genel, s. 1113; KILIÇOĞLU, Genel, s. 669; KURT, s. 243 – 244; NOMER, s. 301; OĞUZMAN / ÖZ, s. 541; ÖZ, Dönme, s. 176; ÖZ, İnşaat, s. 161; ŞAHİN, s. 222 – 223; YAKUPPUR, s. 88 – 89.

⁴³⁰ AYAN, Mehmet, s. 383; AYAN, Serkan, s. 221 – 223; BUZ, Dönme, s. 108; DİRİCAN, s. 55; EREN, Genel, s. 1114; KESKİN, s. 218; KILIÇOĞLU, Genel, s. 669 - 670; KURT, s. 246 – 247; NOMER, s. 301; OĞUZMAN / ÖZ, s. 542 - 543; ÖZ, Dönme, s. 177; ÖZ, İnşaat, s. 162; SELİÇİ, s. 104-105; ŞAHİN, s. 226 vd.; YAKUPPUR, s. 91 – 92.

⁴³¹ İnşaatı hiç başlanmamış olması ya da büyük bir bölümünün yapılmamış olması hallerinde yükleniciye inşaatı bitirebilmesine uygun bir ek süre verilmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Bu tip hallerde arsa sahibine ek süre vermeksizin seçimlik hakları kullanabileceği yönünde yapılacak olan bir yorum, hakkaniyete daha uygun sonuçlar doğuracaktır.; AYAN, Mehmet, s. 383; AYAN, Serkan, s. 221; BUZ, Dönme, s. 108; BÜYÜKAY, s. 233; DİRİCAN, s. 55; EREN, Genel, s. 1113; KILIÇOĞLU, Genel, s. 669; KURT, s. 244 – 245; NOMER, s. 301; OĞUZMAN / ÖZ, s. 541 – 542; ÖZ, Dönme, s. 177; ÖZ, İnşaat, s. 161 - 162; ŞAHİN, s. 223 vd.

Ek sürenin dolması üzerine arsa sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek gecikmeksizin seçimlik haklardan birini tercih etmesi gerekmektedir. Bu noktada seçimlik hakların kullanılmasına getirilen gecikmeksizin tercihte bulunma koşulunun, gecikmeksizin boyutu; dürüstlük kuralına uygun bir incelemeye tabii tutulmalıdır.

bbb. Aynen İfadan Vazgeçilerek Müspet Zararın Tazmini

aaaa. Kavram ve Nitelik

Aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi halinde sözleşme ortadan kalkmayacak, arsa sahibinin ifayı talep etme hakkının yerini müspet zarara ilişkin tazmini talep etme hakkı alacaktır.⁴³² Söz konusu hakkın⁴³³ gündeme gelebilmesi için açıklandığı üzere; ek süre verilmesini gerektirmeyen haller bulunmaktaysa derhal, böyle bir hal bulunmamaktaysa verilecek uygun ek sürenin sona ermesiyle gecikmeksizin aynen ifadan vazgeçilmesi ve müspet zararın tazmininin talep edilmesi gerekecektir.⁴³⁴

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin edimleri bakımından ani-sürekli karmaşığı bir nitelik taşıması sebebiyle sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun olarak somut olayın özelliklerine göre ani ya da sürekli edimli olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

⁴³² AYAN, Serkan, s. 229; BUZ, Dönme, s. 109; DİRİCAN, s. 59; EREN, Genel, s. 1117; ERMAN, İnşaat, s. 101; KILIÇOĞLU, Genel, s. 704 – 705; KURT, s. 257; ÖZ, Dönme, s. 181 vd.: ÖZ, İnşaat, s. 164; Uygulamada müspet zararın tazmininin istendiği şeklinde bir ifade kullanılmayıp, genelde “sözleşmenin feshedilerek tüm zararın tazmininin istendiği” ifade edilmektedir. Yazar, arsa sahibinin asıl iradesinin neye yönelik olduğunu araştırılması neticesinde dönme ya da müspet zararın tazmini seçimlik haklarından hangisinin seçildiğine karar verilebileceğini belirtmektedir. Yazar, arsa sahibinin beyanında fesih ya da dönme ifadesi bulunmasına rağmen; menfi zararın değil müspet zararın talep edilmesi halinde sözleşmeden dönme seçimlik hakkının tercih edilmeyip, müspet zararın giderilmesi seçimlik hakkının tercih edildiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.; REİSOĞLU, s. 387; ŞAHİN, s. 266; YAKUPPUR, s. 109; YENER, Temerrüt, s. 69

⁴³³ Aynen ifadan vazgeçilerek seçimlik hakkın kullanılması, yenilik doğuran bir hak olup; tek taraflı, yükleniciye ulaşması gereken ve şekle tabi olmayan bir irade beyanıyla kullanılabilir: KURT, s. 247; Aynı yönde: EREN, Genel, s. 1116 – 1117; AYAN, Serkan, s. 229; Aynen ifadan vazgeçilmesi kural olarak sadece yerine getirilmemiş olan tüm edimleri kapsayacaktır: DİRİCAN, s. 58

⁴³⁴ BÜYÜKAY, s. 232 – 233; DİRİCAN, s. 51; ERMAN, İnşaat, s. 100; KURT, s. 249 – 253; ŞAHİN, s. 230 vd.; ÖZ, Dönme, s. 178: “*Derhal bildirmeden kasıt koşulların uygun olduğu en kısa zamanda ifadan vazgeçtiğini bildirmektir. Geç bildirimde bulunmuş olan iş sahibinin, eğer artık ifayı istemiyorsa, yapabileceği tek şey yeniden ek süre vermek ve bunun da dolmasını bekledikten sonra ifadan vazgeçme bildiriminde bulunmaktır.*”; ÖZ, İnşaat, s. 163; YAKUPPUR, s. 109; YENER, Temerrüt, s. 69

Sözleşmenin sürekli edimli olarak nitelendirilmesi halinde 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda yer almayan ancak 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan 126. madde uygulama alanı bulacaktır. İlgili madde uyarınca sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebilmesinin yanı sıra sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilecektir.⁴³⁵ Sürekli edimli sözleşmeler bakımından getirilen bu hükümde düzenlenen zarar kavramı da müspet zarardır.⁴³⁶ Dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli niteliğe sahip olduğu düşünüldüğünde, arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği ve bunların dışında sözleşmeyi feshetmek suretiyle müspet zararını da isteyebileceği kabul edilmelidir. Bu bağlamda müspet zarar bakımından yapılan ve yapılacak açıklamalar; yüklenicinin temerrüdü halinde hem sözleşmenin ani edimli olarak nitelendirilmesi halinde aynen ifadan vazgeçilerek tazminat talep edilmesi haline ilişkin, hem de sözleşmenin sürekli edimli olarak nitelendirilerek ileriye etkili şekilde sona ermesi halinde arsa sahibinin talep edebileceği tazminata ilişkindir.

Müspet zarardan sorumluluğun doğması, temerrüde düşme bakımından yüklenicinin kusurlu olmasına bağlıdır. Kusuru bulunmadığını kanıtlayan yüklenicinin müspet zarardan sorumluluğu doğmayacakken, kusuru bulunmadığını kanıtlayamayan yüklenicinin müspet zarardan sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla yüklenicinin kusuruna ilişkin ispat yükünün yükleniciye ait olduğu söylenebilmektedir.⁴³⁷

⁴³⁵ BÜYÜKAY, s. 236 vd.; KILIÇOĞLU, Genel, s. 707 vd.; KURT, s. 384 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 528

⁴³⁶ BAYGIN, s. 135; KURT, s. 391; NOMER, s. 307; OĞUZMAN / ÖZ, s. 528; Karş. BUZ, Dönme, s. 84-86: Bazı hallerde sözleşmenin fesih hakkının kullanılması suretiyle sona erdirilmesine rağmen menfi zararın tazmininin talep edilebileceği yazar tarafından öne sürülmektedir. Örneğin vekaletten azil ve istifayı düzenleyen TBK'nun 512. maddesi fesih hakkını düzenlemekte ve doktrin maddede düzenlenen zarar türünün menfi zarar olduğunda birleşmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin feshedilmesiyle talep edilebilecek zararın sadece müspet zarar olarak belirlenmesi, yazarın görüşüne göre uygun değildir.

⁴³⁷ AYAN, Mehmet, s. 385; AYAN, Serkan, s. 234; BECKER, (I), s. 327; BUZ, Dönme, s. 109; DİRİCAN, s. 58 - 59; EREN, Genel, s. 1119; KILIÇOĞLU, Genel, s. 707; KURT, s. 260 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 526; ÖZ, İnşaat, s. 164: İşi yapanla ilgisiz ve objektif etkili bir dış olay olmadığı sürece ifa yardımcıları veya alt yüklenicilerin sebep oldukları gecikmelerden kusursuz yüklenici sorumlu olacaktır.; REİSOĞLU, s. 387; ŞAHİN, s. 268; YAKUPPUR, s. 113;

Konumuz açısından müspet zararın; yüklenicinin ifayı zamanında ve gereği gibi yerine getirmesi halinde arsa sahibinin malvarlığının alacağı durum ile mevcut fiili durum arasındaki fark olarak ifade edilmesi mümkündür. Söz konusu bu fark; yüklenicinin borcunu gereği gibi ya da hiç ifa etmemesi sebebiyle arsa sahibinin uğradığı bir zarardır.⁴³⁸

bbbb. Kapsam

Müspet zarardan sorumluluğun kapsamına inşaatın tamamlanması için gerekli bedel ve edimin ifasında yaşanan gecikme nedeniyle arsa sahibinin uğradığı her türlü zarar girmektedir.⁴³⁹

Gecikme nedeniyle arsa sahibinin uğrayabileceği zararlar; yoksun kalınan kar, üçüncü kişilere ödenmek durumunda kalınan tazminat, cezai şart bedelleri, yapılan harcamalar ve masraflar gibi kalemler olabilecektir.⁴⁴⁰

⁴³⁸ AYAN, Serkan, s. 233; BUZ, Dönme, s. 109; EREN, Genel, s. 1117; KILIÇOĞLU, Genel, s. 705; KURT, s. 257; ÖZ, İnşaat, s. 164; ŞAHİN, s. 266; YAKUPPUR, s. 110;

⁴³⁹ Bu konu inşaat sözleşmeleri bakımından doktrinde tartışmalıdır. İnşaat sözleşmeleri haricinde müspet zararın kapsamındaki zarar kalemlerinden birinin vazgeçilen edimin piyasa rayiç değeri olduğuna şüphe yoktur: EREN, Genel, s. 1117; KILIÇOĞLU, Genel, s. 705;

Doktrinin bir bölümü müspet zarar kalemlerine ilişkin bu esasa dayanarak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin rayiç değeri, inşaatın tamamlanabilmesi için gerekli masraflar ve gecikme tazminatının arsa sahibinin talep edebileceği müspet zararın kapsamında olduğunu savunmaktadır.: ERMAN, İnşaat, s. 102; ŞAHİN, s. 267: Yazar, ifa edilmeyen edimin değerinin de müspet zarar kapsamında olması gerektiğini ve edimin değerinin sonradan artması ya da düşmesinin önemli olmayıp aynen ifadan vazgeçildiği andaki değer dikkate alınması gerektiğini belirterek inşaat sözleşmeleri bakımından da arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin rayiç değerinin de müspet zarar kapsamında olması gerektiğini ortaya koymuş gözükmektedir.; YENER, Temerrüt, s. 70

Doktrinin bizimde görüşlerine katıldığımız diğer bir bölümü ise, arsa sahibinin müspet zarar kapsamında talep edebileceği bedelin, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masraflarla gecikme nedeniyle uğranılan zarar bedellerinden oluştuğunu kabul etmektedir. Nitekim inşaatın tamamlanma masraflarının arsa sahibine verilmesi ve bu suretle inşaatın tamamlanmasıyla arsa sahibi bağımsız bölümlerin maliki olacaktır. Bağımsız bölümlere malik olacak olan arsa sahibine ayrıca bağımsız bölümlere ilişkin piyasa rayici bedelinin verilmesi arsa sahibinin zenginleşmesi anlamına gelecektir. Bu durumda, gecikme nedeniyle uğranılan zararlarla beraber inşaatın tamamlanması için gerekli masraflar arsa sahibinin talep edeceği müspet zararın kapsamını oluşturmalı, bağımsız bölümlerin piyasa rayici değeri ise kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından müspet zararın kapsamında görülmemelidir.: AYAN, Serkan, s. 237; KURT, s. 268

⁴⁴⁰ AYAN, Serkan, s. 240 vd.; DİRİCAN, s. 59: Bu seçimlik hakkı tercih eden arsa sahibinin, gecikme nedeniyle uğradığı zararları da talep edebileceği kabul edilmelidir. Nitekim, aksinin kabulü, arsa sahibinin seçimlik hakkı tercih etmesiyle aynen ifayı istediği halden daha kötü bir hale düşmesine sebep olacaktır.; EREN, Genel, s. 1117; KILIÇOĞLU, Genel, s. 705; KURT, s. 272 vd.; YAKUPPUR, s. 112;

cccc. Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Arsa sahibinin gerekli şartların sağlanması neticesinde aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçerek müspet zararının giderilmesini seçimlik hakkını tercih etmesi halinde, zararını mübadele teorisi veya fark teorisine göre talep edebilme şansı mevcuttur.⁴⁴¹ Arsa sahibinin bu bağlamda yapacağı seçim; hem yüklenicinin hukuki durumunu hem de bu çalışmanın konusu olan yükleniciden bağımsız bölüm iktisap etme amacı güden üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkileyecek bir seçimdir.⁴⁴²

Mübadele teorisiyle; yüklenici, karşı edim alacağı olan arsa paylarının ve bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep edebilecektir. Ancak fark teorisinin tercih edilmesi halinde yüklenici böyle bir talepte bulunamayacaktır.⁴⁴³ Dolayısıyla alacağın temliki yoluyla ya da taşınmaz satış vaadi uyarınca yükleniciyle hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerin hukuki durumları, kaçınılmaz olarak müspet zararın tazmini konusunda bu iki yöntemle farklı olarak etkilenecektir.

Mübadele yönteminin tercih edilmesi durumunda; inşaatın geldiği aşama ya da herhangi başka bir duruma bakılmaksızın yüklenici sözleşme ile kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin tamamının mülkiyetinin devrini talep edebilecek, arsa sahibi ise inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masraflar, gecikme tazminatı ve taraflarca kararlaştırılmış olması halinde cezai şart bedelini talep edebilecektir.⁴⁴⁴ Bu yöntemin tercih edilmesi halinde, arsa sahibi kendi borcunu ifa etmekte, yüklenicinin inşaat yapma ve eseri teslim borcunun

⁴⁴¹ AYAN, Serkan, s. 233; ERMAN, İnşaat, s. 101; KURT, s. 276 – 277; OĞUZMAN / ÖZ, s. 405 vd.; ŞAHİN, s. 269; YENER, Temerrüt, s. 71

⁴⁴² Doktrinin bir bölümü; mübadele veya fark teorilerinin öngördüğü yöntemler arasında arsa sahibinin bir seçim hakkı olduğunu savunmaktadır. Buna göre arsa sahibi, kendi edimini muhafaza etmek isterse mübadele teorisini, kendi edimini muhafaza etmek istemezse fark teorisini tercih edebilecektir. İlgili görüş seçme teorisi olarak adlandırılmaktadır: KURT, s. 277; ŞAHİN, s. 269; Ayrıca bkz: OĞUZMAN / ÖZ, s. 528, d.n. 111’de yer alan yazarlar; YENER, Temerrüt, s. 72, d.n. 293’te yer alan yazarlar.

⁴⁴³ AYAN, Serkan, s. 233 – 234; BUZ, Dönme, s. 109; DİRİCAN, s. 60; EREN, Genel, s. 1118; ERMAN, İnşaat, s. 101; KURT, s. 277; OĞUZMAN / ÖZ, s. 528; ÖZ, İnşaat, s. 167 – 168; ŞAHİN, s. 268 – 269; YENER, Temerrüt, s. 71

⁴⁴⁴ AYAN, Serkan, s. 236 vd.; EREN, Genel, s. 1118; ERMAN, İnşaat, s. 101; KURT, s. 279 – 280; OĞUZMAN / ÖZ, s. 528, d.n. 658; OĞUZMAN / ÖZ, s. 528; ÖZ, İnşaat, s. 167 – 168; ŞAHİN, s. 271

yerini ise inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masrafların verilmesi almaktadır. Bunun dışında yüklenicinin gecikme tazminatı ve cezai şarttan da sorumlu olması söz konusu olacaktır.

Doktrinde inşaatın tamamlanması için yüklenici tarafından arsa sahibine verilecek olan masraflar; arsa sahibine kalacak bağımsız bölümler ile ortak kullanım alanlarına ilişkin masraflar olarak gösterilmiştir.⁴⁴⁵

Kanaatimce söz konusu masrafların tüm inşaatın bitirilebilmesi için gereken masraflar olarak genişletilmesi gerekmektedir. Nitekim, mübadele yönteminin temeli; arsa sahibinin borcunu ifa etmesi, yüklenicinin borcunun ise para ile mübadele edilmesine dayanmaktadır. Bu bağlamda teorinin, arsa sahibi ve yüklenicinin karşılıklı üstlendiği edimlerin gerçekleştirilmesi esasına dayandığının kabulü gerekmektedir. Zira arsa sahibi yükleniciye ait olacak tüm arsa paylarını bu yöntem uyarınca yükleniciye devredecektir. Bunun karşılığında inşaata devam etmeyen veya devam edemeyecek durumda bulunan yüklenicinin edimini ise para karşılığında arsa sahibi üstlenmektedir. Dolayısıyla burada ele alınan mübadele işleminin esasının sözleşmeyle üstlenilen tüm edimlerin gerçekleştirilmesi temeline dayandığı yönünde bir yorum yapılması gerekmektedir. Yüklenici, sözleşmeyle üstlendiği borcu zamanında üstlenememesi sebebiyle zaten hali hazırda gecikme nedeniyle arsa sahibinin karşılaşacağı zararları ve cezai şartı ödemekle yükümlüdür. Bunun karşısında, yükleniciye ait tüm arsa paylarını devreden arsa sahibinin, yükleniciye ait olan inşaat yapma borcunun tamamını para karşılığında üstlendiğinin kabulü gerekmektedir. Ancak uygulamada yüklenicinin eseri teslimde gecikmesi ve borcunu ifa edememesinin temelinde yaşadığı ekonomik sıkıntılar etkili olduğundan, teorik olarak ileri sürdüğümüz bu görüş, müspet zararının giderilmesini talep eden arsa sahibinin seçimlik hakkı kullanarak ulaşmak istediği neticeye ulaşamaması ihtimalini ortaya koyabilecektir. Nitekim bütün inşaatın masrafını karşılayabilecek olan yüklenicinin evvela temerrüde düşmeyeceği varsayımıyla, bütün inşaatın

⁴⁴⁵ AYAN, Serkan, s. 239

tamamlanması için gereken masrafları da karşılayamayacağı sonucu doğabilecektir.⁴⁴⁶

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek seçimlik haklardan müspet zararın tazminini seçmesi ve mübadele yöntemini tercih etmesi halinde; yüklenici, açıklanan gecikme nedeniyle yaşanabilecek zararları da ayrıca ödemekle yükümlü olacaktır.⁴⁴⁷

Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi ve müspet zararının tazminini talep etmesiyle tercih edebileceği bir diğer yöntemin kaynağı ise fark teorisi. Buna göre, arsa sahibi, yüklenicinin inşaatla geldiği aşama oranında karşılığı yükleniciye vermekte, inşaatın yapılmayan kısımları bakımındansa müspet zararının tazminini talep edecektir.⁴⁴⁸

Söz konusu teorinin öngördüğü yöntem; arsa sahibinin üstlendiği edim ile yüklenicinin ifa etmediği edim ve gecikmeden doğan zararların toplamının arasındaki farkın talep edilmesidir. Diğer bir deyişle; yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri ile arsa sahibinin sözleşmeyle üstlendiği edim olan devretme borcuna konu arsa paylarının değeri arasındaki farkın arsa sahibince talep edilmesi söz konusudur. Dolayısıyla söz konusu teorinin öngördüğü yöntem, arsa sahibinin kendi

⁴⁴⁶ Yükleniciye kalacağı kararlaştırılmış olan bağımsız bölümlere ilişkin inşa ve diğer masrafların yüklenici tarafça karşılanmayıp, sadece arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümler ve ortak kullanım alanlarının tamamlanmasına ilişkin masrafların yüklenici tarafça ödenmesi halinde ortaya büyük bir sorun çıkmaktadır. Arsa sahibi, kendisine kalacak olan bağımsız bölümler ile ortak kullanım alanlarına ilişkin masrafları almış olacak, ancak yükleniciye kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin tamamlama masrafları arsa sahibine ödenmemiş olacaktır. Bu durumda yükleniciye kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin tamamlanmaması halinde; inşaatın ruhsat ve projelere uygun şekilde tamamlanamaması ve kat mülkiyetinin kurulamaması riskleriyle karşı karşıya kalınacaktır. Bu durum, seçimlik hakkın düzenlenme amacına ve inşaatın tamamlanması için gereken masrafların müspet zarar kalemlerinden biri olarak görülmesinin amacına aykırı düşecektir. Bu sebeple kanaatimizce yüklenicinin tüm inşaatın tamamlanmasına ilişkin masrafları arsa sahibine ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

⁴⁴⁷ Söz konusu zararlara ilişkin detaylar daha önceden açıklandığı için tekrara düşmemek adına burada yer verilmemiştir. İlgili bölüm için bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, aa, bbb başlığı; Ayrıca bkz: AYAN, Serkan, s. 240; KURT, s. 258 – 260

⁴⁴⁸ Bu halde arsa sahibinin kendi edimi bakımından aynen ifa yükümlülüğünün kalmadığını, yüklenicinin inşaatı getirdiği aşama nispetinde bir arsa payını devredeceği söylenebilmektedir. AYAN, Serkan, s. 243; BUZ, Dönme, s. 109; EREN, Genel, s. 1118; ERMAN, İnşaat, s. 101 – 102; KURT, s. 280 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 528; ÖZ, İnşaat, s. 168; ŞAHİN, s. 270 - 271

edimini yerine getirmemeyi tercih ederek edimler arasındaki farkın tazminine dayanmaktadır.⁴⁴⁹

İnşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olması ve tamamlanan kısımlar bakımından kısmi ifanın arsa sahibince kabul edilmiş olması halinde ise fark teorisinin öngördüğü yönteme başvurulması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Bu hallerde mübadele teorisinin uygulanması kanaatimizce dürüstlük kuralına uygun düşecektir.⁴⁵⁰ Nitekim, arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaat henüz tam olarak gerçekleşmemiş olsa dahi, inşaatta önemli bir ilerleme kaydedilmiş durumdadır. O halde büyük bir kısmı tamamlanan inşaatın kalan kısımlarının masraf ve zararlar yüklenici ile ondan hak iktisap eden üçüncü kişilerden tazmin edilmek suretiyle arsa sahibince tamamlanması ve arsa paylarının sözleşmede öngörüldüğü şekilde arsa sahibince yüklenici ve üçüncü kişilere devredilmesi hem dürüstlük kuralına en uygun düşen çözüm olacak hem de yükleniciden hak iktisap eden üçüncü kişilerin hakları korunacaktır.⁴⁵¹ Fark teorisine göre ise, arsa sahibinin edimini yerine getirmemesi ve dolayısıyla arsa paylarını devretmemesi söz konusu olacağından, yükleniciye ya da üçüncü kişiye evvelce devredilen payların dahi arsa sahibine iade

⁴⁴⁹ AYAN, Serkan, s. 247 vd.; BUZ, Dönme, s. 109; EREN, Genel, s. 1118; ERMAN, İnşaat, s. 101 – 102; KURT, s. 281; OĞUZMAN / ÖZ, s. 405 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 168: Yazar, bizim de katıldığımız görüşü uyarınca, hakimin işin bitirilme maliyeti ve arsa sahibinin diğer zararları toplamı ile yükleniciye verilecek arsa paylarının değerinin hesaplanmasında yaşanabilecek sorunlar, çıplak arsa paylarının mı yoksa bağımsız bölümlerin müstakbel değerlerinin mi kabul edileceği yönündeki sorun, çoğu kez yüklenicinin ödeyeceği tazminatın bağımsız bölüm sayısına tam uymayacak olmasından dolayı yaşanabilecek sorunlar ve tazminat yerine arsa payı indirimi şeklindeki çözümün yasal dayanağı olmaması sebebiyle söz konusu teoriye soğuk bakmaktadır.; SEROZAN, Dönme, s. 593; ŞAHİN, s. 270 – 271; YENER, Temerrüt, s. 72.

⁴⁵⁰ Bu ihtimalde inşaatın büyük bir kısmının tamamlanması halinde inşaatın tamamlanma masrafı ile gecikmeden doğan zararların toplamı, arsa sahibinin devredeceği arsa paylarının parasal değerinden düşük olması söz konusudur.; YENER, Temerrüt, s. 72; KURT, s. 282: Yazar bu durumda dürüstlük kuralına uygun düşer nitelikte mübadele teorisinin uygulanması gerektiği fikrine değinmemiş, arsa sahibinin bu durumda yüklenici lehine doğan farkı ödemesi gerektiğini öne sürmüştür.

⁴⁵¹ İnşaatın büyük bir kısmının tamamlanması ile sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedilmesi halinde, yüklenici inşaatı tamamladığı nispette arsa payına hak kazanmakta, ancak arsa sahibinin zararları ve katlandığı masraflar Yargıtay içtihadı uyarınca yüklenicinin edineceği arsa paylarından mahsup edilmektedir. Burada bahsedilen husus ise inşaatın ileriye dönük olarak sona ermesi haline ilişkin değildir. İnşaat geriye etkili olarak sona ermekte, ancak fark teorisinin uygulanması inşaatın büyük bölümünün tamamlanması veya kısmi ifanın kabul edilmesinin gerekliliği sebebiyle dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Örneğin inşaatın %80'inin tamamlanmış olduğu bir halde, Yargıtay içtihadı uyarınca sözleşmenin ileriye etkili değil, geriye etkili olarak sona erdiği kabul edilebilecektir. Ancak dürüstlük kuralı uyarınca veya arsa sahibinin iradesiyle kısmi ifa %80'i tamamlanmış bir inşaat bakımından kabul edilmişse, geri kalan kısım için fark teorisi yerine mübadele teorisinin uygulanması üçüncü kişilerin de kazanımlarının korunabilmesi adına faydalı olacaktır.

edilip edilmeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu durum, çalışmamızın konusunu oluşturan üçüncü kişilerin hakları bakımından olumsuz sonuçlar yaratabilecek, üçüncü kişilerin bağımsız bölüm elde etme amacı gerçekleşmeyebilecektir.⁴⁵²

Bu bağlamda inşaatın büyük bir kısmının tamamlanması veya kısmi ifa ve kısmi temerrüdün kabul edildiği haller bakımından,⁴⁵³ müspet zararın tamamlanmayan kısım bakımından hesaplanarak arsa sahibine verilmesi ve yüklenicinin kararlaştırılan oranda arsa payını devralması dürüstlük kuralına en uygun çözüm olarak kabul edilmelidir.⁴⁵⁴ Mübadele teorisinin öngördüğü yöntem, sözleşmede yükleniciye devredileceği kararlaştırılan bütün arsa paylarının devredilmesini savunurken; fark teorisinin öngördüğü yöntem, sözleşmede yükleniciye devredileceği kararlaştırılan arsa paylarından hiç birinin devredilmemesini savunmaktadır. Dolayısıyla dürüstlük kuralının gerektirdiği ve üçüncü kişilerin kazanımlarının tehlikede olduğu hallerde, iki teorisinin savunduğu yöntemlerden mübadele teorisine itibar edilmesi en makul çözüm olacaktır. Kısmi ifanın kabul edildiği haller bakımından fark teorisine itibar edilse dahi; arsa sahibinin kısmen ifa edilen bölüme karşılık gelen arsa paylarını yüklenici ile haleflerine devretmesi ve fark teorisinin öngördüğü tazminat hesabının tamamlanmayan kısım bakımından uygulanması, kanaatimizce, tüm inşaat bakımından fark teorisinin uygulanmasından daha uygun olacaktır.

⁴⁵² ŞAHİN, s. 271 – 271: Yazar, haklı olarak, arsa sahibince yükleniciye devredilen arsa paylarının geri alınabilmesinin ancak sözleşmenin sona erdirilebilmesi halinde söz konusu olacağını, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın giderilmesi seçimlik hakkının tercih edilmesi halinde sözleşme ilişkisinin devam ettiğini, yüklenicinin borcunun yerine tazmin borcunun geldiğini, dolayısıyla yükleniciye devredilen arsa paylarının iadesinin zaten talep edilemeyeceğini savunmaktadır. Nitekim aksinin kabulü müspet zararın tazmini seçimlik hakkına adeta dönme niteliği kazandıracaktır. Aynı yönde: ERMAN, İnşaat, s. 103; Aynı yönde: KURT, s. 279; Söz konusu görüşe katılmakla birlikte, Yargıtay'ın yükleniciye başlangıçta devredilen arsa paylarını avans niteliğinde sayan kararları karşısında üçüncü kişilerin kazanımlarının tehlikede olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sebeple tehlikenin mübadele teorisine itibar edilmesiyle aşılabileceği kanaatindeyiz; Ayrıca bkz: YENER, Temerrüt, s. 73; Doktrinde tazminat talep edenin kendi edimi ifa ettikten sonra müspet zararının giderilmesini talep etmesi ve bu duruma fark teorisinin uygulanması halinde yerine getirilen edimin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edilmesi gerektiği de savunulmuştur.: OĞUZMAN / ÖZ, s. 407; BUZ, Dönme, s. 107 – 108, d.n. 195: Kendi edimini yerine getiren alacaklının edimin iadesini talep edip edemeyeceğine yönelik Alman Hukuku'nda yer alan tartışmalar, katı fark teorisi ve sınırlı fark teorisi olmak üzere iki görüşün ortaya çıkmasına yol açmış, katı fark teorisi savunucuları alacaklının edimini iade alabileceğini, sınırlı fark teorisi savunucuları ise aksini savunmuşlardır.

⁴⁵³ Bu çalışmada bkz: İkinci Bölüm, II, A, 3 numaralı başlık.

⁴⁵⁴ YENER, Temerrüt, s. 73.

Fark teorisinin kabul edilmesiyle hesaplanacak tazminat bedelinden; sözleşme ile yükleniciye devredileceği kararlaştırılan, ancak temerrüt sonucu müspet zararın ve fark teorisinin tercih edilmesiyle yükleniciye devredilmeyen arsa paylarının rayiç değeri çıkarılacaktır. Kısmi ifanın kabul edildiği hallerde, tamamlanmayan kısım bakımından fark teorisine itibar edilmesiyle devredilmeyen arsa paylarının rayiç bedeli tazminat miktarından düşülecekken, kısmi ifanın kabul edilmeyerek fark teorisinin öngördüğü yöntemin tercih edilmesi halinde ise yükleniciye kalacağı sözleşmeyle kararlaştırılan bütün arsa paylarının rayiç bedeli tazminat miktarından düşülecektir. Arsa sahibinin inşaatı tamamlama için yaptığı harcamalarla katlanmak durumunda kalınan diğer masraflar ise tazminat bedelinden düşülecektir.⁴⁵⁵

Tazminat bedelinin hesabında; hem arsa paylarının bedeli, hem de arsa sahibinin zararı, aynen ifadan vazgeçilen andaki rayiç değere göre hesaplanacak ve sonradan meydana gelen değer değişimleri dikkate alınmayacaktır. Bedelin hesabında; arsa sahibinin zararın artmasına sebebiyet vermesi veya yüklenicinin kusur durumu, mali durumunun kötü halde olması gibi durumlar da göz önüne alınacak ve TBK'nun 49 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız fiillere ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacaktır.⁴⁵⁶

Netice itibariyle kısmi ifa ya da inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu halleri hariç tuttuğumuzda dahi, müspet zararın giderilmesine ilişkin seçimlik hakkın seçildiği durumlarda mübadele teorisine itibar edilmesi, yükleniciden hak iktisap eden üçüncü kişilerin korunabilmesi adına uygun olan çözüm olacaktır. Nitekim sözleşmeyle kararlaştırılan bütün arsa paylarını devralmaya hak kazanan yüklenicinin üçüncü kişilerle girdiği hukuki ilişkiler neticesinde gerçekleşen üçüncü kişi kazanımları bu yolla korunabilecektir. Bu sebeple doktrinde arsa sahibinin mübadele teorisi ile fark teorisi arasında bir seçim hakkı olduğu yönündeki görüşüne karşılık, üçüncü kişilerin kazanımlarının tehlikede olabileceği haller bakımından hakim mübadele teorisine itibar ederek karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu halde oluşacak olan durum yükleniciden hak iktisap eden üçüncü kişilerin kazanımlarının korunması, sözleşmeyle kararlaştırılan miktarda bağımsız bölüm

⁴⁵⁵ ERMAN, İnşaat, s. 102; YENER, Temerrüt, s. 73.

⁴⁵⁶ ERMAN, İnşaat, s. 103; YENER, Temerrüt, s. 74.

sahibi olma amacıyla olan arsa sahibinin bunu gerçekleştirebilecek masrafları yükleniciden tazmin etmesi, arsa sahibinin yaşadığı gecikmenin de ayrıca tazmin edilmesi şeklinde cereyan edecek ve hem arsa sahibi hem de üçüncü kişiler adına en uygun çözüm gerçekleşmiş olacaktır.⁴⁵⁷

Yargıtay'ın ise konuya ilişkin istikrarlı bir içtihadı bulunmayıp, kimi kararlarında mübadele teorisine, kimi kararlarında ise fark teorisine itibar ettiği görülmektedir.⁴⁵⁸

ccc. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini

Mütemerrit yüklenici karşısında arsa sahibi müspet zararının tazminini isteyebileceği gibi, sözleşmeden dönmeyi de tercih edebilecektir. Arsa sahibinin bu noktada aynen ifadan vazgeçerek sahip olduğu müspet zararının giderilmesini isteme ya da sözleşmeden dönme hakları, seçimlik haklarıdır.⁴⁵⁹ Ancak müspet zararın giderilmesini talep eden arsa sahibi karşısında, yüklenici müspet zararın oluşmasında kusursuz olduğunu kanıtlayabilirse, müspet zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Bu durumda arsa sahibinin müspet zararın giderilmesi seçimlik hakkından vazgeçerek sözleşmeden dönmesi mümkündür. Diğer bir deyişle arsa sahibi; mütemerrit

⁴⁵⁷ Doktrinde mübadele teorisinin uygulanması gerektiği savunulmuştur: ÖZ, İnşaat, s. 167; Doktrinin büyük bir bölümü ise fark teorisine itibar etmektedir: EREN, Genel, s. 1117; ERMAN, (İnşaat) s. 101; OĞUZMAN / ÖZ, s. 526; ŞAHİN, s. 270

⁴⁵⁸ Yüksek Mahkeme'nin mübadele teorisine itibar ettiği bir kararındaki ifadeler şu şekildedir: Y15HD, E. 2011/5829, K. 2011/6794, T. 23.11.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.02.2015: "(...)Borçlar Yasası'nın 106/II. maddesinde düzenlenen akdin icrasından ve teehhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyana talep etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, davacılara düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye geçirilmesi karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin (müspet zarar)istenmesi demektir. Başka bir anlatımla; mülkiyet hakkı, eksik ayıplı işler bedeli, kira mahrumiyeti ve cezai şart yerine, davacılara isabet eden dairelerin bitirilmiş haldeki rayiç bedeline ve dairelerin de yüklenici adına tesciline hükmedilir(...)" ; Benzer bir diğer karardaki ifade de aynı şekildedir: Y15HD, E. 2012/2776, K. 2012/4181, T. 04.06.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.02.2015: "(...)Çünkü, ifa yerine geçen olumlu zararın istenmesi demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi davacılara düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin, teslimi gereken tarihteki bitmiş halde rayiç bedellerin müspet zarar olarak istenmesi demektir(...)" ; Yargıtay, fark teorisine genelde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği hallerde itibar etmektedir: Y23HD, E. 2012/5665, K. 2013/2, T. 14.01.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.01.2015: "(...)Fesih ileriye etkili sonuçlar yaratacak şekilde yapılmış veya bunun koşulları oluşmuş ise, feshin doğal sonucu olarak yapılacak tasfiye işleminde yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölüm tapusunun devrini isteyebilir(...)"

⁴⁵⁹ AYAN, Mehmet, s. 384; BUZ, Dönme, s. 111; EREN, Genel, s. 1119; KURT, s. 283; OĞUZMAN / ÖZ, s. 521; ÖZ, Dönme, s. 178; ÖZ, İnşaat, s. 163-164; ŞAHİN, s. 272; YAKUPPUR, s. 113-114

yüklenici karşısında aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini ya da sözleşmeden dönme suretiyle menfi zararın tazmini haklarından birini seçebilecek, tercihini müspet zararının giderilmesi yönünde kullanması üzerine yüklenicinin müspet zarar bakımından kusuru bulunmadığı anlaşılırsa müspet zarardan vazgeçip sözleşmeden dönebilecektir.⁴⁶⁰ Ancak bu durumda yüklenici kusursuzluğunu ispat ettiği için arsa sahibi sözleşmeden dönmeye birlikte menfi zararının giderilmesini talep edemeyecektir.

aaaa. Sözleşmeden Dönme

Arsa sahibinin değinilen koşulların oluşmasıyla yükleniciyi temerrüde düşürmesi ve yükleniciye verdiği ek sürenin yararsız kalması üzerine sözleşmeden dönmesi mümkündür.⁴⁶¹ Yüklenicinin temerrüde düşmede kusursuz olması sözleşmeden dönülmesine engel değildir.⁴⁶²

Sözleşmeden dönme hakkı; yenilik doğuran, tek taraflı ve muhataba yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır. Bu yönüyle dönme hakkına ilişkin hukuki sonuçların dönmeye ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla doğacağı kabul edilmelidir.⁴⁶³ Ancak doktrinde dönmenin hukuki sonuçlarının doğabilmesi bakımından karşı tarafın dönmeyi kabul etmesi veya dönmenin kabul edilmemesi

⁴⁶⁰ AYAN, Serkan, s. 234; BUZ, Dönme, s. 311: Yazar, seçimlik haklarından birini kullanmış olan alacaklıya bir “değiştirim” hakkı tanınmasının yerinde olduğu görüşündedir. Ancak bunun sadece müspet zararın giderilmesini talep etme seçimlik hakkıyla sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep etme hakları arasında kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, alacaklıya tekrar aynen ifada ısrar etme şansının verilmemesi gerektiğini, aksi halde borçlunun menfaatlerinin ağır bir şekilde ihlal edilebileceğini haklı olarak belirtmektedir. Nitekim, borçlunun sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunmuş olması, onun borçlandığı edimi hala ifa etmekle yükümlü olup olmadığını bilmesine engel olmamalıdır. Verilecek olan değiştirim hakkı TMK'nun 2. maddesi süzgecinden geçirilmeli, alacaklının bu anlamda keyfi davranışlarının önüne geçilmelidir.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 524 – 525; ÖZ, Dönme, s. 181, d.n. 133; ÖZ, İnşaat, s. 163; Karş. AYAN, Mehmet: Yazar, seçim hakkının bir kez kullanıldıktan sonra bundan dönülmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır.

⁴⁶¹ AYAN, Mehmet, s. 383 – 384; AYAN, Serkan, s. 252; BUZ, Dönme, s. 111; BÜYÜKAY, s. 233; DİRİCAN, s. 60; EREN, Genel, s. 1117; ERMAN, İnşaat, s. 103; ÖZ, Dönme, s. 178; ÖZ, İnşaat, s. 163; REİSOĞLU, s. 388; ŞAHİN, s. 272; YAKUPPUR, s. 113-114

⁴⁶² AYAN, Serkan, s. 252; BECKER, (I), s. 327; BUZ, Dönme, s. 110; EREN, Genel, s. 1123; KILIÇOĞLU, Genel, s. 709; OĞUZMAN / ÖZ, s. 521; ÖZ, İnşaat, s. 170-171; NOMER, s. 305; REİSOĞLU, s. 388; ŞAHİN, s. 273; YAKUPPUR, s. 114; YENER, Temerrüt, s. 77

⁴⁶³ AYAN, Serkan, s. 252; BUZ, Dönme, s. 73; EREN, Genel, s. 1120; KURT, s. 284 – 285; NOMER, s. 304; OĞUZMAN / ÖZ, s. 523 – 524; ÖZ, Dönme, s. 31; Sözleşmeden dönmenin bozucu yenilik doğuran bir beyanla yapıldığı görüşüne ilişkin bkz: ÖZ, İnşaat, s. 163; SEROZAN, Dönme, s. 43 ve s. 460-461; ŞAHİN, s. 273-274; YAKUPPUR, s. 115; YENER, Temerrüt, s. 93

üzerine sözleşmeden dönmek isteyen tarafın mahkemeye başvurması gerektiği savunulmuştur.⁴⁶⁴

Yargıtay ise dönme hakkına ilişkin hukuki sonuçların dönmeye ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla doğacağı kabul etmekle birlikte, karşı tarafın dönmeyi kabul etmemesi üzerine mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir.⁴⁶⁵

Yargıtay'ca benimsenen bu görüş; dönme hakkına ilişkin hukuki sonuçların dönmeye ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla doğacağı kabulümüze lafzi olarak ters düşmeyip, mahkemece verilecek olan kararın dönmenin hüküm ifade edip etmemesi açısından olmadığını, dönmenin haklı olup olmadığını tespiti bakımından olduğunu ifade etmektedir. Ancak yine de yenilik doğuran hakların hukuki sonuç doğurmasının muhatabın kabulüne bağlı kılınması kanaatimizce doğru olmayıp, irade beyanının muhataba ulaşmasının yeterli kabul edilmesi gerekmektedir. Yargıtay uygulaması, karşı tarafın dönmeyi kabul etmemesi üzerine dönmenin haklı olup olmadığını tespiti bakımından görülecek olan davanın sözleşmeden dönen tarafça açılması şeklindedir. Lafzi olarak sözleşmeden dönmeye ilişkin sonuçların irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla doğduğunun kabul edilmesine rağmen, karşı tarafın dönmeyi kabul edip etmemesine göre sözleşmeden dönmek isteyen taraf mahkemeye başvurmak zorunda kalmaktadır. Oysa sözleşmeden dönmeye ilişkin sonuçların irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla doğduğunun kabulü, dönmenin haklı olup olmadığını tespit için sözleşmeden döneni dava açmaya zorlamamalı,

⁴⁶⁴ ERMAN, (İnşaat) s. 104; ŞAHİN, s. 274-275; Yazar, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa payı devri içermesi suretiyle kendine özgü yapısından ötürü bu görüşü desteklemektedir.; YENER, Temerrüt, s. 94; Yazar, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin taşınmaz mal mülkiyeti devrini içermesi sebebiyle resmi şekle bağlı tutulduğundan bahisle arsa sahibinin sözleşmeden dönmeye ve yüklenicinin bunu kabul etmemesi üzerine mahkeme kararına ihtiyaç duyduğunu savunmaktadır.; Karş. SEROZAN, Dönme, s. 474 vd.;

⁴⁶⁵ Örneğin konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir: Y15HD, E. 1998/513, K. 1998/2377, T. 4.6.1998, www.kazanci.com, Erişim Tarihi 17.03.2014: “(...)Dönme, tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı olup, bu iradenin karşı tarafa vasil olmasıyla hükmünü icra eder. Bunun için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Sadece, noterde düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, karşı taraf dönmeyi kabul etmiyorsa, dönmek için mahkeme kararı gerekir. (...) Mahkemece, bu durumda yapılması gereken, dönme konusunda davanın kabulü veya reddi değil, hükmünü icra eden dönmenin haklı nedene dayanıp dayanmadığının, başka bir anlatımla dönmenin haklılığının veya haksızlığının tespitinden ibarettir.(...)”; Yargıtay'ın söz konusu içtihadının istikrar kazandığı anlaşılmaktadır. Nitekim yakın tarihli kararlarda da aynı görüş benimsenmektedir. Aynı yönde bir başka karar için bkz: Y23HD, E. 2013/3436, K. 2013/5497, T. 18.09.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15/12/2014.

dönmenin haklı olmadığına tespiti için karşı tarafın mahkemeye başvurması gerektiği kabul edilmelidir.⁴⁶⁶

Sözleşmeden dönmenin en önemli iki sonucu; TBK'nun 125/III maddesi hükmü uyarınca yerine getirilmemiş edimlerin ortadan kaldırılması ve yerine getirilen edimlerin iade edilmesidir.⁴⁶⁷ Tarafların sözleşmeyle, dönmeye bir takım başka sonuçlar bağlaması da mümkündür. Ancak tarafların böyle bir düzenlemede bulunmaması halinde belirtilen kanuni sonuçlar ortaya çıkacaktır. Söz konusu sonuçlar değerlendirildiğinde sözleşmeden dönmenin amacının borç ilişkisi kurulmadan önceki hukuki durumun tekrar sağlanması olarak belirlenmesi mümkündür.⁴⁶⁸

Sözleşmeden dönülmesiyle birlikte tarafların ifa edilmemiş edimleri karşılıklı olarak ortadan kalkacaktır. Bu bağlamda edimlerin muaccel olup olmaması, kısmen ya da tamamen ifa edilmemiş olması herhangi bir fark yaratmayacak, dönmenin hukuki sonuçlarının doğmasıyla ifa edilmeyen edimler ortadan kalkacaktır.⁴⁶⁹

Dönmeyle birlikte ifa edilmemiş edimlerin ortadan kalkmasının dışında, ifa edilen edimlerin de geri verilmesi borcu muaccel olacaktır.⁴⁷⁰ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde; dönmeye ilişkin madde metninin lafzından sadece alacaklının verdiklerini geri isteyebileceği anlaşılmaktayken, doktrin her iki tarafın da verdiklerini geri isteyebileceğini savunmaktaydı. 6098 sayılı Türk Borçlar

⁴⁶⁶ Aynı yönde: AYAN, Serkan, s. 253; BUZ, Dönme, s. 73; KURT, s. 284 – 285; OĞUZMAN / ÖZ, s. 523 – 524; ÖZ, İnşaat, s. 142; SEROZAN, Dönme, s. 462.

⁴⁶⁷ AYAN, Mehmet, s. 385; AYAN, Serkan, s. 254-257; BUZ, Dönme, s. 117 ve s. 152 vd. ve s. 161 vd.; EREN, Genel, s. 1121; KILIÇOĞLU, Genel, s. 707-708; NOMER, s. 305; OĞUZMAN / ÖZ, s. 530; ÖZ, İnşaat, s. 171; REİSOĞLU, s. 388-389; SEROZAN, Dönme, s. 502 vd.; ŞAHİN, s. 283; YAKUPPUR, s. 115; YENER Temerrüt, s. 96 vd.

⁴⁶⁸ AYAN, Serkan, s. 254; BUZ, Dönme, s. 66; EREN, Genel, s. 1120

⁴⁶⁹ Edimlerin ortadan kalkması, yüklenicinin borcunu teminat altına almak için verilen ipotek, teminat senedi ya da banka mektupları da ortadan kalkacaktır. Ancak; ipotek, teminat mektubu ya da teminat senedi ifa etmemeden doğacak borçları da teminat altına almak için verilmişse, bu durumda ipotek, teminat senedi ya da banka mektupları sona ermeyecek ve hüküm ifade etmeye devam edecektir. Bkz: AYAN, Serkan, s. 255; BUZ, Dönme, s. 152 vd.; SEROZAN, Dönme, s. 505 vd.; ŞAHİN, s. 283; YENER Temerrüt, s. 96 vd.

⁴⁷⁰ AYAN, Serkan, s. 257: İade borcunun ifası bakımından da temerrüdün doğumu için iade alacaklısının ihtarının gerekeceği savunulmuştur; BUZ, Dönme, s. 161 vd.; EREN, Genel, s. 1121 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 530; ÖZ, Dönme, s. 249; ÖZ, İnşaat, s. 171; REİSOĞLU, s. 388-389; SEROZAN, Dönme, s. 510 vd.; ŞAHİN, s. 283 vd.; YENER Temerrüt, s. 96 vd.

Kanunu'nda yer alan düzenleme ise şüpheye yer vermeyecek şekilde her iki tarafında verdiklerini geri isteyebileceğini düzenlemektedir. Bu bağlamda temerrüde düşmüş yüklenicinin de dönme anından önce ifa ettiği kadarıyla verdiklerini geri talep edebilmesi mümkündür. Taraflardan birinin hiç ifada bulunmamış olması, taraflardan birinin kısmi ifada bulunmuş olması, birinin edimini tamamen ifa etmiş olmasına rağmen diğerinin hiç ifada bulunmamış olması veya kısmi ifada bulunmuş olması gibi haller; dönmenin ifa edilen edimlerin geri verilmesi sonucu bakımından bir farklılık doğurmayacak olup, her ihtimalde ifa edilen kadar verilenin geri alınması söz konusu olacaktır.

Yüklenicinin inşaaata başlamamış olması halinde arsa sahibinin geri verme borcu doğmayacaktır. Nitekim yüklenici bir takım hazırlık fiillerinde bulunmuş olsa dahi, ifa edilen bir borç söz konusu olmayıp, arsa sahibinin iade edebileceği bir verilen yoktur. Arsa sahibinin ifa edilmiş edimleri geri verme borcu, yüklenicinin ifaya başlamış olması halinde gündeme gelecektir. Yapılan inşaatın sökülerek yükleniciye iade edilmesi söz konusu olamayacağından, inşaatın yapılan kısmının karşılığı olan parasal değer iade edilmesi söz konusu olacaktır.⁴⁷¹ Parasal değer belirlenmesi bakımından edimin ifa edildiği tarihteki objektif değerinin esas alınması gerekmektedir.⁴⁷²

Bu bağlamda arsa sahibinin iade borcunun belirlenmesinde yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin tamamlandığı kadarki hallerinin piyasa değeri belirlenmelidir. Ardından yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle yapımını ve teslimini yüklediği tüm inşaatın tamamlanma oranı belirlenmeli, ve belirlenen yüzde dönme tarihi itibarıyla yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin tamamlandığı

⁴⁷¹ BUZ, Dönme, s. 164 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 172; ŞAHİN, s. 284; YENER Temerrüt, s. 96.

⁴⁷² İadeye konu olacak parasal miktarın, arsa sahibinin malvarlığında gerçekleşen artış olduğundan bahisle, iade borcunun doğumu bakımından inşaatın yapılan kısmının değerlendirilebilir olmasının gerektiği haklı olarak savunulmuştur. Bu bağlamda yapılan kısmının imar mevzuatına düzeltilmeyecek şekilde aykırı olması durumunda arsa sahibinin iade borcunun doğmayacağı haklı olarak savunulmuştur. Ayrıca, doktrinde yüklenicinin fakirleşmesi oranında iadeyi talep edebileceği savunulmuşsa da, sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen TBK'nun 77. maddesi iade borçlusunun zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Bu bakımdan, yüklenicinin yapılan kısım bakımından katlandığı maliyet değil, arsa sahibinin zenginleştiği kadar bedelin iadesinin söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Bu yönde bkz: AYAN, Serkan, s. 257-259; ÖZ, İnşaat, s. 173; ŞAHİN, s. 284

kadarki halleriyle çarpılmalı ve bulunan miktar arsa sahibinin iade borcunu oluşturmalıdır.⁴⁷³

Bir takım durumların gerçekleşmesi halinde ise, inşaatın tamamlanan kısımlarının parasal değerinin yükleniciye iade borcu kapsamında verilmesi yerine, arsa paylarının devri suretiyle de iade borcunun ödenmesi mümkün kabul edilmelidir. Söz konusu durum, ancak arsa sahibinin kabulüne bağlıdır. Arsa sahibinin arsa payı devri şeklinde bir iadeyi kabul etmemesi halinde, iade borcunun para ödenerek yerine getirilmesi gerekecektir. Ancak hakimin takdir yetkisi ve dürüstlük kuralı uyarınca arsa paylarının devri şeklindeki iadeye hükmedebileceği kabul edilmelidir.⁴⁷⁴

İade borcunun arsa paylarının devredilmesi suretiyle yerine getirilebilmesi, öncelikle dürüstlük kuralıyla bağdaşmalıdır.⁴⁷⁵ Yüklenicinin iade borcunu para olarak talep etmesi ise hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim yüklenicinin inşaatı tamamlamış olması halinde arsa payı devralması söz konusu olacakken, inşaatı yarım bırakması halinde tamamlanan kısım oranında arsa payı almayı kabul etmeyip, iade borcunun parasal olarak ödenmesini talep etmesi haklı bir nedene dayanmayacaktır.⁴⁷⁶

Yüklenicinin sözleşmeden dönülmesinden önce arsa paylarını arsa sahibinden devralarak üçüncü bir kişiye devretmiş olması halinde ise, yüklenici iade borcunun bir kısmını almış sayılmalı ve fazla ya da eksik kalan kısımların parasal olarak iade

⁴⁷³ AYAN, Serkan, s. 265; Örneğin, yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin tamamlandığı haliyle piyasa değeri 2.500.000- TL ve tüm inşaatın tamamlanma oranı %55 ise; yükleniciye iade edilecek olan bedel 2.500.000-TL'nin yüzde 55'inin alınmasıyla 1.375.000 TL olarak bulunur.; ŞAHİN, s. 287

⁴⁷⁴ AYAN, Serkan, s. 275 – 276; ŞAHİN, s. 287

⁴⁷⁵ AYAN, Serkan, s. 275; İnşaat seviyesinin çok düşük olması halinde, iade borcunun arsa payı devredilmesiyle ödenmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayabilir. Nitekim böyle bir durumda arsa sahibiyle yüklenicinin aynı bağımsız bölüm üzerinde paydaş olması söz konusu olabilecektir.

⁴⁷⁶ AKYOL, s. 23-24: Hak kavramının hukukun tanıdığı ve koruduğu menfaat olması sebebiyle; kullanılacak olan hakkın amacına aykırı ve menfaatten yoksun olarak kullanılması halinde hukukun himayesinin esirgenmesi gerekecektir. Bu bağlamda kullanılacak olan hakkın, kullanana menfaat sağlamaması veya çok az bir menfaat sağlaması halinde, hakkın kötüye kullanıldığının kabulü gerekecektir. Yazarın haklı olarak ifade ettiği bu görüş dikkate alındığında ve yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisine girmekle beklediği kazanımın arsa payı ve bağımsız bölüm iktisap etmek olduğu da düşünüldüğünde, başlangıçta arsa payı devralmak amacı güden yüklenicinin dönmeye beraber iade borcunu para olarak talep etmesi çoğu zaman hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilecektir.; AYAN, Serkan, s. 275.

edilmesi gerekmektedir.⁴⁷⁷ İnşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmış olması halinde de iade borcunun ayın olarak yerine getirilmesinin kabul edilmesi, ufak tefek eksiklikler sebebiyle dönmenin ağır sonuçlarına maruz kalınmasını engelleyebilecek ve üçüncü kişilerden hak iktisap etme amacıyla olan üçüncü kişileri de koruyucu bir yaklaşım olarak görülecektir.

Yüklenicinin geri verme borcunun konusunu ise arsa sahibinin ifa ettiği edimler oluşturmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibi yükleniciye arsa payı devretme borcu altına girmekte ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlendiği biçime göre arsa paylarını en başta, inşaatla geline aşamaya göre kademeli olarak ya da inşaatın tamamlanmasıyla devretmekle yükümlü olmaktadır. Bu bağlamda yüklenicinin iade borcu, önceden kendisine devredilen arsa paylarının arsa sahibine iadesidir.

Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesiyle taraflar sözleşme ilişkisinden doğan borçlarından kurtulacak, ancak bu borçların yerine değinildiği üzere iade borçları doğacaktır. Ancak söz konusu iade borçlarının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler yer almakta olup, görüş farklılıkları sözleşmeden dönülmesiyle ifa edilen edimlerin geçerliliği konusunda toplanmaktadır.

Buna göre dönmenin borç ilişkisini geriye etkili olarak ortadan kaldırdığı yönünde görüşler mevcut olup bunun yanı sıra dönmeyle borç ilişkisinin geriye etkili olarak ortadan kalkmadığını, ilişkinin tasfiye sürecine girdiğini savunan görüşler de mevcuttur.⁴⁷⁸

Dönmenin borç ilişkisini geriye etkili olarak ortadan kaldırdığını savunan görüşlerden ilki; sözleşmeden dönmenin bozucu yenilik doğuran bir hak olarak borcu geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırdığını savunan sebepsiz zenginleşme görüşüdür. Söz konusu görüşe göre;⁴⁷⁹ sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarak

⁴⁷⁷ AYAN, Serkan, s. 275; ŞAHİN, s. 287

⁴⁷⁸ AYAN, Mehmet, s. 385; AYAN, Serkan, s. 266 vd.; BUZ, Dönme, s. 117 vd.; EREN, Genel, s. 1121-1122; NOMER, s. 305 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 529 vd.; SEROZAN, Dönme, s. 59 vd.; ŞAHİN, s. 276 vd.; YAKUPPUR, s. 115; YENER Temerrüt, s. 109 vd.

⁴⁷⁹ Doktrinde söz konusu görüşü savunan yazarlar mevcuttur: AYAN, Mehmet, s. 387; DİRİCAN, s. 61; KILIÇOĞLU, Genel, s. 709; Yazarın zamanaşımı süresine ilişkin yaptığı açıklamalar, klasik dönme görüşünü benimsediğini göstermektedir.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 534; ÖZ, İnşaat, s. 171; Yazar

hükümsüz sayılmaktadır. Dolayısıyla hüküm ifade etmeyen sözleşme uyarınca tarafların ifada bulunması halinde, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ifa edilen edimlerin iadesinin talep edilebileceği savunulmaktadır.⁴⁸⁰

Doktrinde kanuni borç ilişkisi görüşü olarak adlandırılan görüş ise, sebepsiz zenginleşme görüşünün değişikliğe uğranmış bir hali olarak belirtilmektedir. İlgili görüş; iade borcunun bizzat dönmeyi düzenleyen TBK'nun 125. maddesinden doğduğunu ileri sürmektedir. Sebepsiz zenginleşme görüşü, dönmeyle sözleşmenin hükümsüz kalması üzerine tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak verilenleri geri isteyebileceğini savunurken; kanuni borç ilişkisi görüşü ise, tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmasına gerek olmadığını, bizzat dönmeye ilişkin getirilen kanuni düzenlemeye dayanılarak iade borcunun talep edilmesinin mümkün olduğunu, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin bu noktada ancak boşluğu doldurmak maksadıyla kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır.⁴⁸¹

Tarafların ifa edilen edimleri geri istemeleri bakımından dayanabilecekleri hükümler bakımından farklı hukuki müesseseleri öngören iki görüşün somut olarak meydana getirdiği farklılık ise zamanaşımı süreleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Sebepsiz zenginleşme görüşüne itibar edilmesi, TBK'nun 82. maddesi uyarınca iade borçlarına yönelik olarak hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasına yol açacakken, kanuni borç ilişkisi görüşüne itibar edilmesi TBK'nun 146. maddesi uyarınca her halükarda on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasına yol açacaktır.⁴⁸²

klasik teoriyi savunduğunu belirtmekte, ancak klasik teorinin bir türü olarak gördüğü aynı etkili dönme teorisini savunmaktadır.

⁴⁸⁰ AYAN, Mehmet, s. 386; AYAN, Serkan, s. 266; BUZ, Dönme, s. 118-120; EREN, Genel, s. 1120-1121; NOMER, s. 305; OĞUZMAN / ÖZ, s. 530; ÖZ, Dönme, s. 34-35; ÖZ, İnşaat, s. 171 vd.; ŞAHİN, s. 276-277; YAKUPPUR, s. 115-116; YENER, Temerrüt, s. 109 – 111.

⁴⁸¹ AYAN, Mehmet, s. AYAN, Serkan, s. 267; 386; BUZ, Dönme, s. 120-121; EREN, Genel, s.1121; KILIÇOĞLU, Genel, s. 709; NOMER, s. 306; OĞUZMAN / ÖZ, s. 532; ÖZ, Dönme, s. 35-37; REİSOĞLU, s. 390; ŞAHİN, s. 279-280; YAKUPPUR, s. 116; YENER, Temerrüt, s. 111 – 112.

⁴⁸² AYAN, Mehmet, s. 386; AYAN, Serkan, s. 267; BUZ, Dönme, s. 121; EREN, Genel, s.1121; NOMER, s. 306; OĞUZMAN / ÖZ, s. 530; ÖZ, Dönme, s. 36; REİSOĞLU, s. 390; ŞAHİN, s. 279-280; YAKUPPUR, s. 116; YENER, Temerrüt, s. 112

Dönmeyle borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak sona erdiğini savunan görüşlerden bir diğeri ise aynı etkili dönme görüşü olarak isimlendirilmektedir. Söz konusu görüşün⁴⁸³ dayandığı kuram, dönmenin geçmişe etkisini hukuki sebebe bağlılık ilkesi uyarınca ele almaktadır. Buna göre sözleşmenin ifası amacıyla yapılan ve sebebe bağlı olan tasarrufi işlemler, sözleşmeden dönülmesiyle birlikte baştan itibaren geçersiz sayılacaktır. Diğer bir deyişle, tarafların ifa edilen edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine ya da TBK'nun 125. maddesi uyarınca kanunen doğan iade borcuna dayandırarak geri almasına gerek olmayıp, yapılan tasarrufi işlemlerin baştan itibaren geçersiz sayılması söz konusu olmaktadır. Malın mülkiyetini devralan taraf, tasarrufi işlemin baştan itibaren geçersiz olmasıyla haksız zilyet durumuna düşecektir. Bu bakımdan haksız zilyedin iade borcuna ilişkin TMK'nun 993 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla bu görüşe göre; arsa sahibinin sadece yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açması yeterli olup, iade borcunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine ya da TBK'nun 125. maddesinden doğan bir borca dayandırmasına gerek yoktur.⁴⁸⁴

Sayılan görüşlerin yanı sıra, borç ilişkisinin dönme ile birlikte tasfiye sürecine gireceğini ileri süren görüşler de mevcuttur.⁴⁸⁵ İlgili görüşler; sözleşme ilişkisinin geriye etkili olarak ortadan kalktığını reddetmekte ve iade borçları da sözleşmesel borç olarak kabul edilmektedir. İfa edilmiş edimlerin iadesi bakımından tescil gibi geçerliliği sebebe bağlı olan tasarrufi işlemler bakımındansa şahsi bir talep

⁴⁸³ Türk Hukuku'nda da söz konusu görüşü savunan yazarlar vardır: BUZ, Dönme, s. 134 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 173; ŞAHİN, s. 282; Karş.: AYBAY / HATEMİ, s. 186: “Dönmenin aynı etkisi görüşü, tasarruf işlemi ve tescil ile mülkiyetini kaybetmiş birisine kütük dışı bir geri kazanım sağlamakla, gerçeğe uygun bir hukuki görünüme güveni dahi korumayarak, TMK. 2'ye aykırı bir görüş olmaktadır. Bir an önce bu görüşün terki gerektiği kanaatindeyim. Bu görüş, “tescilsiz iktisap – bildirici tescil” hallerinin tahdidi olduğu ilkesine de açıkça aykırıdır.”

⁴⁸⁴ AYAN, Serkan, s. 267; BUZ, Dönme, s. 121-123; EREN, Genel, s. 1122: Yazar bu durumda aynı nitelikli istihkak davası açılarak tapu kütüğünün düzeltilebileceğini ifade etmektedir.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 531 – 532; ÖZ, İnşaat, s. 174-175; ŞAHİN, s. 279; YENER, Temerrüt, s. 113 – 114.

⁴⁸⁵ AYAN, Serkan, s. 267; Bu bağlamda yeni dönme görüşü olarak adlandırılan görüş şu şekilde savunulmuştur: SEROZAN, Dönme, s. 73 vd.: Yazar, sebepsiz zenginleşme görüşünün tasfiye hükümleri bakımından sözleşenlerin iradesine uygun adaletli bir düzen sağlayamayacağını ve değişen şartlar sebebiyle iade borçlarının arasındaki denge bozulmasının göz ardı edilmek durumunda kalacağını ifade etmekte ve bu sebeple söz konusu görüşe itibar etmemektedir. Dönmenin borçlandırıcı sözleşme üzerinde yenilik doğurucu etkisinin zayıf bir etki olması, dönmeyle sözleşmenin ortadan kalkmayıp konusunun değişmesi ve yükümlülüklerin akdi geri verme yükümlülüklerine dönüşmesi gerektiğini ileri sürmüş ve dönme sonrasında çözülme ilişkisine dönüşmüş olan bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğunu ifade etmiştir.; Söz konusu yeni dönme görüşünün doktrinde başka savunucuları da vardır: EREN, Genel, s. 1122

hakkı doğacaktır. İade borçlarının sözleşmesel borç olarak kabul edilmesi halinde; iade alacaklısının seçimlik hakları düzenleyen TBK maddelerine iade borçları bakımından da başvurabileceği, iade borcunun ifa edilmemesinden doğan müspet zararın talep edilebileceği, hatta dönülmüş sözleşmeden tekrar dönülerek dönmenin geçersiz kılınabileceği ve bu durumda yine müspet zararın tazmininin talep edilmesi sonucunun doğacağı kabul edilmelidir.⁴⁸⁶

Yargıtay, ağırlıklı olarak kararlarının lafzında sebepsiz zenginleşme görüşünü kabul eden içtihatlar oluşturmaktayken, değinilen her görüşe uygun kararların verildiği de görülmektedir. Özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından doğan uyumsuzluklarda dönmeden önce verilen edimlerin iadesi bakımından karar metinlerinde sebepsiz zenginleşmeye hükümleri vurgulansa da aynı etkili dönme görüşüne yakın kararların Yüksek Mahkeme tarafından verildiği söylenebilmektedir.

bbbb. Menfi Zararın Tazmini

Arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine sözleşmeden dönerek uğradığı menfi zararın tazminini yükleniciden talep edebilecektir. Yüklenicinin temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlaması halinde menfi zarardan sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.⁴⁸⁷ Arsa sahibi; yüklenici ile girdiği kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde, sözleşmenin kararlaştırılan şekilde yürütülerek edimlerin ifa edileceği yönünde bir güvenle hareket etmekte, ancak yüklenicinin temerrüde düşmesiyle söz konusu güven ihlal edilmektedir. Söz konusu güven ilişkisinin ihlal edilmesi neticesinde arsa sahibinin malvarlığında meydana gelen tüm olumsuz zararların menfi zarar kapsamında talep edilebileceği kabul edilmelidir. Bu

⁴⁸⁶ AYAN, Mehmet, s. 386; AYAN, Serkan, s. 268-269; BUZ, Dönme, s. 123 vd.; EREN, Genel, s. 1122; NOMER, s. 307; OĞUZMAN / ÖZ, s. 533 -534; ÖZ, Dönme, s. 37-38; ÖZ, İnşaat, s. 171-172; SEROZAN, Rona, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümlülüğü, Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara, 2004, s. 195 vd.; ŞAHİN, s. 280-281; YAKUPPUR, s. 116-117; YENER, Temerrüt, s. 112 – 113.

⁴⁸⁷ AYAN, Mehmet, s. 385; BECKER, (I), s. 327; BUZ, Dönme, s. 110; DİRİCAN, s. 62; EREN, Genel, s. 1126; KILIÇOĞLU, Genel, s. 709; OĞUZMAN / ÖZ, s. 536; ÖZ, Dönme, s. 282; ÖZ, İnşaat, s. 176; REİSOĞLU, s. 391; ŞAHİN, s. 306; YAKUPPUR, s. 114-115; YENER, Temerrüt, s. 75

bağlamda; menfi zararın kapsamını sözleşme hiç yapılmamış olsaydı, arsa sahibinin uğramayacak olduğu malvarlığı kayıpları oluşturmaktadır.⁴⁸⁸

Sözleşmeden dönülmesi, sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkması sonucunu doğuracağından, dönmeyle birlikte sözleşme artık hüküm ifade etmeyecektir. Bu durumda, borca aykırılık sebebiyle doğan olumlu zararların istenebilmesi söz konusu olmayıp; olumsuz zararların istenebilmesi mümkün olacaktır. Olumlu zararların, diğer bir deyişle müspet zararların istenememesi, kira geliri kayıplarının ve sözleşmede aksine hüküm olmadığı sürece cezai şart bedellerinin talep edilememesi anlamındadır.⁴⁸⁹

Menfi zararın kapsamını da fiili zararlar ile kaçırılan fırsatlar olarak belirlemek mümkündür. Fiili zararlarla kastedilen husus dönme sonucunda sözleşmenin ortadan kalkması neticesinde sözleşmenin yapılması sırasında harcanan masraflar, edimin ifası için yapılan masraflar, tasfiye nedeniyle yapılan masraflar ve arsa sahibinin üçüncü kişilere ödemek durumunda kaldığı cezai şart bedelleri gibi fiilen uğranılan zararlardır.⁴⁹⁰

Kaçırılan fırsatlarla kastedilen ise bir başka yükleniciyle yapılabilecek olan sözleşmenin temerrüde düşen yükleniciyle sözleşme yapılması nedeniyle kaçırılmasıdır. Buna göre mütemerrit yükleniciyle sözleşmenin yapıldığı tarihteki ortalama sözleşme koşullarıyla dönme tarihinde yeniden yapılacak bir sözleşmenin ortalama koşulları arasındaki farkın menfi zarar olarak talep edilebilmesi mümkün kabul edilmelidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise yüklenicinin inşaat yapma

⁴⁸⁸ AYAN, Mehmet, s. 385; AYAN, Serkan, s. 278; BUZ, Dönme, s. 240-241; DİRİCAN, s. 61; EREN, Genel, s.1124; OĞUZMAN / ÖZ, s. 536 – 537; ÖZ, Dönme, s. 284-285; ÖZ, İnşaat, s. 176; ŞAHİN, s. 306; YAKUPPUR, s. 120; YENER, Temerrüt, s. 75; Karş. SEROZAN, Dönme, s. 589 vd.: Yazar, sözleşmeden dönülmesi üzerine istenebilecek zarar gideriminin klişeleşen menfi zarar ile çevrenmesinin doğru olmadığını, özellikle menfi zarar kavramının bir takım adaletsizliklere yol açtığından bahisle ifade etmekte ve sözleşmeden dönülmesiyle birlikte geniş anlamda müspet zararın talep edilebilmesi gerektiğini ifade etmektedir; Karş.: YALMAN, s. 124: Yazar menfi zarar kavramına yöneltilen eleştirileri reddederek söz konusu eleştiri ve güçlüklerin tüm zarar türleri bakımından geçerli olduğunu, bu eleştirilerin tek başına menfi zarar kavramını reddetmeyi gerektirmediğini öne sürmektedir.

⁴⁸⁹ AYAN, Serkan, s. 278; BUZ, Dönme, s. 160; OĞUZMAN / ÖZ, s. 536; ŞAHİN, s. 307; YENER, Temerrüt, s. 76

⁴⁹⁰ AYAN, Mehmet, s. 385; AYAN, Serkan, s. 279; BUZ, Dönme, s. 243 vd.; DİRİCAN, s. 62; EREN, Genel, s. 1124-1125; OĞUZMAN / ÖZ, s. 396 vd.; ÖZ, Dönme, s. 287 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 176-178; REİSOĞLU, s. 390; ŞAHİN, s. 308; YAKUPPUR, s. 120; YENER, Temerrüt, s. 78 vd.

ve teslim etme borcunun karşılığını arsa payı devretme oluşturduğundan, mütemerit yükleniciyle sözleşme yapıldığı tarihte ortalama sözleşme koşullarına göre devredilecek arsa payı oranıyla, dönme tarihindeki ortalama sözleşme koşullarına göre devredilecek arsa payı oranlarının arasındaki farkın menfi zarar olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁴⁹¹

İnşaatın bir kısmının tamamlanmış olması halindeyse; sözleşmeden dönmenin sonucu olarak tarafların ifa edilmiş edimleri geri vermesi gerektiğinden, inşaatın tamamlanan kısmı oranında arsa payına karşılık gelen parasal değer ve ya istisnai durumlar bakımından arsa paylarının yükleniciye iadesi gerekecektir. Sözleşmeyle yükleniciye kalması kararlaştırılan toplam arsa paylarının piyasa rayicinden yükleniciye iade edilen söz konusu bedelin düşülmesiyle inşaatın tamamlanması için gereken bedel bulunacaktır. Ancak fiili olarak inşaatın tamamlanabilmesi bu miktardan daha fazla bir harcamayı gerektiriyorsa, aradaki farkın arsa sahibinin menfi zararı olduğu ve bu zararın tazminin talep edilebileceği kabul edilmelidir.⁴⁹²

cc. Sözleşmenin Sürekli Edimli Sayılması ve Sözleşmenin Sona Ermesine Etkisi

Sürekli edimli sözleşmelere ilişkin getirilen söz konusu düzenlemeyi incelemek konumuz açısından tek başına yeterli değildir. Nitekim, daha önce de değinildiği üzere⁴⁹³ kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu yönündeki görüşlerin yanı sıra sürekli edimli bir sözleşme olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Bu bağlamda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli veya sürekli edimli bir nitelikte olup olmadığı konusu tartışmalı olup; sözleşmenin ani edimli olarak nitelendirilmesi halinde TBK'nun 126. maddesiyle getirilen düzenlemeye başvurulamayacak ve 125. maddede sayılan seçimlik haklar uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi dönme olarak nitelendirilecek ve sözleşme geriye etkili olarak sona erecektir. Ancak sözleşmenin

⁴⁹¹ AYAN, Serkan, s. 280; BUZ, Dönme, s. 246 vd.; DİRİCAN, s. 62; EREN, Genel, s. 1125; OĞUZMAN / ÖZ, s. 401; ÖZ, Dönme, s. 289-290; ÖZ, İnşaat, s. 177-178; REİSOĞLU, s. 390; ŞAHİN, s. 311 vd.; YAKUPPUR, s. 121; YENER, Temerrüt, s. 81 vd.

⁴⁹² AYAN, Serkan, s. 281.

⁴⁹³ Bu çalışmada bkz: Birinci Bölüm, II, A, 4 numaralı başlık.

sürekli edimli bir nitelikte olduğu kabul edildiğinde ve sözleşmenin ifasına başlanmış olması halinde, TBK'nun 126. maddesi uygulama alanı bulacak, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi fesih olarak nitelendirilecek ve sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir. Sözleşmenin ani ya da sürekli edimli olarak nitelendirilmesinin yarattığı bu farklılık, yükleniciden hak iktisap eden üçüncü kişileri de ilgilendiren sonuçlara yol açacaktır. Bu nedenle her iki görüşün dayanakları da incelenmeli, ardından Yargıtay'ın konuya ilişkin getirdiği çözüm de incelenmelidir. Zira, Yargıtay hangi hallerde sözleşmenin sürekli edimli sayılacağına ilişkin bir çözüm getirmiş olup, incelenecek olan söz konusu içtihat istikrarlı bir şekilde yerleşmiştir.

aaa. Sürekli Edimli Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sözleşmeyi sona erdirmesi bakımından uygulanacak hukuk kuralının tespitinde öncelikle borca konu sözleşmenin sürekli edimli mi ani edimli mi olduğu tespit edilmelidir.⁴⁹⁴

Mülga Borçlar Kanunu döneminde, borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının seçimlik haklarını düzenleyen maddelerin ani edimli sözleşmeler dikkate alınarak hazırlandığı ve bu sebeple sürekli edimli sözleşmelere uygulanamayacağı öne sürülmüş, söz konusu hükümlerin sürekli edimli sözleşmelere uygulanmasının hakkaniyete açıkça aykırı sonuçlar doğurarak adalete aykırı kararların verilebilmesine yol açacağı ileri sürülmüştü.⁴⁹⁵

6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 126. maddesiyle ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler bakımından temerrüt halinde arsa sahibinin durumuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş ve ani edimli sözleşmelerle sürekli edimli sözleşmelere uygulanacak hükümler fiili olarak birbirlerinden ayrılmışlardır.

Getirilen bu yeni düzenleme ile dönme müessesesi ile fesih müessesesinin kavramsal açıdan yerli yerine oturduğu söylenebilmektedir.⁴⁹⁶ Söz konusu

⁴⁹⁴ Bu çalışmada bkz: Birinci Bölüm, II, A, 4 numaralı başlık.

⁴⁹⁵ BAYGIN, s. 134; ÖZ, Dönme, s. 195

⁴⁹⁶ ERTAŞ, Şeref, Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan - 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 316.

düzenlemeyle ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler bakımından borçlunun, konumuz açısından yüklenicinin, temerrüdü halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi söz konusu olacak, ani edimli sözleşmeler bakımındansa, mülga kanun döneminde olduğu gibi dönme müessesesinin gündeme gelmesiyle geriye etkili sona erme söz konusu olacaktır.⁴⁹⁷

Bu açıdan borçlunun temerrüdü halinde sürekli edimli sözleşmeler bakımından sözleşmeyi sona erdirme iradesi fesih olarak kabul edilecek, sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir.⁴⁹⁸

TBK'nun 126. maddesiyle getirilen düzenleme uyarınca; taraflar arasında ifasına başlanmış sürekli edimli bir sözleşmenin olduğu hallerde, borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatını isteyebileceği, aynen ifadan vazgeçilmesi halindeyse sözleşmenin feshedilerek zararların istenebileceği düzenlenmiştir.⁴⁹⁹ Söz konusu zararlar, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle uğranılan zararlardır.

Bu haliyle TBK'nun ani edimli sözleşmeler ve ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler bakımından alacaklının temerrüt üzerine seçimlik hakları konusunda bir ayrıma gittiği ve ani edimli sözleşmelerde alacaklıya tanınan müspet zararın tazmini seçimlik hakkının sürekli edimli sözleşmeler bakımından alacaklıya tanınmadığı söylenebilecektir.⁵⁰⁰ Ancak fesihle birlikte borçludan talep edilebilecek zararların da müspet zarar niteliğini haiz olduğu göz önüne alındığında; ani edimli sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya tanınan seçimlik hakların sürekli edimli sözleşmeler bakımından da alacaklıya tanındığı, ancak müspet zararın giderilmesi hakkının ani edimli sözleşmeler bakımından alacaklıya tanınan seçimlik haklara ilişkin düzenlemenin aksine ayrı bir hak olarak alacaklıya

⁴⁹⁷ AYAN, Mehmet, s. 387; ERTAŞ, Değerlendirme, s. 316; NOMER, s. 307

⁴⁹⁸

⁴⁹⁹ BAYGIN, s. 135; ERTAŞ, Değerlendirme, s. 316-317; KARA, Hacı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, TBB Dergisi, Sa. 107, 2013, s. 364-365.

⁵⁰⁰ ERTAŞ, Değerlendirme, s. 317.

tanınmayıp, fesihle birlikte talep edilebileceği düzenlenmiştir.⁵⁰¹ Dolayısıyla müspet zararın tazmini seçimlik hakkı bakımından yapılan açıklamalar, sürekli edimli bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklının şartları oluşmasıyla sözleşmeyi feshetmesi durumunda da geçerli olacak ve alacaklı, fesihle birlikte müspet zarar olarak değinilen zarar kalemlerinin tazminini borçludan isteyebilecektir.

126. maddenin lafzında, alacaklının fesih ve sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğranılan zararların giderilmesi seçimlik hakkını tercih etmesi halinde aynen ifa için borçluya ek bir süre tanınmasının gerekli olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme görülmemektedir. Ancak doktrinde; 126. maddenin, 123. maddeden bağımsız olarak yorumlanamayacağı, 126. maddeyle düzenlenen fesih ve sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğranılan zararların giderilmesi seçimlik hakkının kullanılabilmesi bakımından da değinilen süre verilmesine gerek olmayan istisnai haller bulunmadıkça, aynen ifa için borçluya bir ek süre verilmesi gerektiği, haklı olarak savunulmuştur.⁵⁰²

Sözleşmenin sürekli edimli bir nitelikte olması, ancak henüz ifasına başlanmamış olması halinde alacaklının hangi haklara sahip olacağını da tespit etmek gerekir. TBK'nun 126. maddesi; ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmeler bakımından bir düzenleme getirmekte olduğundan ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşme bulunması ve borçlunun temerrüde düşmesi üzerine dönme hakkının kullanılabilmesi ve TBK'nun 125. maddesinin uygulama alanı bulacağını kabul etmek gerekir.⁵⁰³

⁵⁰¹ BAYGIN, s. 135-136; BUZ, Vedat, Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 107 vd.: Yazar; kanun koyucunun amacının, fesihle birlikte müspet zarar talep edileceği yönünde düzenlemede bulunmak olduğunu kabul etmekte, ancak bunu eleştirerek ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmeler bakımından alacaklıya menfi zararın tazminini talep etme hakkı verilmemesinin doğru olmadığını mukayeseli hukuk ve doktrin görüşleri uyarınca açıklamaktadır. Bu bağlamda ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmeler bakımından dönme hakkının yerini fesih müessesesinin alacağı ve menfi zararın talep edilmesi hakkının ise alacaklıya ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmeler bakımından da verilmesi gerektiğini savunmaktadır.

⁵⁰² BAYGIN, s. 136; ERTAŞ, Değerlendirme, s. 317.

⁵⁰³ BAYGIN, s. 136; BUZ, İfa, s. 108-109.

bbb. Sözleşmenin Geriye ya da İleriye Etkili Olarak Sona Ereceğini Öne Süren Görüşler

Sözleşmenin geriye mi yoksa ileriye mi etkili olarak sona ereceğinin belirlenmesi, sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu konusunda yapılacak nitelendirmeye göre değişecektir.

Sözleşmenin sürekli edimli olduğunun ileri sürülmesi; bir sonuç taahhüt eden yüklenicinin aynı zamanda eseri meydana getirme faaliyetleri bakımından da bir iş görme borcu yüklendiğinin kabulünü gerektirir. İş görme edimleri, nitelikleri gereği işin görülebilmesi bakımından zamana yayılan borçları kapsamaktadır. Bu sebeple iş görme edimleri içeren sözleşmelerin sürekli edimli sözleşmeler olduğu,⁵⁰⁴ eser sözleşmesinin de yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun bir iş görme faaliyeti olması sebebiyle sürekli edimli olduğu, yüklenicinin ediminin eser sözleşmesinden alındığı atipik kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de bu bakımdan sürekli edimli sözleşme sayılması gerektiği doktrinin bir bölümü tarafından ileri sürülmüştür.

Bu görüşün savunulmasıyla sürekli edimli bir sözleşme olduğu kabul edilen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü üzerine sona ermesiyle arsa sahibinin sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebileceği ve bu şekilde sözleşmenin sona ermesiyle yüklenicinin yaptığı işle orantılı olarak karşılık talep edebileceği kabul edilmektedir.⁵⁰⁵

Sözleşmenin ani edimli olarak nitelendirilmesi ise; eseri teslim borcunun bir sonuç borcu olmasından bahisle sözleşmenin mutlak anlamda ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşüne dayanmaktadır.⁵⁰⁶

Yüklenicinin eseri teslim edebilmek adına yaptığı ve zamana yayılan faaliyetler ise bu görüş uyarınca ifa için yapılan hazırlık faaliyetleri olarak değerlendirilmektedir. İnşa etme eylemi olarak adlandırılacak bu faaliyetlerin ifa için hazırlık mahiyetinde değerlendirilmesi; faaliyetlerin alacağı zamana bakılmaksızın ifa olarak değerlendirilmemesi ve sözleşmeyle kararlaştırılan sonuç

⁵⁰⁴ ÖZ, Dönme, s. 16

⁵⁰⁵ ÖZ, Dönme, s. 17

⁵⁰⁶ ÖZ, Dönme, s. 17

gerçekleşmedikçe borcun ifa edilmediğinin kabul edilmesi gerektiği sonucunu ortaya koyacaktır. Bu durumda yüklenicinin inşaatı tamamlamadığı sürece bitirme oranına bakılarak ifanın belirli oranda tamamlandığı söylenemeyecek, bina kararlaştırılan şekilde tamamlanıp arsa sahibine teslim edildiği takdirde ifanın gerçekleştiği kabul edilecektir.

Bu görüş uyarınca sonuç gerçekleştirme borcu içeren sözleşmelerin ani edimli sözleşmeler olduğu, eser sözleşmesinin de yüklenicinin eseri teslim etme borcu bakımından bir sonuç gerçekleştirme borcu içermesi sebebiyle ani edimli olduğu, yüklenicinin ediminin eser sözleşmesinden alındığı atipik kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de bu bakımdan ani edimli olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmuştur.⁵⁰⁷

Bu görüşün savunulmasıyla ani edimli bir sözleşme olduğu kabul edilen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü üzerine sona ermesiyle arsa sahibinin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak dönme suretiyle sona erdirebileceği ve bu şekilde sözleşmenin sona ermesiyle sözleşmeden dönmeye ilişkin değinilen sonuçların gündeme geleceği, yüklenicinin yaptığı işle orantılı olarak karşılık talep edemeyeceği kabul edilmektedir.

Sözleşmeyi mutlak şekilde ani edimli ya da sürekli edimli olarak nitelendirmeyip, her olayın somut özelliğine göre hakimin ani edimli sözleşmelere ilişkin hükümleri ya da sürekli edimli sözleşmelere ilişkin hükümleri uygulayabileceği de savunulmuş, buna bağlı olarak sözleşmenin somut olayın özelliğine göre tarafların menfaat dengesi göz önüne alınarak geriye ya da ileriye etkili olarak sona erebileceği de savunulmuştur.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ ÖZ, Dönme, s. 18

⁵⁰⁸ Karma görüş ile ilgili bilgiler için bkz: ÖZ, s. 19; SEROZAN, Dönme, s. 175-176: Yazar bu konudaki görüşünü şu sözlerle ifade etmiştir: “*Düşünülsün ki, eserin eksik haliyle, alacaklı için oluşturduğu zenginleşme değeri, sözleşmede kararlaştırılmış ücretten pek çok düşük, hatta, belki “sıfır” olabilir. Bu durumda emekçinin emeğinin gerçek karşılığını almaksızın, boş yere çalışmış olması gibi çok çarpıcı bir adaletsizlik ortaya çıkacaktır. Öyleyse, eser sözleşmesi, katıksız bir sürekli sözleşme ilişkisi sayılamayacağı halde, emekçinin harcamış olduğu emeğin korunmaya değer bulunduğu durumlarda, salt “feshedilebilmeli”, böylelikle, emekçinin, kararlaştırılmış ücretin, hiç değilse, fesih anına dek yapıлып tamamlanmış işi karşılayan bölümüne kavuşması sağlanmalıdır. Böylesine adaletli bir çözümü, eserin, eseri ısmarlayan indinde bir bölünmez bütün oluşturması da engelleyemez.”*

ccc. Dönmenin Feshe Tahvili

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu ya da sürekli edimli bir sözleşme olduğu konusunda doktrinde fikir birliği oluşmamış olması ve Yargıtay'ın da içtihatlarında sözleşmeyi ani-sürekli karmaşığı olarak nitelendirmesi, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin ne şekilde nitelendirileceği sorununun gündeme getirecektir.

Buna göre; dönmenin geriye etkili olması sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin dönme niteliğinde kabul edilmesinin bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği öne sürülebilmektedir. Nitekim; büyük bir kısmı tamamlanmış inşaatlar bakımından, yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkmasıyla, yüklenici sadece malzeme ve işçilik giderlerini geri alabilecek, bu durum yüklenicinin mağdur olmasına, arsa sahibinin ise haksız yere zenginleşmesine yol açacaktır.⁵⁰⁹

Sözleşmeden dönülmesinin feshe tahvil edilemeyeceğini, diğer bir deyişle arsa sahibinin sözleşmeden dönme iradesinin sözleşme ileriye dönük olarak ortadan kalksın diye fesih olarak nitelendirilmemesi gerektiğini savunan görüşün temel dayanağı, kusuruyla temerrüde düşen yükleniciye yaptığı iş oranında arsa payı verilmesinin yükleniciyi koruyan bir değerlendirme olacağı yorumudur. Bu durum, hem hakkın kötüye kullanılması niteliğinde uygulamalara yol açabilecek⁵¹⁰, hem de kusurlu yüklenicinin ödüllendirilmesi olarak yorumlanabilecektir.

Ancak tahvili kabul etmeyen bu görüş uyarınca; yüklenicinin sadece malzeme ve işçilik giderlerini geri alabilmesi de adil bir çözüm olmayıp, en azından kusuru olmaksızın temerrüde düşen yüklenicilerin malzeme ve işçilik giderini aşan bir karşılığı da talep edebileceği kabul edilmelidir.⁵¹¹

⁵⁰⁹ AYAN, Serkan, s. 287

⁵¹⁰ AKYOL, s. 24: Yazarın belirttiği üzere, kanundan veya sözleşmeden doğan hakkın kötüye kullanılması, çelişkili durumların vuku bulması gibi hallerin amaca aykırılık olarak nitelendirilerek hakkın kötüye kullanılması kapsamında yer aldığı düşünüldüğünde; anlatılmak istenen husus, yüklenicinin çoğu zaman inşaatı tamamladığı nispete arsa payına hak kazanacağını bilmesiyle üzerine inşaatı bilinçli olarak yarıda bırakabileceği varsayımından hareketle dönmenin feshe tahvil edilmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde uygulamalara yol açabileceğidir.

⁵¹¹ AYAN, Serkan, s. 288; ÖZ, Dönme, s. 220.

Dönmenin yerini inşaatın çok büyük kısımlarının tamamlanmış olması halinde feshin alması gerektiğini savunan görüş ise, sözleşmenin ileriye dönük olarak sona ermesi halinde yüklenicinin hiçbir zaman hak ettiğinden fazlasını alamayacağını ve kusurlu yüklenicinin de gecikmeden doğan zararlardan sorumlu tutulacağını, dolayısıyla en adil çözümün dönme iradesinin feshe tahvili olduğunu savunmaktadır.⁵¹²

Sözleşmenin sürekli edimli olduğu savunulduğunda, sürekli edimli sözleşmelere ilişkin TBK'nun 126. maddesi uyarınca fesih müessesesi gündemde olacağından, tahvil anlayışının reddedilmesi gerekecektir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin kati surette sürekli edimli bir nitelikte olduğunun savunulması halinde sözleşmeyi sona erdirme iradesi zaten fesih olarak nitelendirileceğinden tahvil kurumuna başvurmaya gerek kalmayacaktır.

ddd. Yargıtay Uygulaması

aaaa. İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarih, 1983/3 esas ve 1984/1 karar numaralı kararıyla getirilen içtihat, günümüze kadar istikrarlı bir şekilde takip edilmiş ve yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği borç karşısında temerrüde düşmesi halinde üçüncü kişilerin hukuki durumunu da etkilemiştir. Bu nedenle söz konusu kararın konumuz bakımından önemine binaen tam metninin verilmesinin ardından karara ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarih, 1983/3 esas ve 1984/1 karar numaralı kararı:⁵¹³

“ ÖZET : 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. Maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi

⁵¹² AYAN, Serkan, s. 288-289.

⁵¹³ YİBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984, Resmi Gazete, sa.18325, s. 18.

gerekir. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğurur.

(...)

1 — Kararlar arasındaki içtihat uyumsuzluğu, 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 uygulanamayacağına toplanmaktadır. Onbeşinci Hukuk Dairesinin kararlarında, bu hallerde, 360. maddenin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararında ise, müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda uyumsuzluğun yalnızca Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri uyarınca çözümlenmesi, 360. maddenin kıyasen uygulanamayacağı görüşü benimsenmiştir.

Raportör üyenin, konuya ve ayrıca sorunun çözümüne ilişkin bilimsel görüşler hakkındaki açıklamaları da dinledikten sonra, aşağıdaki gerekçelerle içtihat uyumsuzluğu giderilmiştir.

2 — Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukukî sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108.) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. 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. maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğu göre, hakimin görevi, herşeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün 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 benimsenmemiştir.

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

3 — A) Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106 - 108. maddelerde) borçlunun kısmî temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmî temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin birinci fıkrasında «—akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği—» belirtildiği halde, borçlunun kısmî ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut «kanun içi» boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medenî Kanunun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci 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. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı 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 davranmalıdır. 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 iade edecektir. İade edilecek bu kısmi ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.

B) İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «anî edimli» sözleşmeler gurubunda mütalâa edilmekte, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri «geçici - sürekli karmaşığı» bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106 -108. maddeleri ise, anî edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukukî sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılaşmaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretilde ifade edilmektedir. 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. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığın belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106 -108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa-, bazı istisnaî hallerde «hakkı şekle mahkûm edecek derecede» adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkâr olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medenî Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk - İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, Medenî Kanunun 1. Maddesinden

değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen «hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından» yararlanılabilir. Bu gün hâkim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnâî hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medenî Kanun tasarısını Millet Meclisine şevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: «—Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukukî yolların kapalı bulunduğu hallerde, MK. m. 2 f.2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkân sağlamaktır—». Prof. Dr. Zahit İmre'nin Türk Medenî Hukukuna göre Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde (Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973. Sh. 173) görüşüne yer verilen İsviçre'de Medenî Hukuk Profesörü MERZ'in ifade ettiği gibi,, bu durumlarda, şeklî hukuktaki hakkı, maddi adalet mülâhazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. Ord. Prof. Dr. Andreas B. SCHVVARZ'ın (Medenî Kanununun 2, maddesi ile Borçlar Kanununun 106 -108. maddelerine ilişkin) görüşü de; özetle şöyledir:

I-MK. 2. maddesindeki esaslar, kanunun harfî harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hâkim bulunmaktadır. Bu umumî esaslar kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir (Medenî Hukuka Giriş, ;İstanbul 1946, Sh. 203 vd). II - MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlâl edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlâli sebebiyle fesih hakkı kuralı takdirî bir kuraldır. Bu hususta hâkimin, her hadisede «fesihin doğuracağı sonuçlar bakımından» böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağı, halin 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. Medenî Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın tâlilîliği (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. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır:

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK. 106 -108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukukî sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106 -108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmî ifasını bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de-, müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

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. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunu n 2. 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 bakımından muhalefet şerhi)

(...) kararların bir teki dahi (bedel) yani (para) karşılığı yapılan inşaat sözleşmesi ile 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 Kanunu'nun 358, 360 ve 371 inci maddeleri hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara ait bulunmasına rağmen, — her nedense — Tevdihi İctihat Kararının hemen hemen hiçbir yerinde (ana metnin ikinci

satın içindeki tek kelime dışında) bu «maddî olay» yönüne değinilmediği gibi, sanki, Tevhidi İçtihat isteği — genel olarak — «para karşılığı inşaat yapımı» uyumsuzluğundan kaynaklanmış ve bu nedenle böyle bir karar verilmişcesine, — okuyanlar üzerinde— yanlış bir kanaat ve intiba uyandırır tarz ve üslûpla kaleme alınmış bulunmaktadır.

(...)

Tevhidi içtihadada neden olan kararlarda yer alan «maddi vâkiâ» ve varılan hukuki görüşlere, — Bu Tevdihi İçtihat Kararında olduğu gibi — karar metninde hiç yer verilmeden, «mücerret olarak» kararın kaleme alınmış olması hali, o kararın, hangi benzer olaylarda uygulanacağı hususunda, başta, mahkeme hâkimleri olmak üzere, bil'umum sair ilgilileri tereddüde sevk eder ve sebepsiz olarak yanlış uygulamaların ve hatta «karşılıklığa» neden olur ve olacaktır da!..

Yargıtay Kanunu'nun 45/f.5 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, (İçtihadı Birleştirme Kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.)

Bu «Tevhidi İçtihat» isteği ile ilgili olarak «Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nda ayrı ayrı zamanlarda ve tam dört defa yapılan müzakereler sırasındaki her konuşmamda da belirttiğim üzere, Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesine ait —bu muhalefet şerhinin baş kısmında — tarih ve numaraları yazılı daire kararları ile Yargıtay Genel Kuruluna 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 belirtilmiş olan (süre) içinde tamamlamıyarak inşaatı yarıda bırakıp işi terk'eden 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 müteahhit, o binanın mülkiyetine ortak'mı olacak, yoksa, Borçlar Kanununun «haksız iktisap hükümleri»ne göre, müteahhidin arsa sahibinden sadece inşaatı yarı bıraktığı ana kadar o inşaatı sarf ettiği ve inşaatın bünyesine giren (malzeme bedeli + işçilik ücreti =) toplamı neye balığ oluyorsa sadece onu (para) olarak mı alabileceği noktasında, toplanmakta idi. Özel daire, münhasıran, inşaatı yapılıp ikmal edilmiş olan ve sadece yapımında «nefaset farkı» bulunan

istisna akitlerinde ancak uygulanma olanağı bulunan ve bu nedenle de yarı kalan ve henüz tamamlanmamış olan inşaatlarda asla uygulanması mümkün bulunmayan — Borçlar Kanununun 360/f.3 hükmünün — (kıyas yolu) ile yarı kalmış inşaatlarda da uygulanabileceği, iddia ve görüşünde idi. Buna mukabil, «Yargıtay Hukuk Genel Kurulu» ise, —6/10/1982 gün ve 356/817 sayılı kararında açıkça belirttiği üzere kendi kusuru veya ihmali ile inşaatı yarı bırakan müteahhidin (arsa sahibi) inşaat sahibinden biraz önce belirttiğimiz üzere, sadece, (inşaatın bünyesine giren malzeme bedeli + o inşaatın o hale gelebilmesi için inşaatla kullanılan usta ve işçilik ücretleri) toplamı neye bağlı oluyorsa o miktarı (para) olarak alabileceği ve fakat asla kendisine müteahhitlik kârı karşılığı olarak kendi kusuru veya ihmali hareketi ile yarı bıraktığı o inşaatın (daire) verilemeyeceği, aksi halde (kusurlu müteahhidin (kâr karşılığı kendisine daire verilip o apartmanın malikleri arasına girdiği sürece) malzeme ve işçilik ücretlerinin — piyasa şartlarına göre— yükseliş gösterdiği hallerde işi yarıda bırakmasının onun lehine daha kârlı bir sonuç doğuracağı ve arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin asıl gayesinin inşaatı bîr an önce bitirmeyi hedef aldığı ve aksi takdirde «kusurlu» veya «keyfi» hareketi sonucu inşaatı yarıda bırakıp arsa sahibini kendi kaderi ile baş - başa bırakan ve bunun sonucu olarak onu mahkeme kapılarında süründürüp perişan eden müteahhidin aynı binada arsa sahibi ile birlikte (kat maliki) durumuna girmesinden, burada sayılamıyacak kadar, değişik mahzurlar ortaya çıkacağı ve bu halin tam bir (huzursuzluk kaynağı) oluşturacağı ve müteahhidin (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 esprisinin her şeyden önce apartmanda huzur ve sükunu sağlamak olduğu ve eskilerin (ev alma, komşu al!..) deyimini kullandıkları, bunun da ancak (kusurlu) hareketi ile inşaatı yarıda bırakıp kaçan müteahhide sadece yaptığı işe karşılık (nakip para) vermekle mümkün olabileceği, noktasında toplanmakta idi.

«Tevhidi içtihat» müzakereleri sırasındaki müteahhit konuşmalarında da etraflıca ve mükerreren belirttiğim üzere, müteahhidin (kâr) karşılığı olarak ve yaptığı iş oranında o apartmandan daire alabilmesi yani (kat mâliki) olabilmesi için Borçlar Kanununun 371 inci maddesi şartlarının -o olayda - gerçekleşmiş olması icap eder. Müteahhit 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 - mütebaki kısmı bitirememiş ise, işte bu takdirde ve bu şartlar altında, ancak hâkim, Medeni Kanununun ikinci maddesinde yer alan (objektif iyi'niyet) ve (hakkaniyet) kuralları içerisinde, elbette, böyle bir müteahhide yaptığı işle orantılı olarak o inşaatı bir karşılık yani (daire) verecek ve onu (kat mâliki) durumuna getirecektir. Bilindiği üzere. Medenî Kanununun ikinci maddesi hükmünde yer alan «objektif iyi'niyet kuralı», her hukuk kuralının en üstünde yani (zirvede) yer alan ve her halükârda hâkimin «resen kendiliğinden» göz'önünde bulundurup uygulaması gereken bir «ana kural» olması itibariyle, bu kuralın, bu «Tevhidi içtihat» kararında hâkimleri müteahhitler lehine, -inşaat ne oranda yapılmış olursa olsun ve müteahhit yaptığı inşaat hangi sebepler altında yarı bırakırsa bıraksın, aman, sen bu kuralı her zaman müteahhide uygula!.. Sakın bunu hatırdan hiç çıkarma!..- anlamı, yaratacak bir ifade uslûbü içerisinde kaleme alınıp işlenmiş olması, genç ve tecrübesiz hâkimleri daima yanlış ve haksız bir uygulamaya sevk edecektir. Halbuki, bu «tevhidi İçtihat Kararı», şimdi benim bu «muhalefet şerhi»nde, Borçlar Kanununun 371 inci maddesi hükmü ile ilgili olarak belirtmeğe çalıştığım ve müteahhidin hiçbir «kusuru -keyfi hareketi» olmaksızın, inşaatın en az % 80-90 nisbetinde ikmal edilmiş olmasına rağmen, müteahhidin «halî - âcize» düşmesi veya ölümü sonucu ya n kalması halinde ancak uygulanabileceği ve «iyi'niyet kuralı»nın bu şartlar dışında müteahhit lehine uygulanmasına imkân olmadığı, aksi halde, müteahhidin - sudan sebeplerle - inşaatı daima yarıda bırakıp kaçma kanaat ve temayülünü gönlünde taşıyacağı görüşünün, heyetçe, -12 özel daire görüşü oyuna karşı, 65 gibi çok farklı bir oyla – benimsenmesi sonucu, ittihaz buyrulmuş bir karardır.

«Tevhidi içtihat Kararı» bizim ve muhalefet şerhinde açıklamaya çalıştığımız «hukukî görüş» doğrultusunda çıkmış olmasına rağmen, kararın kaleme almış şekli itibariyle, uygulamada bazı tereddüt ve hatta yanlış anlamlara 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 ifade

edilmiştir. Borçlar Kanununun 358. maddesi hükmü müteahhidin temerrüdünün «diğer bir çeşidini» hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu «Tevhidi İçtihat Kararı»na ana dayanak yapılmış olan (temerrüt nedeniyle akdin feshi - B.K. m. 106 -108) hali ile, Borçlar Kanununun 358/f.1 hükmünün iş sahibine (arsa sahibine) «geriye etkili dönme hakkı tanımış olduğu» hususunda, doktrinde ittifak vardır (Guhl-Merz-Kummer , Das Schweizerische Obligationenrecht - İsviçre Borçlar Hukuku - 7. Aufl. Zürich 1980, s. 47. IV, 3, sayfa-. 453, Oser-Schönenberger , Art . 366, Nr . 2, Becter, Art , 366, Nr . 4, Prof, Dr . Halûk Tandoğan, Arsa üzerine inşaat yapma sözleşmelerinde işi tamamlamadan bırakan müteahhidin yapılan kısım la orantılı ücret almaşı sorunu üzerinde görüşler - Banka ve Ticaret Hukuk u Dergisi, Haziran 1981, Cilt XI, Sayı: 1, Sayfa 33 den naklen). Binâenaleyh, -Tevhidi içtihat Kararına göre - Borçlar Kanununun 358. maddesi hükmü gereğince erken dönemde «akdin feshi» geriye etkili olarak kabul edilirken, işi yarıda bırakan müteahhidin bir de mütemerrit olması halinde «akdin feshinin geriye etkili olamayacağını» bu kararda ileri sürmek, müteahhidi hakkaniyete hiç de uygun olmayan bir biçimde «koruma» sonucunu doğurur.

«Tevhidi İçtihat Kararı»nın (B) bendinin ikinci paragrafında, müteahhidin «kısmi temerrüdünün» sonuçlarının ne olacağı hususunda Borçlar Kanununda bir «boşluk» olduğuna değinildikten sonra ilâveten «bazı istisnaî hallerde hakkı şekle mahkûm edecek» derecede, adalete aykırı sonuçlar ortaya çıkacağı belirtilerek bu haksızlığın ancak Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü ile giderilebileceği görüşü ortaya atılmıştır. Bizim şahsî 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 sayılmayacak 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 İçtihat Kararı»nda, müteahhidin inşaatı sözleşmede belirtilen süre içinde tamamlamayıp temerrüde düşmesi nedeniyle Borçlar Kanununun 106 -103 inci maddeleri hükümlerine göre yapılacak feshin «kural olarak» geriye yürürlü (etkili) olacağı, ancak (istisnaen) 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 iyi niyet kuralının uygulanması görüntüsü altında- kusurlu müteahhide yaptığı az işle orantılı ücret yani (apartman dairesi) verilmesi yolunun açılması tehlikesini doğuracak bir mahiyettedir. Halbuki, «objektif iyi niyet» kuralı, ancak, işin (inşaatın) tamamına yakın büyük bir kısmının yapıp tamamlandığı ve geriye cüz'î bir kısmının kaldığı hallerde «ileriye etkili» feshi, haklı kılar, yoksa müteahhit, velevki işin yarısından fazlasını yapmış olsa bile, «kusuruyla» veya «keyfi» olarak işi (inşaatı) yarıda bırakmış ve geri kalan kısmı -B.K . 371. maddesi şartları da olmamasına rağmen tamamlamak için hiçbir çaba göstermemiş ise, kendisinin «objektif iyi niyet» kuralına dayanması ve bu kuralla mükâfatlandırılması asla mümkün değildir. Bu tevhide içtihatla ilgili müzakereler sırasında açıkça belirttiğim üzere, işi (inşaatı) kusuruyla yarıda bırakan mütemerrit müteahhide yaptığı işle orantılı (işçilik ücreti + inşaatın bünyesine giren malzeme bedeli toplamı nakit para dışında) kâr (daire) vermek, yalnız müteahhidin «sun'û taksiri» olmadan işi (inşaatı) yapmaktan acze düşmesi veya ölmesi halinde o müteahhide (kâr) verilmesini öngören B. K.'nin 371. maddesi hükmüne aykırı bir sonucun da ortaya çıkmasına neden olur. Bu halin doğuracağı sakıncalar ise çok aşikârdır.

SONUÇ : Yukarda açıklanan nedenlerle işbu (Tevhidi içtihat Kararına) gerekçe yazılışı noktasından, muhalifim.

İsmail Doğanay

11. Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

Çoğunluk 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 hatta daha sonra verilen sürelerle rağmen kendi kusuru ile zamanında yerine getirmemiş olmasından ibarettir. Bu maddi olay karşısında hukuki sorun ise, istisna sözleşmesine ve kanun hükümlerine göre alacaklının sözleşmeyi fesh hakkı olup olmadığı, alacaklının akti feshe hakkı varsa fesih sonunda borçlunun alacağına ne

olması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Başka bir ifade ile, yukarda sözü edilen maddi olayda, kanunun hangi hükmünün uygulanacağı uyuşmazlık konusudur.

FESİH HAKKI

Görüşmeler sırasında bu hususta üç ana görüşün ileri sürüldüğü gözlenmiştir. Birinci görüşe göre, İçtihadı birleştirme konusu maddi olay hakkında Borçlar Kanununun genel ve özel hükümlerinde bir açıklık bulunmamaktadır. İkinci görüşe göre, Borçlar Kanununun özel hükümlerinde açıklık bulunmadığından işin genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Üçüncü görüşe göre de, Borçlar Kanununun istisna (Eser) sözleşmelerini düzenleyen hükümler arasında olaya uygun hükümler bulunmaktadır. 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 itibar edilmemiştir. 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 çözümlenmesi mümkündür. Ancak, şurasını belirtmekte de yarar varki, 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 İçtihad birleştirme kararında ifade edildiği gibi Kanunun yorumunda, sözünü esas tutmak ve sözünden çıkan anlamı Kanunun tümünden çıkan anlam ile çelişme halinde bulunmadığı takdirde bu anlamı esas almak, bir çelişme bulunması halinde tümünden çıkan anlamı uygun şekilde yorum yapmak Medeni Kanunun 1. maddesi gereği bulunmaktadır. Öyle ise, önce kanunun sözlerine ve sonra da Kanunun bu konudaki anlamına uygun olarak Kanunda bir hüküm bulunup bulunmadığının araştırılması sonuca ulaşmak için zorunludur. Borçlar Kanununun 358/1. maddesine göre müteahhit (yüklenici) işi tehir eder ya da iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki 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 olaya aynen uyduğu halde fesih hakkı yönünden Kanunu n açık hükmünün sadece (İş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline) ilişkin olarak yorumlanmasının yorum kurallarına uygun düşmediği açıktır. Söz konusu Kanun hükmü bir yönü itibarı ile anıldığı gibi ise de yorum suretiyle açıklanacak sebeplerle diğer sonuca ulaşmakta o kadar mümkün bulunmaktadır. Genelde, Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde hakimin ilk başvuracağı yol kuşkusuz hukuki yorumdur. Bu itibarla, hukuki yorumla kanunun özel bir hükmünü uygulama olanağı varsa artık genelde olsa kanunun başka bir hükmünün olaya uygunluğunu araştırmaya gerek yoktur. Hukukî yorumla sonuca üç surette ulaşılabilir: 1 — Evleviyet «a fortiori», 2 — Kıyas « a Pari», 3 — Mefhumu muhalif «a contirario» (E. Ars^bük. M . K. Sh. 96). İşte, Kanun hükmü bu kurallardan faydalanarak yorumlanabilir. İşin zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması halinde alacaklının fesih hakkının bulunduğu Medeni Kanun 358/1. maddesinde açıkça yazılıdır. İçtihat konusu maddi olayda ise, borçlu yüklenici, alacaklının hiçbir kusuru olmadan tamamıyla kendi kusuru nedeniyle işi zamanında bitirememiştir. 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 gerekir. İstisna sözleşmesine ilişkin tüm maddi ve hukuki olaylardan en evvel akla gelen örnek olayın herhalde 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 B. K. 358/1. maddesinde başka bir ifade ile ortaya koymak suretiyle bu yöndeki tüm olayları karşılamak istemiştir. Onun için arsa payı karşılığı bina yapımı sözleşmelerinde Borçlunun kusuru ile iş zamanında bitirilememişse alacaklının sözleşmeyi feshetme hakkı bulunduğu haydi haydi kabulü gerekir. Çoğunluk görüşünde ise bu fesih hakkı alacaklıya B. K. 106. maddesi gereğince tanınmıştır.

FESHİN SONUÇLARI

İçtihadı birleştirmeye neden olan asıl hukuki sorun ve de uyumsuzluk feshin sonuçlarının ne olacağına toplanmaktadır. Hatta denebilirki, işin zamanında bitirilememiş olması sebebiyle borçlunun hakkının şu ya da bu sebeple ne olacağına

birleşilemediğinden uyumsuzluk içtihadı birleştirme genel kuruluna kadar gelmiştir. Peşin kabul etmek gerekirken, aktin feshinden sonra tarafların alacak ve borçlarının tasfiye şekli hakkında Borçlar Kanununun özel hükümleri arasında hesaplaşmanın nasıl yapılacağı yönünden gerçekten bir açıklık yoktur. Bu nedenle, istisna sözleşmesinin feshinden sonra sonuçlarının Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre tayininde zorunluk vardır. Hesaplaşmanın Borçlar Kanununun 108. Maddesine göre yapılmasında aktin, aynı Kanununun 358/1. maddesi uyarınca feshedilmiş bulunması engel teşkil etmez. Zira açıklık olmayan hallerde Borçlar Kanununun 108. maddesinin genel bir hüküm olarak tüm akitlerin feshinde uygulanma olanağı vardır. Bundan dolayı çoğunluk görüşünde borçlunun alacağıın tesbiti için başlangıçta kabul edilen bu ilkeye katılmamak mümkün değildir. Ne varki, çoğunluk görüşünde, feshin sonuçlarının tayininde Borçlar Kanununun 108. 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 tanınmamıştır. Ve böylece hesaplaşmada Borçlar Kanununun genel hükümleri esas alınmasına karşı bazı hallerde bu kuralın ihmalî ile 108. maddenin aynen uygulanmasından sarfinazar edilmiştir. Şöyleki, kanunlarda açıkça bulunmadığı halde öğretilde, 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 zararlarla karşı karşıya bırakılmasını önlemek amacı ile Medeni Kanununun 2/2. maddesine göre feshin kapsamının tayin ve tesbiti yoluna gidilmiş ve ölçü olarak olayın niteliği ve özelliği esas alınmıştır. Oysa, bu ayırım ve sonuçla Kanunda öngörülmemeyen bir değerlendirmeye başvurulmak suretiyle taraf haklarına ve uygulamaya kesin bir çözüm getirilmemiş olmaktadır. Sadece yüklenicinin durumu gözönünde tutularak sonuca ulaşmaya çalışmak hukukun eşitliği, kuralına aykırıdır.

İçtihadı birleştirmeye konu olan Hukuk Genel Kurulunun 6/10/1982 gün ve 15/817 sayılı kararının bir yerinde açıklandığı gibi, işi kusuru ile yanda terk eden ya da sürüncemede bırakan yükleniciye yaptığı kısımla orantılı bir pay verilmesi halinde yüklenici taşınmazın paydaşı olacaktır ki bu durumda yatırım kalan işlerin kim tarafından nasıl tamamlanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Kat Mülkiyeti Kanununa göre ana taşınmazın tamamı bitirilmeden kat mülkiyeti kurulamayacağından ve iskan izni alınmayacağından iş-sahibinin yalnız kendisine kalacak dairelerini bir

başkasına yaptırması mümkün değildir. Sözleşmeye göre yükleniciye kalacak bağımsız bölümleride yaptırmak zorunda kalacak olan iş sahibini peşinen böyle bir külfete katlanmak zorunda bırakmak adil bir çözüm olmayacaktır. Bu harcamalarını sonra yükleniciye tazmin ettirmesi ve gecikme tazminatı olması olanağı ise haksızlığı giderecek bir neden değildir. İş kusuru ile yarı bırakan yüklenici hem yaptığı işle orantılı kâimi almış hemde işin bizzat iş sahibi tarafından tamamlanmasının sonuçlarından yararlanmış olacaktır. Ayrıca, kusurlu yükleniciye böyle bir olanağın tanınması işin kârlı kısımlarını yapıp istediği zaman inşaatı yarıda bırakmak gibi kendi kusurundan yararlanmak olanağım da doğuracaktır. Bu itibarla, tartışmasız olan maddi olayda düşünülmesi ağırlık kazanan biri varsa o da alacaklı arsa sahibidir.

Medeni Kanununun 2. maddesi 1. bendinde aranan iyiniyet, ikinci bendinde aranan suistimal, hakların kullanılmasına ilişkin hukuk ilkeleridir. Bu iki kural kanun ya da sözleşmede açıklık bulunmayan hallerde uygulama olanağı bulunan genel kurallardır. Oysa, fesih hakkının hangi koşullarda kullanılacağı gerek B.K . 106 ve gerekse 351/1. maddesinde açıkça yazılı olduğu gibi fesih halinde borçlunun alacağının neden ibaret olacağı aynı kanununun 108. maddesinde açıkça belirlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, alacaklının fesih hakkını kullanmasında veya borçlunun alacağının neden ibaret olduğunda medeni kanununun 2/2. maddesi hükmünü uygulama olanağı yoktur. Borçlu tarafından işin az veya çok yapılmış olması, alacaklının kanun hükmüne göre doğan fesih hakkını etkilemez. Fesih hakkı doğduktan sonra hesaplaşma 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 hiçbir kusuru bulunmadığı anlaşılmasına göre, kusurlu yüklenicinin kendi kusurunun sonuçlarına katlanması kadar tabii bir sonuç düşünülemez. Ve bu sonuç hakkaniyet ilkesine en uygun olanıdır.

Bundan başka hakkın kötüye kullanılmasında sadece ızzar kastının bulunması gerekir. Borçlunun temerrüdü karşısında fesih hakkının kullanılmasındaki ızzar kastının ya da Borçlar Kanununun 108. maddesine uygun olarak tasfiye

istemesindeki izarar kastının varlığına nasıl ulaşıldığını, çoğunluk görüşünde açıklanmadığı için, anlamaya imkan bulunmamıştır.

İşte, bütün bu nedenlerden dolayı, İctihadı birleştirme Genel Kurulunca (İstisna sözleşmelerinin türü olan inşaat sözleşmesi ile alacaklının arsası karşılığında bu arsaya birden fazla daire yapmayı yüklenen borçlu yüklenicinin kendi kusuru ile işi zamanında bitirememiş olması halinde yapılan binanın kal'i çok fazla zararı gerektirse bile alacaklının Borçlar Kanununun 358/1. maddesine göre fesih hakkı bulunduğu ve aynı kanunun 108. maddesi gereğince borçlunun alacağına yapılan işin malzeme ve işçilik bedeli olduğuna, borçlunun ayrıca yaptığı işin kâr payını istemiyeceğine) şeklinde karar verilmesi gerekirken borçlar kanunun özel ve genel hükümlerindeki hukuki açıklığa rağmen buna aykırı olarak, çoğunluk görüşünde belirlenen şekilde, karar verilmiş olmasına karşıyım.

Emin Başaklar

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

1 — İctihadı Birleştirme Kararı'nın oluşmasına neden olan olayda, davacı arsa sahibi noterde düzenlenmiş sözleşme ile 4 daire ve 1 dükkân karşılığında apartman inşaatını yapmak üzere davalı yüklenici ile anlaşmışlardır. Taraflar arasında geçerli ve tipik (kat karşılığı inşaat sözleşmesi) kurulmuş olup, yüklenicinin edimi kendi levazımatı ile başkasının arsası üzerinde yapacağı inşaatın belirli bölümleri arsa sahibine bırakmak, iş verenin edimi ise, inşaatın diğer bölümlerini kat irtifakı ya da kat mülkiyeti sekimde yükleniciye veya onun göstereceği 3 ncü kişilere tapuca feragatını vermekten ibarettir. Böylece ortaya çıkan bu hukukî ilişkide karma akit niteliğinin varlığı açıktır. 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 bulunmaktadır.

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 doğuracağı açıklanmalıdır.

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

2 — Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri dışında kalan diğer istisna akitlerini Sürekli veya ani akit tipine özgü fesih kurallarının inşaat sözleşmelerine uygulanacağını söylemek te olanaksızdır, gerçekten yasakoyucu istisna sözleşmelerinin bazıları için borçlunun temerrüdü halinde uygulanacak fesih sonuçlarını belirlemesine karşın, B. K. nun 358. maddede bu konuda bir açıklık bulunmadığı ortadadır. O halde koşullan mevcut olduğu takdirde B. K. nun 360. maddenin bunlar için uygulanması amaca uygun düşer. Çünkü her şeyden önce anılan madde, inşaat sözleşmeleri ile ilgili hükümleri içermesi bakımından özel bir kural getirmiştir, Özel hüküm bulunduğu yerde genel nitelikte olan M . K. 2. madde hükmünün uygulanması teknik açıdan doğru değildir.

İkincisi objektif iyi niyet kuralını her olayda ve her aşamada uygulamak da son derece sakıncalıdır.

Nihayet B. K. nun 360. madde esasen iyi niyet kuralını da beraberinde getirmiştir. Ancak uygulamada karşılaşılabilen duraksamaları gidermek açısından belli ölçüleri içerdiği için, uygulamaya daha yatkın ve yararlar dengesine daha uygun düşmektedir.

Bu nedenlerle, M . K. 2. madde yerine B. K. 360. maddesinin kıyas suretiyle uygulanarak yasa eksikliğinin giderilmesi gerektiği görüşü ile çoğunluk oyuna karşıyım.

Edip Şimşek

15. Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

İstisna sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığında kat yapımı şeklindeki inşaat sözleşmelerinde, müteahhit, teslim gününde, hatta ek olarak verilen mehlin sonunda, inşaatı yapıp teslim etmemek suretiyle, kusuru ile borçlu temerrüdüne düşmüş ise, alacaklı durumundaki arsa sahibinin, akti feshedip edemeyeceği, fesih hakkının, Medeni Kanununun 2. maddesi çerçevesinde kullanılmayacağı hallerin öngörülüp öngörülemediği, Borçlar Kanununun 360. maddesi kıyasen uygulanarak feshin mümkün olmadığı sonucuna varılıp varılamayacağı, feshin caiz olduğu ve olmadığı hallerde, tasfiyenin nasıl yapılacağı, hususları, İctihadi Birleştirmenin konusunu oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklanan durumda, iş sahibinin akti feshedebileceği konusunda, Borçlar Kanununun istisna aktine ilişkin bölümünde, özel bir düzenleme yoktur. Gerçekten, Borçlar Kanununun 358. maddesi, müteahhidin zamanında işe başlamaması veya başlasa bile sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi veya işi bütün tahminlere göre zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması, veya imal sırasında müteahhidin kusuruyla ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılacağına katıyetle 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 hallerini, kapsamamaktadır.

Borçlar Kanununun 360. maddesi ise, tamamlanıp teslim gününde teslim edilen eserlerdeki kusura, ayıba, eserin sözleşme şartlarına aykırı yapılmış olması haline ilişkindir. Anılan Kanunun 371. maddesinde sözü edilen «.. . müteahhidin sun'u taksiri olmadan işin bitirilememesi» halide söz konusu değildir, istisna aktine ilişkin bölümde, fesih hakkı konusunda, başkaca bir hüküm de yoktur. Fakat, Borçlar Kanununun 106 -108. maddelerinde, genel hükümlerde, konu düzenlenmiştir. 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. maddesi uyarınca, burada kıyasa gidilemez ve Borçlar Kanununun 360/3. maddesinin kıyasen uygulanması söz konusu olamaz.

Ne var ki, olayların özelliğine göre, Borçlar Kanununun 106. Maddesinden kaynaklanan fesih hakkının kullanılmasının, Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca,

afaki iyinet kurallarına ters düştüğü haller söz konusu olabilir ve bu gibi pozisyonlar ayırık tutulmalıdır.

şu var ki. vade ve munzam mehle rağmen, inşaati zamanında teslim etmeme şeklinde kusurlu olan müteahhidin, dürüstlük kurallarına uyduğu söylenemez. Böyle hallerde, temerrütteki kusur ile, dürüstlüğe aykırı davranışın iç içe bulunduğu meydandadır, Böyle durumlarda, işsahibi alacaklının, eser sözleşmesini fesih hakkını kullanması, afaki iyi niyet kurallarına aykırı davranış olarak nitelendirilemez. Kimse kendi kusurundan yararlandırılmaz.

Feshin mümkün olmadığı hallerde, sözleşme yürürlüktedir. Sözleşmede açıklık olmayan konularda Borçlar Kanununun genel ve özel hükümleri uyarınca uyuşmazlıkların çözümlenmesi gerekir.

İnşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshinin mümkün olduğu hailelerde, tasfiye konusunda. Borçlar Kanununun 108. maddesinde, iş sahibi için boşluk yoktur. Su maddeye göre, iş sahibi alacaklı «vadolunan şeyi vermekten imtina edebilir.»

şu anlamdaki, inşaat karşılığında vereceği arsa payı veya katı vermeyebilir. Veya arsa payını önceden vermiş ise, geri almak için tapu iptali davası açabilir. Ayrıca, aktin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini de isteyebilir. Fakat, kusurlu mütemerrit müteahhidin durumu için Borçlar Kanununun 108. Maddesinde bir açıklık yoktur. Borçlu müteahhit verdiklerini, yaptıklarını sebepsiz iktisap kurallarına göre isteyebilecektir. Çünkü, iş sahibi, müteahhidin işe başladığı ana göre, arsasında yapılan tamamlanmamış inşaat mütemmim cüzü nedeniyle, zenginleşmiştir. Bu zenginleşmeyi geri vermesi lâzımdır. Kendisine ücret olarak, arsa payı ve kat, kâr verilemez ise de, inşaatın objektif değerinin, yani yapım değerinin, Medeni Kanunun 4. maddesi uyarınca hakkaniyet, adalet ve nesafet ilkesi çevresinde ödenmesi lâzımdır.

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

Sayın çoğunluğun kararının, açıklanan gerekçelere dayandırılmamış olmasına ve «olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye- etkili sonuç

doğuracağına» yollu bir kabul ile, bu konuda, önceye ve ileriye dönük fesih sekimde, kabul edilen kurala ters düşen, sun'i bir ayırma yer verilmesine, Medeni Kanununun 2. maddesindeki koşulların bulunması takdirinde, fesih hakkının hiç kullanılmıyacağıının tasfiye konusunda ise, Medeni Kanunun 2. maddesi değil, Medeni Kanununun 4. maddesinin uygulanacağıının, gözönünde tutulmasına karşıyım.

İlhan Teoman Ozanoğlu

10. Hukuk Dairesi Üyesi ”

bbbb. Değerlendirme

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde yüklenicinin temerrüdü üzerine ani edimli sözleşmeler göz önünde tutularak düzenlenen seçimlik haklara mı başvurulacağı, sözleşmenin geriye etkili olarak mı yoksa ileriye etkili olarak mı sona ereceği, dönmenin feshe tahvil edilip edilemeyeceği gibi sorunların temeli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli mi ya da ani edimli mi olduğu konusunda doktrinde ve içtihadta yer alan fikir ayrılıklarından kaynaklanmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, söz konusu fikir ayrılıklarını gidermek ve uygulamada birliği sağlamak adına yukarıda verilen 1984 tarihli kararıyla sözleşmenin edimleri bakımından temelde ani edimli olmakla beraber ani-sürekli karmaşığı bir nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay söz konusu kabul uyarınca, TMK'nun 2. maddesiyle düzenlenen dürüstlük kuralının elverdiği bir takım hallerde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda inşaatın büyük bir kısmının tamamlandığı hallerde sözleşme sürekli edimli sözleşmeler bakımından düzenlenen TBK'nun 126. maddesi uyarınca ileriye dönük olarak feshedilecektir. Sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedilmesiyle yüklenici inşaatta geldiği kısım oranında arsa payının mülkiyetini alacak, arsa sahibi ise müspet zararının tazminini ile gecikme tazminatı ve sözleşmeyle kararlaştırılmış olması halinde cezai şart bedelini talep edebilecektir.

İnşaatın büyük bir oranda tamamlanmış olmadığı durumlarda ise değinilen şartların da sağlanmış olması koşuluyla arsa sahibinin TBK'nun 125. maddesi uyarınca seçimlik hakları mevcut olacak ve arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi dönme olarak nitelendirilecek, sözleşme geriye etkili olarak sona erecektir.

3. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Kısmi Temerrüdü

Edimin kural olarak bir bütün halinde ifasının esas olması sebebiyle, alacaklı olan arsa sahibinin tümü muaccel olan borç bakımından kısmi ifayı kabule zorlanması mümkün değildir. Arsa sahibinin kısmi ifayı reddederek borcun tümü bakımından yüklenici tarafı temerrüde düşürmesi ve mütemerrit yüklenici karşısında diğer değinilen şartların da sağlanmasıyla seçimlik haklarını kullanması mümkündür.⁵¹⁴

Arsa sahibi kısmi ifayı kabule zorlanamasa da, kendi çıkarları doğrultusunda kısmi ifayı kabul edebilmelidir. Bunun dışında; edimin bir bütün olarak yerine getirilmesinde arsa sahibinin kayda değer bir menfaatinin bulunmadığı durumlarda, edimin bir bütün olarak yerine getirilmesinin yüklenici bakımından büyük zorluklara gebe olduğu durumlarda arsa sahibinin kısmi ifayı reddetmesi objektif iyi niyet kurallarına aykırı sayılabilecektir.⁵¹⁵

Bu şekilde kısmi ifanın arsa sahibi tarafından kabul edildiği veya dürüstlük kuralları uyarınca kabul edilmek zorunda kalındığı hallerde, ifa edilen kısmın dışında kalan kısımlar bakımından temerrüt ve temerrüde bağlı sonuçlar gündeme gelecektir. Temerrüdün sadece ifa edilmeyen kısımlar bakımından gündeme gelmesinin en önemli sonuçlarından biri; arsa sahibinin ifa edilen kısımlara karşılık olarak ifa edilme oranında bir karşılığı kendi borcu olarak ifa etmesinin gerekliliğidir. Bu anlamda yüklenicinin ediminin yanı sıra arsa sahibinin borcunun bölünebilir bir borç olması gerekmektedir.⁵¹⁶

⁵¹⁴ AYAN, Serkan, s. 282; BUZ, Dönme, s.313; OĞUZMAN / ÖZ, s. 545; ÖZ, Dönme, s. 42; YENER, Temerrüt, s. 41

⁵¹⁵ AYAN, Serkan, s. 284-285; BUZ, Dönme, s.315; OĞUZMAN / ÖZ, s. 287 vd.; YENER, Temerrüt, s. 42

⁵¹⁶ AYAN, Serkan, s.282-283 ve d.n.476; BUZ, Dönme, s.313-314: Alacaklının kendi ediminin tamamını önceden yerine getirmiş olduğu hallerde, edimin borçlunun temerrüde düştüğü edimi karşılayan kısmının iadesinin talep edilebileceği kabul edilmelidir.; EREN, Genel, s. 1126: Kısmi ifa ve kısmi temerrüdün gerçekleşebilmesi için borçlanılan edimin bölünebilir bir edim olması gerekmektedir; OĞUZMAN / ÖZ, s. 546; ÖZ, Dönme, s. 187 vd.; SEROZAN, Dönme, s. 385; YENER, Temerrüt, s. 44

Kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibi arsa payı devretme borcu altına girdiğinden ve fiili olarak inşaatın bloklar halinde yapılması ve kat irtifakının kurulmasıyla oluşacak olan bağımsız bölümlerin de bağımsız olarak değer ihtiva ettiğinden arsa sahibinin sözleşmeyle üstlendiği arsa payını devretme borcunun bölünebilir bir borç olduğu kabul edilmektedir.⁵¹⁷ Dolayısıyla yüklenicinin kısmi ifası karşısında, ifa edilen kısmın tüm inşaatı oranı, arsa sahibinin devredeceği arsa paylarının oranını oluşturacaktır.⁵¹⁸

İfa edilmeyen kısım bakımından yüklenicinin temerrüde düşürülmesi temerrüde ilişkin kanunda sayılan unsurların gerçekleşmesiyle mümkün olacak⁵¹⁹ ve temerrüdün sonuçları bu kısım bakımından aynen doğacaktır. Bu bağlamda, arsa sahibinin aynen ifayı talep edebilmesi veya aynen ifadan vazgeçerek seçimlik haklarına başvurabilmesi mümkün olacaktır.⁵²⁰

Kısmi ifa ile ifa edilen kısımlar bakımından borcun sona erdiği, ancak ifa edilmeyen kısımların kısmi ifadan etkilenmediğinden bahisle, önceden borcun tümü için verilen teminatların ifa edilmeyen kısımlar bakımından devam edeceği kabul edilmelidir.⁵²¹

Arsa sahibi kısmi ifayı kabul ederken, ifayı kabul etmediği kısımlar bakımından yükleniciyi temerrüde düşürebilmek adına ihtarda bulunarak ek süre vermelidir. Bu noktadan itibaren ifa edilmeyen kısımlar için TBK'nun borçlunun

⁵¹⁷ AYAN, Serkan, s. 284; BUZ, Dönme, s. 313, d.n.102; EREN, Genel, s. 1126; YENER, Temerrüt, s. 45-46

⁵¹⁸ AYAN, Serkan, s. 287: Yazar bunun dışında, arsa paylarının devrine yönelik talep hakkının yüklenici tarafından önceden üçüncü kişilere devredilmiş olması halinde, bu üçüncü kişilerin de yapılan işin oranına uygun olarak arsa payının kendi adlarına tescilini isteyebileceğini haklı olarak savunmaktadır.; YENER, Temerrüt, s. 46

⁵¹⁹ AYAN, Serkan, s. 286; BUZ, Dönme, s. 313; OĞUZMAN / ÖZ, s. 546; Borçlunun temerrüdünün unsurları için bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, a başlığı.

⁵²⁰ EREN, Genel, s. 1127; OĞUZMAN / ÖZ, s. 548; YENER, Temerrüt, s. 46

⁵²¹ BUZ, Dönme, s. 314; YENER, Temerrüt, s. 47

temerrüdüne ilişkin hükümleri işleyecek ve temerrüde ilişkin yaptığımız açıklamalar ifa edilmeyen kısım bakımından geçerli olacaktır.⁵²²

4. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Vadeden Önce Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi

Borçlunun temerrüdünün gerçekleşebilmesi kural olarak borçlunun üstlendiği borcun muaccel olmasına bağlıdır. Ancak kanun koyucu eser sözleşmeleri özelinde bir hüküm getirerek işe başlamama ve yürütmeme bakımından eseri teslim etme borcu muaccel olmadan, diğer bir deyişle eserin teslim edilme anı gelmeden arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceğini düzenlemiştir.

İlgili hüküm TBK'nun 473. maddesiyle düzenlenmiş olup; yüklenicinin işe başlamakta gecikmesi, iş görme faaliyetinin yavaş yürütülmesi ve ertelenmesi, eserin kararlaştırılan tarihte tamamlanmayacağını anlaşılması durumlarını kapsamaktadır.⁵²³ Bu bağlamda eser sözleşmesinin maddi edim yükümü olan eser tesliminin dışında, eser meydana getirme unsuru sebebiyle mevcut olan iş görme borcuna aykırılıklar bakımından da arsa sahibine haklar tanınmıştır.

Bu bağlamda iş görme borcuna aykırı davranışların eseri teslim borcunun sözleşmeyle kararlaştırılan zamanda gerçekleştirilemeyeceğini açıkça belli etmesi halinde arsa sahibinin teslim için kararlaştırılan zamanı beklemeden sözleşmeden dönmesi mümkün olmaktadır.⁵²⁴

⁵²² EREN, Genel, s. 1127: Alacaklının talep edebileceği tazminatın borcun tamamı için değil, ifa edilmeyen kısım için talep edilebileceği kabul edilmelidir. Ancak ifa edilmeyen kısım olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını kabul edilebildiği hallerde, müspet zararın tamamının tazmini talep edilebilecek veya sözleşmenin tamamından dönülebilecektir.; Aynı yönde: BUZ, Dönme, s. 316; Aynı yönde: SEROZAN, Dönme, s. 386; Ayrıca bkz: OĞUZMAN / ÖZ, s. 548; ÖZ, Dönme, s. 42-43; YENER, Temerrüt, s. 47

⁵²³ AYAN, Serkan, s. 323; BECKER, (I), s. 326; BÜYÜKAY, s. 199; ERMAN, İnşaat, s. 77 vd.; HELVACI, s. 234; KAPLAN, s. 89; ÖZ, Dönme, s. 52; ÖZ, İnşaat, s. 131; ŞAHİN, s. 200

⁵²⁴ AYAN, Serkan, s. 324; ERMAN, İnşaat, s. 79; HELVACI, s. 235; KAPLAN, s. 100; KARTAL, s. 142; ÖZ, Dönme, s. 59; ÖZ, İnşaat, s. 136; ŞAHİN, s. 200

a. Şartlar

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin işe başlama tarihinin belirlenmiş olduğu durumlarda, söz konusu tarihin gelmesiyle yüklenicinin işe başlamak zorunda olduğu açıktır.⁵²⁵ Sözleşmeyle böyle bir belirlemenin yapılmadığı durumlarda, yükleniciye uygun bir hazırlık süresinin de verilmesi gerektiği göz ardı edilmeden, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinin kurulmasıyla yüklenicinin işe başlama yükümlülüğünün başladığı kabul edilmelidir.⁵²⁶ Bu kabul uyarınca; yüklenicinin işe zamanında başlamaması işin teslim tarihinde bitirilmesi ihtimalini ortadan kaldırıyorsa, arsa sahibi TBK'nun 473. maddesi hükmüne başvurabilecektir. Diğer bir deyişle sadece işe başlanmamış olması TBK'nun 473. maddesinin uygulama alanı bulması için yeterli olmayıp, aynı zamanda işin zamanında teslim edilemeyeceğinin açıkça anlaşılması lazımdır. Kanun koyucunun bu konudaki ifadesi bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılmasıdır. Dolayısıyla işin zamanında teslim edilemeyeceğinin arsa sahibi tarafından düşünülmesi yeterli olmayıp, objektif olarak teslim tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir.⁵²⁷

İşe zamanında başlanılsa dahi yüklenicinin sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da arsa sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikmenin aynı şekilde işin objektif olarak teslim tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması sonucunu doğurması, TBK'nun 473. maddesinin uygulama alanı bulmasına yol açacaktır. Diğer bir deyişle, işe zamanında başlamama veya işe zamanında başlanılsa dahi yaşanan gecikme, işin zamanında teslim edilemeyeceğini ortaya koyduğu sürece TBK'nun 473. maddesinin uygulama alanı bulmasına yol

⁵²⁵ AYAN, Serkan, s. 340 vd.; ERMAN, İnşaat, s. 77; ÖZ, Dönme, s. 55 vd.;

⁵²⁶ AYAN, Serkan, s. 350-351; ERMAN, İnşaat, s. 78-79 ve s. 82: Bu durumda yüklenicinin makul bir süre içinde işe başlaması gerektiğini belirtmiştir.; Aynı yönde: ŞAHİN, s. 207; KAPLAN, s. 92; ÖZ, Dönme, s. 56; ÖZ, İnşaat, s. 132-133;

⁵²⁷ AYAN, Serkan, s. 351, d.n. 96; BÜYÜKAY, s. 199; KAPLAN, s. 100; ÖZ, Dönme, s. 56 ve s. 59; ÖZ, İnşaat, s. 134 vd.; ŞAHİN, s. 206

açacaktır. Bu bağlamda gecikmeden sonra kalan sürenin teslim tarihinde eserin yetiştirilmesi bakımından yetersiz olması gerekmektedir.⁵²⁸

Yüklenicinin gecikmesini haklı kılan bir halin mevcut olması ya da kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın arsa sahibinden kaynaklanan bir hal sebebiyle gecikmenin yaşanması TBK'nun 473. maddesinin uygulama alanı bulmasına engeldir. Yüklenicinin gecikmesini haklı kılan sebepler ifadesiyle kastedilen husus objektif bir imkansızlık halinin mevcut olması ya da TBK'nun 97 ve 98. maddeleri uyarınca yüklenicinin ifadan kaçınabilmesi halleridir.⁵²⁹

Arsa sahibinden kaynaklanan haller ise; plan ve projelerin zamanında hazırlanmaması, yükleniciye yapılacağı kararlaştırılan ödemelerin yapılmaması, arsa üzerindeki binanın boşaltılmaması, kararlaştırılmış olmasına rağmen arsa paylarının yükleniciye devredilmemesi, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca arsa sahibinin hazırlık eylemlerine katılması gerekirken katılmaması gibi durumlardır. Söz konusu durumların yüklenici tarafça derhal arsa sahibine ihbar edilmesi gerekmektedir.⁵³⁰ Yüklenicinin bu hallerin mevcudiyeti sebebiyle gecikmiş olması ve bu durumu arsa sahibine bildirmiş olması, arsa sahibinin TBK'nun 473. maddesi uyarınca yükleniciyi temerrüde düşürmesine engeldir.

Arsa sahibinin teslim anı gelmeden önce yükleniciyi temerrüde düşürebileceği TBK'nun 473. maddesi hükmüne dayanarak sözleşmeden dönebilmesi için borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerde olduğu gibi ihtar çekmesi gerektiği; 473. madde metninin lafzında ihtara ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmasa da, doktrinde 473. maddenin genel hüküm olan 123. maddeye göre özel hüküm olduğu ve boşlukların genel hükümden doldurabileceği, bu sebeple genel hükümle getirilen ihtar şartının 473. maddenin uygulaması bakımından da gerekli olduğu doktrinde savunulmuştur.⁵³¹ Söz konusu ihtarın içeriği TBK'nun 123.

⁵²⁸ AYAN, Serkan, s. 351 vd.; BECKER, (I), s. 326; BÜYÜKAY, s. 199; ERMAN, İnşaat, s. 82; KAPLAN, s. 101-102; ÖZ, Dönme, s. 59 ve s. 61; ÖZ, İnşaat, s. 134 vd.; ŞAHİN, s. 206

⁵²⁹ AYAN, Serkan, s. 353-354.; ÖZ, Dönme, s. 53, ÖZ, İnşaat, s. 129-130; ERMAN, İnşaat, s. 79; KAPLAN, s. 97-99; ŞAHİN, s. 207-208; YENER, Temerrüt, s. 49.

⁵³⁰ ERMAN, İnşaat, s. 79; ÖZ, İnşaat, s. 130; ŞAHİN, s. 208; YENER, Temerrüt, s. 50.

⁵³¹ BÜYÜKAY, s. 199; ERMAN, İnşaat, s. 81; ŞAHİN, s. 209; YENER, Temerrüt, s. 50.

maddesinin 1. fıkrası uyarınca yükleniciye inşaatın tamamlanabilmesi adına bir ek süre verilmesidir.

Kanaatimizce TBK'nun 473. maddesi uyarınca teslim anından önce sözleşmeden dönebilmek için bir ihtara ve dolayısıyla ek süre verilmesine lüzum yoktur. Nitekim, 473. madde hükmü, işe başlamamanın veya yaşanan gecikmenin inşaatın zamanında teslim edilemeyeceğinin kesin olarak belli olduğu haller bakımından düzenlenmiştir. Dolayısıyla inşaatın kesin olarak teslim için kararlaştırılan tarihe yetişmeyeceğinin anlaşılması üzerine, teslim tarihinden önceye ilişkin arsa sahibine dönme hakkı tanıyan hükmün, yükleniciye inşaatı tamamlayabilmesi için ek süre verilmesi gerektiği şeklindeki yorumla bağdaştırılmasına imkan yoktur. Diğer bir deyişle; kanun koyucu inşaatın kesin olarak yetişmemesi ihtimaline karşı arsa sahibine muacceliyetten önce dönme hakkı tanımıştır. İnşaatın tamamlanabilmesi için makul bir ek sürenin verilmesini zorunlu kılacak bir yorum ise, kanun koyucunun öngördüğü hakla uyuşmayan bir yaklaşım olarak muacceliyetten önce sözleşmeden dönülebilmesi amacına aykırı düşecektir. Aksinin kabulü; inşaatın eserin teslim tarihine kesin olarak yetiştirilemeyeceğinin objektif olarak anlaşılması durumunda sözleşmeden dönme hakkı olan arsa sahibinin objektif ve kesin olarak inşaatın yetişemeyecek durumda olmasına rağmen yükleniciye uygun bir ek süre vermesine ve teslim tarihinin sözleşmeyle belirlenen tarihe nazaran uzamasına yol açacaktır. Madde metninin lafzi yorumundansa hükmün arsa sahibini korumak ve vadeden önce sözleşmeden dönebilme imkanı vermek için hazırlandığı açıkça görülmektedir. Bu durumda 473. maddeye dayanılarak sözleşmeden dönebilmek için uygun bir ek süre verilmesine ilişkin ihtarın şart koşulması, maddenin amacına ters düşecektir.⁵³²

⁵³² Aynı görüşte: ERMAN, İnşaat, s. 82; ÖZ, Dönme, s. 62: “*Kanımca, burada sözleşmeden dönmek için süre verme koşuluna yer yoktur. Zira, vadenin belli olduğu sözleşmelerde, ya ifanın bu zamana kadar yetişmeyeceği kesinleşmiştir ki bu durumda süre vermenin veya herhangi bir uyarının zaten anlamı yoktur, ya da müteahhidin işi geciktirmesine rağmen gene de eserin vadeye yetişmesi henüz mümkündür. Bu ikinci durumda ise, sözleşmeden dönme hakkı esasen doğmaz. Nitekim verilecek süre dolsa dahi hala eserin vadeye yetişmesi olanağı varsa, yasanın ifadesi karşısında, sözleşmeden dönme hakkına gene de başvurulamayacaktır. (...) Aksi çözüm, yasa koyucunun istemediği şekilde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını zorlaştırmak (veya ertelemek) anlamına gelir kanısındayım.*”; Karş.: AYAN, Serkan, s. 358; Karş.: HELVACI, s. 239-240; Karş.: YENER, Temerrüt, s. 51

b. Sonuçlar

TBK'nun 473. maddesi uyarınca teslim anından önce dönme müessesesinin kullanılabilmesinin yanı sıra TBK'nun 125. maddesiyle düzenlenen diğer seçimlik hakların da arsa sahibince kullanılabilceği doktrinde savunulmaktadır.⁵³³

Kanaatimizce de 125. maddeyle düzenlenen diğer seçimlik hakların kullanılabilmesi mümkündür. Ancak, yukarıda açıkladığımız sebeplerle 473. madde uyarınca sözleşmeden dönme bakımından ihtarın şart olmadığı, ancak 125. maddede sıralanan diğer seçimlik hakların kullanılabilmesi bakımından ihtarın şart olduğu görüşünde yiz.

473. madde uyarınca teslim anından önce temerrüt müessesesine ilişkin diğer bir sonuç ise, arsa sahibinin masrafları yükleniciye ait olmak suretiyle inşaatı üçüncü bir kişiye tamamlattırabileceği hususudur.⁵³⁴

İlgili düzenleme uyarınca sözleşmeden dönme, geriye etkili bir sona erme sonucunu doğuracaktır. İşe başlanılmaması veya teslim anında işin yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılabileceği haller, inşaatın büyük bir kısmının tamamlanması şartıyla istisnai haller dışında örtüşmemektedir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebilmesi için Yargıtay içtihadı uyarınca inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmış olması ve bu surette sözleşmenin sürekli edimli sözleşmeler bakımından öngörülen hüküm uyarınca sona erdiğinin kabulü gerekmektedir. Ancak inşaatın büyük bir bölümünün tamamlandığı hallerde, inşaatın sözleşmeyle kararlaştırılan teslim zamanına yetişmeyeceğinin objektif olarak bilinebilmesi ve bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması istisnai haller dışında söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla getirilen hüküm; inşaatın büyük bir kısmının tamamlandığı haller bakımından uygulama alanı olmayan bir hkmdir. Bu bağlamda 473. madde uygulamasının Yargıtay içtihadına uygun olarak ileriye etkili sona erdirme sonucunu doğurması mümkün olmayıp, teslim anından önce yükleniciyi temerrüde düşürmek suretiyle

⁵³³ AYAN, Serkan, s. 355; ERMAN, İnşaat, s. 77 ve s. 83; şAHİN, s. 210; YENER, Temerrüt, s. 52; Karş.: Z, Dönme, s. 47 ve s. 64: Yazar hükümün dönmeye ilişkin özel bir düzenleme olduğunu, temerrttn ve buna ilişkin diğer sonuçlardan söz edilemeyeceğini savunmaktadır.

⁵³⁴ AYAN, Serkan, s. 357; ERMAN, İnşaat, s. 85

yapılan ve sözleşmenin sona ermesine yol açan irade beyanının dönme olarak kabul edilmesi, yani sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.⁵³⁵

Bu hüküm uyarınca edimin muaccel olmasından önce sözleşmenin sona erdirebilmesi mümkün olduğundan, arsa sahibinin gecikme tazminatı talep edemeyeceği kabul edilmelidir. Nitekim arsa sahibinin bu anlamdaki hakkı, teslim borcunun muaccel olmasıyla talep edilebilmelidir.⁵³⁶ Taraflar arasında kararlaştırılan ifaya ekli cezai şart bedelinin ise arsa sahibince talep edilebilmesi mümkündür.⁵³⁷ Arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının giderilmesini talep etmesi de mümkündür.⁵³⁸

B. Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

1. Genel Olarak

Yüklenicinin temerrüdü üzerine üçüncü kişinin hukuki durumu, yüklenici ile arsa sahibinin arasındaki hukuki durumdan etkilenecektir. Bu bağlamda yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca ilk olarak sözleşmenin geçmişe mi yoksa ileriye mi etkili olarak sona erdiğini tespit etmek gerekmektedir. Söz konusu tespit, değinildiği

⁵³⁵ Sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğine ilişkin: ŞAHİN, s. 200; ÖZ, Dönme, s. 47; Karş.: ERMAN, İnşaat, s. 83-84: Yazar, kat karşılığı inşaat sözleşmesini mutlak suretle sürekli edimli bir sözleşme olarak gördüğünden, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin her halükarda ileriye etkili olarak sonuç doğuracağını savunmakta, sözleşmenin istisnai bir şekilde geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının sadece dürüstlük kuralının gerektiği hallerde kabul edilebileceğini ifade etmektedir.

⁵³⁶ AYAN, Serkan, s. 356: Ancak inşaatın an itibariyle kararlaştırılan seviyeden geride kalmış olması, arsa sahibinin zararına yol açıyor ve bu bağlamda yüklenicinin kusuruyla söz konusu zarar arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa, buna ilişkin tazminatın talep edilebileceği kabul edilmelidir. Bu durum, kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle bir takım ara vadelerin kararlaştırılmış olmasına ilişkindir. Örneğin, ara vade ile belirlenen seviyede olmayan inşaat nedeniyle, arsa sahibinin yükselen kredi faizleri nedeniyle zarara uğraması; ÖZ, Dönme, s. 50

⁵³⁷ AYAN, Serkan, s. 356; ERMAN, İnşaat, s. 84: İşin kararlaştırılan sürede tamamlanmaması halinde istenecek cezai şart talep edilemezken, fesih sonucuna bağlanmış cezai şart talep edilebilir.

⁵³⁸ AYAN, Serkan, s. 357-358; ERMAN, İnşaat, s. 85; Bu konuda müspet zarara ilişkin yapılan önceki açıklamalar geçerlidir.; ŞAHİN, s. 210; ÖZ, Dönme, s. 51: Yazar, sadece yüklenicinin eseri yapmayacağını açıkça bildirmesi halinde müspet zararın talep edilebileceğini öne sürmektedir.; Aynı yönde: ÖZ, İnşaat, s. 128-129; Müspet zararın giderilmesi seçimlik hakkı bakımından ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, bb, bbb başlığı.

üzere Yargıtay'ın istikrarlı içtihadı neticesinde inşaatın büyük bir bölümünün bitirilmiş olup olmadığı kıstasıyla dürüstlük kuralından faydalanılarak yapılacaktır. Açıklandığı üzere geçmişe ve ileriye etkili sona erme şeklindeki iki durumun arsa sahibi ve yüklenicinin durumları üzerine etkisi farklıdır. Yüklenicinin edineceği veya edinemeyeceği arsa payı miktarı, üçüncü kişinin hukuki durumunu da yakından etkileyecektir.

Bu bağlamda üçüncü kişinin hukuki durumunun belirlenebilmesi adına geçmişe etkili sona erme ve ileriye etkili sona erme ihtimallerinin ayrı ayrı incelenmesi tarafımızca uygun bulunmuştur.

2. Sözleşmenin Geçmişe Etkili Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Yüklenicinin temerrüde düştüğü, inşaatın büyük kısmının tamamlanmamış olduğu ve bu bağlamda arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirme iradesinin dönme olarak nitelendirildiği hallerde sözleşme geçmişe etkili olarak sona erecektir.

Bu durumda, arsa sahibi ile yüklenicinin hukuki durumları sözleşmeden dönmeye ilişkin yapılan açıklamalar⁵³⁹ uyarınca şekillenecektir. Yükleniciden hak iktisap eden üçüncü kişinin hukuki durumu ise; iktisap edilen hakkın niteliğine göre değişecektir.

a. Üçüncü Kişinin Mülkiyet Hakkı İktisap Ettiğinde Hukuki Durumu

aa. Dönmenin Tasarruf İşlemlerine Etkisine İlişkin Teorilerin Konuya Etkisi

Arsa sahibinin sözleşmeyi dönme suretiyle geçmişe etkili olarak sona erdirdiği ve üçüncü kişinin yükleniciden mülkiyet hakkı iktisap ettiği durumlarda,⁵⁴⁰

⁵³⁹ Bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, bb, ccc, aaaa başlığı.

⁵⁴⁰ Üçüncü kişinin yükleniciden mülkiyet hakkı iktisap etmesine ilişkin bkz: İkinci Bölüm, I, A, 2, a başlığı.

üçüncü kişinin hukuki durumunun belirlenebilmesi, dönmeyle birlikte sözleşmenin tasfiyesine uygulanacak hükümlere ilişkin teorilerle yakından ilgilidir.⁵⁴¹

Değınildiğı üzere aynı etkili dönme teorisi dönmeden önce yapılan tasarruf işlemlerine de etki etmekte ve söz konusu tasarruf işlemlerini baştan itibaren geçersiz saymaktadır. Bahsedilen diğer teoriler ise dönmeden önce yapılan tasarruf işlemlerini geçersiz kılmamakta; dönmeyle beraber arsa payları bakımından arsa sahibi ile yüklenici arasındaki ilişkiyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine, kanundan doğan bir borç olarak TBK'nun 125. maddesi hükmüne ya da sözleşmeye dayanan şahsi bir hakka dayandırmaktadır.

Nitekim, klasik dönme teorisi olarak adlandırılan görüş, dönmeden önce yapılan ve aynı hak kazandırıcı nitelikte olan işlemlerin dönmeden etkilenmeyeceğini ifade etmektedir. Teoriye göre arsa sahibi, yükleniciden sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talepte bulunabilecektir. Dolayısıyla dönmeden önce yapılan tasarruf işlemlerinin iadesi, aynı bir talebe konu olmayıp, şahsi bir talep hakkı ihtiva etmektedir.⁵⁴² Diğer bir deyişle, arsa sahibinin tapu sicilinden devrettiğı arsa payları, hala yüklenicinin elindeyse arsa paylarının iadesi söz konusu olabilecek, yüklenici de arsa paylarını bir üçüncü kişiye devretmişse, iade talebinin şahsi bir talep hakkı içermesi sebebiyle, arsa paylarının arsa sahibine iadesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda arsa sahibinin zararı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, parasal olarak tazmin edilecektir.

Kanuni borç ilişkisi olarak adlandırılan görüşün uygulanması da esas itibarıyla klasik dönme teorisi olarak da adlandırılan sebepsiz zenginleşme görüşüyle aynı sonuçları doğurmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları olan arsa sahibi ve yüklenicinin geri verme borcu, sebepsiz zenginleşme görüşünde olduğu gibi aynı bir talep hakkını değil, şahsi bir talep hakkını ihtiva etmektedir.⁵⁴³

⁵⁴¹ Bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, bb, ccc, aaaa başlığı.

⁵⁴² KIRCA, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2007, s. 83

⁵⁴³ KIRCA, s. 84

Dolayısıyla, yüklenicinin arsa sahibinden devraldığı payları bir üçüncü kişiye devretmesi halinde arsa sahibinin arsa paylarını geri alması mümkün olmayacaktır.⁵⁴⁴

Dönmenin sözleşmeyi sona erdirmeyip bir tasfiye ilişkisi haline dönüştüreceğini savunan dönüşüm teorisinin uygulaması, yerine getirilmiş olan edim borçlarının sözleşmeye dayanan geri verme borcuna dönüşeceğini savunmakta ve dönmenin sadece borçlandırıcı işlemlere etki edeceğini savunarak, dönmeden önceki aynı kazanımların geçerliliğinin korunacağını ifade etmektedir. Buna göre, sözleşme sona ermediğinden temel ilişkideki tasarruf işlemi de hala geçerli sayılacak ve mülkiyet hakkını iktisap edenin kazanımı korunacaktır. Diğer bir deyişle, arsa sahibi dönmeyle birlikte ifa edilmiş edimlerin geri verilmesi gerektiğinden bahisle bu kişisel hakkına dayanarak üçüncü kişilere karşı tapu iptali ve tescili davası açarak ya da tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak arsa paylarının lehine tescilini talep edemeyecektir.⁵⁴⁵

Doktrinde savunulan aynı etkili dönme teorisi ise hukuki sebebe bağlılık ilkesine dayanmakta, dönme işlemine aynı etki tanımaktadır. Buna göre sözleşmeden önceki borçlandırıcı işlemlerin yanı sıra tasarrufi işlemler de dönmeden etkilenecektir. Önceden ifa edilmiş olan edimler ve bunlara ilişkin olarak devredilmiş olan mülkiyet haklarının iadesi sebebe bağlılık ilkesine göre tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla talep edilebilecektir. Diğer bir deyişle, arsa sahibinden arsa paylarını devralan yüklenicinin söz konusu arsa paylarını tapu sicilinden üçüncü kişilere devretmesi halinde üçüncü kişi malik olmayan birinden hak iktisap eden kişi konumuna düşecektir. Ancak doktrinde aynı etkili dönme teorisine itibar eden yazarların bir bölümü, bu durumdaki üçüncü kişilerin TMK'nun 1023. Maddesine göre iyi niyetli sayılacağını, dolayısıyla kazanımlarının korunacağını, kötü niyetli olduklarının ispat edilmesi halinde kazanımlarının korunmayacağını ifade etmektedirler. Bu şekilde aynı etkili dönme teorisinin iyi niyeti koruyan hükümlerle

⁵⁴⁴ Klasik dönme teorisi olarak da adlandırılan sebepsiz zenginleşme görüşü ile kanuni borç ilişkisi görüşü, aynı hukuki sonuçları öngörmekteyse de, iki görüş arasında iade borcunun doğduğu hukuki müessese bakımından bulunan fikir ayrılığı, iade borçları bakımından zamanaşımı süresinin farklı uygulanmasına yol açmaktadır. Bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, bb, ccc, aaaa başlığı.

⁵⁴⁵ KIRCA, s. 84

birlikte değerlendirilmesiyle ticari işlem güvenliğinin ve alış veriş hayatının korunacağı savunulmuştur.⁵⁴⁶

Netice itibariyle sözleşmeden dönülmesinin ardından tasfiyeye uygulanacak hükümlere ilişkin görüş ortaya koyan söz konusu bu teorilerden aynı etkili dönme görüşünün tercih edilmesi ya da diğer görüşlerin tercih edilmesi, üçüncü kişilerin hukuki durumlarını görüldüğü üzere farklı şekilde etkileyecektir. Aynı etkili dönme teorisi dışındaki teoriler, dönme işleminden önceki tasarrufi işlemlere etki etmezken, aynı etkili dönme teorisi tasarrufi işlemleri de etkileyen bir niteliktedir. Söz konusu teori, dönmeyle birlikte temel ilişkinin ortadan kalkacağını, buna dayanarak yapılan tescillerin baştan itibaren yolsuz sayılacağını, yüklenicinin hiçbir zaman mülkiyet hakkını kazanmadığının kabul edileceğini, arsa sahibinin yükleniciye karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini söylemek mümkün olup, yükleniciden hak iktisap eden üçüncü kişiler açısından TMK'nun 1023. maddesi uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı kazanımlarının korunması gerektiğini söylemek mümkündür.⁵⁴⁷ Yargıtay'ın lafzi olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine uygun bir biçimde tasfiyeyi benimsemesine rağmen, dönmeden önce yapılan tasarruf işlemlerini çoğunlukla geçersiz kılması, esas olarak aynı etkili dönme görüşüne ağırlık verdiği sonucunu ortaya koymaktadır.⁵⁴⁸

bb. Tapu Siciline Güven İlkesinin Konuya Etkisi

Arsa paylarını yükleniciden iktisap eden üçüncü kişinin hukuki durumu tapu siciline güvenin korunması ilkesiyle yakından ilişkilidir.

Tapu siciline yapılacak tesciller, TMK'nun 1015. maddesine göre sebebe bağlıdır. Söz konusu sebebe bağlılık ilkesi uyarınca tapu siciline yapılacak olan tescillerin geçerli bir hukuki nedene bağlı olması gerekmektedir. Bu bağlamda sebebe bağlı tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin, bu işleme temel teşkil eden geçerli bir borçlanma işleminin bulunmasına bağlı olduğunu söylemek mümkündür. Aksi

⁵⁴⁶ BUZ, Dönme, s. 140-142; KIRCA, s. 85-86

⁵⁴⁷ KIRCA, s. 87

⁵⁴⁸ Yargıtay uygulamasının aynı etkili dönme teorisine itibar ettiği konusunda aynı yönde: KIRCA, s. 86

takdirde yapılan tescilin TMK'nun 1024/II maddesi uyarınca yolsuz olacağı ve yolsuz tescil hükümlerine tabi olacağı söylenebilmektedir.⁵⁴⁹

Konumuz açısından bakıldığında arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin hukuki sebebinin geçersizliğinin tescili yolsuz hale getireceği söylenebilmektedir.⁵⁵⁰

Tapu siciline güvenerek aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin durumları ise, kanun tarafından iyiniyetli olup olmadıkları yönünde yapılan ayırımla düzenlenmiştir. Söz konusu ayırım uyarınca işlem güvenliğinin sağlanabilmesi adına; TMK'nun 1023. madde düzenlemesi iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenerek kazandıkları aynı hakların tescilin olumlu hükmü uyarınca korunacağını,⁵⁵¹ 1024. madde düzenlemesi ise tescilin yolsuz olduğunu bilen ya da bilmesi gereken ve bu sebeple iyiniyetli sayılamayacak kişilerin kazandıkları aynı hakların korunmayacağını ve bu suretle söz konusu kişilere karşı tescilin yolsuz olduğunun ileri sürülebileceğini düzenlemektedir.

Genel anlamda iyiniyet kavramı, bir hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğması yönünden mevcut bir engeli, bir eksikliği veya benzeri bir olguyu ilmemek ve halin gerektirdiği özen gösterilse dahi bilecek durumda olmama hali olarak tanımlanabilmektedir.⁵⁵² Konumuz bakımından yükleniciden aynı hak iktisap edilmesi açısından üçüncü kişilerde aranacak iyiniyet ise üçüncü kişinin tapu sicilindeki tescilin gerçeği yansıtmadığını bilmemesi ve gerekli özenin gösterilmesi

⁵⁴⁹ AKINTÜRK, Eşya, s. 98-99; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 152; TEKİNAY, s. 208 vd.; KIRCA, s. 89: Yazar, sebebe bağlılık ilkesinin kabul edilmesi esnasında, söz konusu ilkenin işlem güvenliğini sarsacağı yönünde endişelerin mevcut olduğunu, ancak iyiniyetin korunması ilkesinin hukuki işlem güvenliğini sağlamaya yeterli olacağını düşünülüyor ifade etmektedir.

⁵⁵⁰ COŞKUN, s. 141; KIRCA, s. 89: Yazar, sebebe bağlılık ilkesine sonuna kadar bağlı kalınması halinde tapu siciline güvenin sarsılacağını ve ekonomik hayatın ağır sarsıntılar yaşayabileceğini belirtmekte, bu nedenle sebebe bağlılık ilkesinin tescile iyi niyetle dayanarak aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin korunabilmesi adına TMK'nun 1023. maddesine ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir.

⁵⁵¹ AKINTÜRK, Eşya, s. 311-313; AYBAY / HATEMİ, s. 102; ERMAN, Mütalaa, s. 204-205; ERTAŞ, Eşya, s. 158 vd.; KIRCA, s. 88; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 152 ve s. 230 vd.: Yazarlar, üçüncü kişilerin inancını koruyan bu prensip sayesinde tapu siciline güvenin sağlanmış olacağını ifade etmektedirler.; SİRMEN, s. 225 vd.; TEKİNAY, s. 225 vd.

⁵⁵² DURAL / SARI, s. 189; Benzer bir tanım: KIRCA, s. 92

halinde dahi bilemeyecek durumda olması halidir.⁵⁵³ Aksi halde üçüncü kişi kötüniyetli sayılacak ve kazanımı korunmayacaktır. Üçüncü kişinin iyiniyeti, hakkın edildiği an bakımından aranmakta, üçüncü kişi lehine yapılan tescilden sonra üçüncü kişinin yolsuz tescili öğrenmesi iyiniyetli olmasını engellemektedir. Üçüncü kişiden aynı hakkı iktisap edecek olan diğer kişiler bakımındansa, artık iyiniyet aranmadan kazanımlarının korunacağını söylemek mümkündür.⁵⁵⁴

Konumuz açısından yükleniciden aynı hak iktisap eden üçüncü kişi, çok istisnai durumlar haricinde yüklenicinin temerrüde düşerek arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanacağını ve bu suretle yüklenicinin mülkiyetinde olan arsa paylarına ilişkin tescilin yolsuz olduğunu bilebilecek durumda olmadığından kanaatimizce TMK'nun 1023. maddesinin aradığı anlamda iyiniyetlidir. Nitekim TMK'nun 3. maddesiyle düzenlenen iyiniyet karinesi gereği asıl olanın iyiniyetin varlığı olduğu da göz ardı edilmemelidir. Kanunun iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımlarının korunacağına ilişkin açık düzenlemesi karşısında, kanaatimizce tapu siciline güvenerek yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin iktisap ettiği aynı haklarının korunması ve tescilin yolsuz olduğunun kendisine karşı ileri sürülememesi gerekmektedir.⁵⁵⁵ Nitekim, iyi niyetin korunması ve tapu siciline güven ilkesi hukuki işlem güvenliğinin korunması amacını güden ilkelerdir. Burada esas olan gerçek hak sahibinin yerine işlem güvenliğinin sağlanmış olmasının tercih edilmesidir. Hatta doktrinde iyi niyetin korunmasının kamu yararının gözetilmesi amacıyla düzenlendiği ve kamu yararının hukuki ilişkilerde güven ve huzuru sağlama amacını güttüğü de savunulmuştur.⁵⁵⁶

Yolsuz kayda güvenerek hak iktisap eden üçüncü kişinin kazanımı korunacak, aynı hakkı bir başkasına devretmek maksatlı yüklenicinin yaptığı veya yapacağı borçlandırıcı işlem olan sözleşmelerin üçüncü kişi tarafından bilinmesi,

⁵⁵³ KIRCA, s. 92; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 152 vd.

⁵⁵⁴ KIRCA, s. 93

⁵⁵⁵ SEROZAN, Dönme, s. 571; KIRCA, s. 89-90: Yazar, iyi niyetin ispat edilebilmesinin niteliği itibarıyla çok güç ve çoğu zaman imkansız olduğunu belirtmekte, kötü niyetin ispatının ise çok daha kolay olduğunu ifade etmektedir. İyi niyetin kamu yararı düşüncesiyle bir karineye konu yapılmasıyla mahkemece re'sen nazara alınacağı söylenebilmektedir.

⁵⁵⁶ KIRCA, s. 88 ve d.n. 27.

kötü niyetli sayılmasına yol açmayacaktır. Nitekim borçlandırıcı işlemler, tapu sicilindeki aynı hakka etkide bulunamayacaklarından, üçüncü kişi yüklenicinin bir başka kişi ile borçlandırıcı işlemde bulunduğunu bilse bile tapu siciline güvenerek hareket etmekte ve bu suretle iyi niyeti bozulmamaktadır. Kütükteki tescilin temeldeki işleme ait bir takım belgelerle birlikte kaydedildiği ve temeldeki işlemin söz konusu belgelerden yolsuz olduğunun anlaşıldığı hallerde dahi, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı söylenemeyecektir. Kaldı ki, üçüncü kişinin söz konusu belgeleri incelemek gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır.⁵⁵⁷

Aynı hakların şahsi hakların aksine herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hak niteliğinde olması ve tapu sicilinin aleniyeti ilkesi uyarınca taşınmazlar bakımından iktisap edilen aynı hakların kamuya açık olması, tapu siciline güvenerek hak iktisap eden kişilerin ve konumuz açısından mülkiyet hakkı iktisap eden üçüncü kişilerin TMK'nun 1023. maddesi uyarınca korunmasını gerekli kılmaktadır.⁵⁵⁸

TMK'nun 1023. maddesi uyarınca iyi niyetli olduğu kabul edilen ve tapu siciline güven ilkesinden faydalanacak olan kişinin üçüncü kişi olması gerekmektedir. Adına yolsuz tescilde bulunulan kişi ile onun külli halefleri ise bu anlamda üçüncü kişi sayılmamaktadır.⁵⁵⁹

cc. Alacak Hakkının Nisbiliği İlkesinin Konuya Etkisi

Bir borç ilişkisi kapsamında elde edilen asli haklardan olan alacak hakkının nisbiliği ilkesi; aynı hakların aksine alacak haklarının herkese karşı ileri sürülemeyeceğini ve sadece borçluya karşı ileri sürülebileceğini ihtiva eden bir ilkedir.⁵⁶⁰

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisiyle tarafların sözleşmeden doğan hakları, alacak hakkı niteliğinde olup, sadece sözleşmenin tarafları arasında alacağı borçlanan tarafa karşı ileri sürülebilen niteliktedir. Nitekim kat karşılığı inşaat

⁵⁵⁷ KIRCA, s. 91, SİRMEN, s. 227

⁵⁵⁸ KIRCA, s. 89

⁵⁵⁹ KIRCA, s. 90; SİRMEN, s. 226

⁵⁶⁰ KILIÇOĞLU, Genel, s. 23; KIRCA, s. 95

ilişkisi, sözleşmeyle tarafların borç üstlendiği bir hukuki ilişki olup, sadece taraflar arasında yükümlülük ve hak doğuran bir sözleşmedir. Söz konusu sözleşme ilişkisinin tapudan aynı hak iktisap eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ise, alacak hakkının nisbiliği ilkesine aykırılık teşkil eden bir uygulama olacaktır.⁵⁶¹

dd. Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirme

Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı, arsa sahibinden pay devralan yüklenicinin iktisabına ilişkin tescilin ve yükleniciden aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin kazandığı mülkiyet hakkına ilişkin tescilin dönme üzerine yapıldığı andan itibaren yolsuz tescil olarak kabul edilmesi anlamındadır. Yüklenici baştan itibaren arsa paylarını mülkiyeti üzerinde hak sahibi olmamış olacak ve arsa sahibi baştan itibaren arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının kendisine ait olduğundan bahisle arsa paylarını yükleniciden devralan üçüncü kişilere karşı zamanaşımına tabi olmayan yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabilecektir.⁵⁶²

Üçüncü kişiden aynı hak iktisap eden iyiniyetli diğer kişiler bakımından iktisap ettikleri aynı hakkın korunması gerekmektedir. Ancak Yargıtay uygulaması bu yönde olmayıp; Yüksek Mahkeme gerek üçüncü kişilerin gerekse de üçüncü

⁵⁶¹ KIRCA, s. 95

⁵⁶² Y15HD, E.2010/3593, K. 2010/4847, T. 28.09.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.12.2014: “(...)Az yukarıda açıklandığı üzere; arsa sahiplerince yüklenici şirkete intikal ettirilen pay kayıtlarının tescili yüklenici şirkete kural olarak aynı haklar sağlamaz. Çünkü, aynı haklar illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması, mülkiyet hakkının doğması için geçerli olmayıp; ayrıca geçerli bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir. Yüklenici şirketle davacılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geriye etkili sonuç doğurur şekilde fesih olduğuna göre, Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve "haksız iktisap kuralları" uyarınca tarafların aldıklarını karşılıklı olarak iade etmesi gerekir. Bu yasal nedenlerle, yüklenici şirket tarafından dava dışı F.. D..'ye temlik olunan ve onun tarafından da davalı N... Ö...'e temlik edilen pay kaydının edinme sebebi, hukuksal dayanaktan yoksun kalmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü gereğince, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı, yasal kural olarak korunur ise de; aynı Yasa'nın 1024. maddesi hükmü gereğince, bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Somut olayda ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan yapı, inşaat halinde olduğu ve yüklenici şirket tarafından tamamlanmadan terkedilmiş bulunduğu halde davalı tarafından pay kaydı iktisap olduğundan davalı, iktisabında iyiniyetli kabul edilemez ve Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz. (...)”; Tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilirliğini belirten bir Yargıtay kararındaki ifade ise şu şekildedir: Y15HD, E. 2003/492, K. 2003/1252, T. 10.03.2003, KIRCA, s. 86: “(...)Arsa sahipleri ise; gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak bu tapuların iadesini (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) talep edebilir.(...)”

kişiden hak iktisap eden diğer üçüncü kişilerin de TMK'nun 1023. maddesiyle düzenlenen tapu siciline güvenin korunması ilkesinden yararlanamayacaklarını ifade etmektedir.⁵⁶³ Yargıtay'ın tapu siciline güveni ve iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasını düzenleyen TMK hükmüne aykırı yönde verdiği kararlara katılmak mümkün olmayıp, konumuz açısından yükleniciden aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin kanunun aradığı anlamda iyiniyetli olduklarına dair TMK'nun 3. maddesiyle düzenlenen karine mevcuttur.

Yargıtay, dönmenin sözleşme ilişkisine etkisine ilişkin olarak sebepsiz zenginleşme görüşüne lafız olarak itibar ettiğini belirtse de,⁵⁶⁴ esas itibariyle üçüncü kişilere devredilmiş olan arsa paylarının kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesiyle birlikte arsa sahibi lehine tescil edileceği yönündeki görüşüyle aynı etkili dönme teorisine itibar etmektedir.⁵⁶⁵

Yargıtay üçüncü kişilerin TMK'nun 1023. maddesinden yararlanamayacağına ilişkin içtihatlarını; inşaat henüz tamamlanmadan yüklenici arsa sahibinden karşılık mahiyetinde pay devralmasının “avans” niteliğinde olduğunu belirterek desteklemektedir.⁵⁶⁶

⁵⁶³ KIRCA, s. 77

⁵⁶⁴ Y15HD, E. 2012/5568, K. 2013/165, T. 17.01.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 11.04.2015: “(...)12.11.1997 tarihli Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin tarafı olan SS B... Grup Konut Yapı Kooperatifi yüklenici; SS S... Konut Yapı Kooperatifi ise arsa sahibidir. Yüklenici tarafından yapılan inşaatın, imar mevzuatına uygun ve dolayısıyla “yasal yapı” niteliğinde olduğu, sözleşmenin taraflarının kabulündedir. Yanlar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kesinleşen mahkeme kararıyla “geriye etkili sonuç doğurur” şekilde fesih olunduğuna ve yüklenici kooperatif tarafından yapılan inşaat yasal yapı niteliğinde bulunduğu göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği 20.06.2007 tarihi itibariyle; yapılan işin bedelinin, somut olayda uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri hükümleri gereğince ve “haksız iktisap” kuralları uyarınca, serbest piyasa fiyatlarıyla uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile yapılacak keşif ve yaptırılacak inceleme sonucu belirlenmesi gerekmektedir.(...)”

⁵⁶⁵ KIRCA, s. 86: “Kanaatimizce dönme hakkının hukuki niteliği açısından Yargıtay'ın görüşü aynı etkili dönme görüşü grubuna girmektedir.”; Y23HD, E. 2014/6486, K. 2014/6291, T. 15.10.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 16.03.2015: “(...)Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.(...)”;

⁵⁶⁶ Konuya ilişkin örnek bir Yargıtay içtihadı şu ifadeleri içermektedir: Y23HD, E. 2012/5665, K. 2013/2, T. 14.1.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2015: “(...)Somut olayda; davalı dava dışı kişiden pay satın almış yükleniciye pay temlik eden davacıya göre, 2. el konumundadır. Kural

Yargıtay'ın aynı yönde birçok içtihadı olup, söz konusu içtihatlar birçok hukuki müessesenin temelleriyle örtüşmemektedir. Nitekim, tapu siciline güvenin korunması ilkesi, üçüncü kişinin sadece tescile dayanarak aynı hak iktisap etmesi halinde iyiniyetli olduğunun kabulünü gerektirir. Üçüncü kişinin sicil dışındaki bir olgu olarak yüklenici adına yapılan tescilin dayanağını, buna ilişkin belgeleri ve arsa sahibi ile yüklenici arasındaki kişisel hakkın var olup olmadığını araştırmak zorunluluğu yoktur. Bunun aksi yönündeki kabul; alacak hakkının nisbiliği ilkesiyle bağdaşmayacak ve hukuki işlem güvenliğini tehlikeye sokan bir yaklaşım olacaktır.⁵⁶⁷

Bir borç ilişkisi kapsamında elde edilen asli haklardan olan alacak hakkının nisbiliği ilkesi; aynı hakların aksine alacak haklarının herkese karşı ileri sürülemeyeceğini ve sadece borçluya karşı ileri sürülebileceğini ihtiva eden bir ilkedir.⁵⁶⁸ Dolayısıyla, Yargıtay'ın yukarıda örneği ile birlikte verilen ve istikrarlı içtihatlarına konu ettiği görüşünün, tapu siciline güvenin korunması ilkesinin yanı sıra alacak hakkının nisbiliği ilkesine de aykırı olduğu rahatlıkla söylenebilmektedir.

olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyi niyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyi niyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötü niyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı gerek 8.10.1991 tarih 1990/4 Esas, 1991/13 Karar sayılı İnançları Birleştirme Kararı'nda ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir.

Oysa, davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyi niyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanunun 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir. (...)"

⁵⁶⁷ COŞKUN, s. 144.

⁵⁶⁸ KILIÇOĞLU, Genel, s. 23.

Örneği verilen Yargıtay içtihadı bakımından değinilmesi gereken bir diğer konu ise; yüklenicinin borcunu henüz ifa etmeden, diğer bir deyişle sözleşmeyle kararlaştırılan eseri tamamlayıp teslim etmeden, arsa sahibinden arsa payı devralmasının avans şeklinde nitelendirilmesidir.⁵⁶⁹

Terminolojik olarak avans terimi; ileride gerçekleşecek bir alacağa karşılık önceden yapılan peşin ödeme veya ön ödeme olarak tanımlanmaktadır.⁵⁷⁰ Arsa sahibinin arsa payı devretme borcunun “avans” olarak nitelendirilmesi ise oldukça sakıncalı bir yorum olmaktadır. Nitekim “avans” kavramı mahiyeti itibariyle para borçları bakımından uygulama alanı bulan bir kavram olarak değerlendirilmeli, tapu sicilinde kayıtlı bir taşınmaz payının devredilmesinin bu kapsamda olduğunun kabul edilmemesi gerekmektedir. Tapu siciline ilişkin açıklık, doğruluk ve güven ilkelerinin mevcudiyeti; arsa paylarının devrinin avans olarak nitelendirilmesini mümkün kılmamalıdır.⁵⁷¹ Zira, ileride gerçekleşecek bir alacağa karşılık önceden yapılan peşin ödeme, alacak ileride doğmadığı takdirde ödeyene iade edilmektedir. Tapu sicilinde yapılan tescillerin avans olarak değerlendirilmesi hali ve buna paralel olarak üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılmayacağını kabulü, söz konusu ilkelerin hiçe sayıldığı bir uygulamanın yerleşmesi anlamına gelecektir. Kaldı ki Yargıtay’ın katılmadığımız mevcut uygulaması bu yöndedir. Yargıtay mevcut uygulamasıyla tapu siciline güvenen üçüncü kişiyi yasaya aykırı olarak korumamakta; yüklenici ile arsa sahibi arasındaki ilişkiyi ve hatta arsa sahibinin temerrüdün doğması halinde sözleşmeden dönebileceğini, buna bağlı olarak avans niteliğinde devredilen arsa paylarının arsa sahibine iade edileceğini üçüncü kişilerin bilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Oysa tapu siciline tescille yapılacak olan arsa paylarına ilişkin mülkiyet hakkı devirlerinde; kanunda açıkça yazılan iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenin korunması ilkesi göz önüne alındığında, yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesiyle söz konusu devrin ve üçüncü kişilerin korunacağını arsa sahibinin bilmesi ve yükleniciyle yapacağı kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa

⁵⁶⁹ Y15HD, 2011/6559, K. 2012/3377, T. 14.05.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.11.2014: “(...)Yükleniciden pay satın alınması ve sözleşmenin geriye etkili feshi halinde yapılan devirler avans niteliğinde olduğundan devralan kişilerin ya da onların devrettiği diğer şahısların iyiniyet savunmalarının dinlenmesi mümkün değildir. (...)”

⁵⁷⁰ YILMAZ, s. 71

⁵⁷¹ COŞKUN, s. 145.

paylarının devrolunacağı zamanı buna göre belirlemesi gerekmektedir. Hukuk düzenine daha uygun olan bu yaklaşım uyarınca inşaat bitmeden arsa paylarının tamamını veya bir kısmını yükleniciye devretmeyi kabul eden arsa sahibinin; arsa paylarının bir üçüncü kişiye yüklenici tarafından devredilmesi halinde tescilin korunacağını bilmesi kanunun açık lafzına uygun bir yaklaşım olacak, bunu bilmesine rağmen inşaat tamamlanmadan arsa paylarını yükleniciye devretmeyi kabul eden arsa sahibinin söz konusu riski üstlendiği kabul edilecektir. Yargıtay'ın içtihadını bu yönde değiştirmesi hem kanunun lafzına daha uygun bir yaklaşım olacak, hem de tapu siciline ilişkin değinilen temel ilkeler ve alacağın nisbiligi ilkesine aykırı kararların alınmasının önüne geçilmesi sağlanacaktır.⁵⁷²

Nitekim bir an için arsa sahibi ile yüklenici arasındaki ilişki bir kenara bırakılarak ve alıcı ile satıcı arasında bir taşınmaz satış sözleşmesi yapıldığı varsayılarak taşınmazın tapuda alıcı adına tescil edildiği ve alıcının satış bedelini ödememesine rağmen taşınmazı bir üçüncü kişiye devrettiği düşünüldüğünde; üçüncü kişinin alıcının temerrüde düşebileceğini bilmesi gerektiği öne sürülememektedir.⁵⁷³ Ancak işin içine arsa sahibi ve yüklenici arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisi girdiği zaman, üçüncü kişiler bakımından Yargıtay'ca bunun aksine bir görüşün ileri sürülmesi Yargıtay içtihadının mesnetsiz olduğunu ortaya koymaktadır.

⁵⁷² Yargıtay'ın görüşü ise kanaatimize aksi yöndedir: Y23HD, E. 2012/5665, K. 2013/2, T. 14.01.2013, Erişim Tarihi: 08.10.2014: “(...)Oysa, davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığının bilincindedir.

Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyi niyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanunun 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.(...)”

⁵⁷³ Bu yönde bir örnek: OKTAY / ÖZDEMİR / SELİÇİ, s. 240

İyiniyetli üçüncü kişinin tapu siciline güven ilkesi sebebiyle korunmasına ilişkin farklı örneklerde Yargıtay'ın TMK'nun 1023. maddesini üçüncü kişiler lehine işlettiği görülmektedir. Buna göre üçüncü kişilerin tapu sicilindeki mevcut tescile dayanak olan temel ilişkiyi bilmesi gerektiğinden bahisle iyiniyetli sayılamayacağı görüşüne temel ilişkinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi olmadığı hallerde başvurmayarak çelişkiye düştüğü görülmektedir.

Örneğin taraflar arasında bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yapıldığı, bakım borçlusunun borcuna karşılık olarak mülkiyetini devraldığı taşınmazı üçüncü kişiye devrettiği ve daha sonra bakım borçlusu ile bakım alacaklısı arasında ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bir uyuşmazlık yaşandığı, bakım alacaklısının üçüncü kişiye yapılan satışın muvazaalı olduğundan bahisle taşınmazın adına tescilini talep ettiği bir halde Yargıtay üçüncü kişinin temel ilişkiyi bilmesi, bakım alacaklısının sözleşmeden dönerek taşınmazı iade edebileceğini tahmin etmesi gerektiğini ileri sürerek üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ifade etmemiş, ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından kanunla getirilen ipotek hakkının tapuya şerh edilmemiş olması halinde üçüncü kişilerin edindiği taşınmaz bakımından tapu iptali ve tescili talebinin yersiz olduğunu belirtmiştir.⁵⁷⁴

⁵⁷⁴ Örneğin temeldeki ilişkinin ölünceye kadar bakma sözleşmesi olduğu bir durumda Yargıtay kararında şu ifadelerle rastlanmaktadır: Y1HD, E. 2005/10116, K. 2005/11340, T. 20.10.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2015: “(...)Bilindiği üzere; ölünceye kadar bakıp gözetmek sözleşmesi basitçe taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen, bazı yönleri itibarıyla talih ve tesadüfe, ayrıca şekle bağlı bir sözleşme şeklinde tanımlanabilir. Nitekim, sözkonusu sözleşme Borçlar Kanununun 511. maddesinde, ""kayı hayat ile bakma mukavelesi, akitlerden birinin diğerine ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartıyla bir mamelek yahut bazı malların temlikini iltizam etmesinden ibaret olan bir akit"" olarak tarif edilmiştir. (...) Öte yandan, ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi ile bakım borçlusuna devir ve temlik edilen taşınmazın başkasına devredilmesini önleyen bir yasa hükmü yoktur. Esasen bu husus mülkiyet doğal bir sonucudur. (...) Ancak, bakım alacaklısı yasalarla kendisine tanınan bu ipotek hakkını temlik tarihinden itibaren üç aylık süre içerisinde herkese karşı ileri sürebilirse de, söz konusu hak düşürücü süre geçtikten sonra üçüncü kişilere karşı ipotek hakkını kullanabilmesi tapu siciline tescil ettirmesine bağlıdır. Başka bir anlatımla; bakım alacaklısının, değinilen hak düşürücü süre içerisinde tapuya tescil ettirmediği takdirde yasal ipotek hakkını, muvazaalı temlikler dışında üçüncü kişilere karşı kullanmasında yasal olanak yoktur. Bu durumda öncelikle bakım borçlusunun sözleşmeyle üstlendiği yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin araştırılması, borcun ifa edildiğinin saptanması halinde davanın reddedilmesi, aksi halde ise davacı isteğinin bakım borçlusu davalı Sema bakımından tazminata dönüştüğünün kabul edilmesi ve buna göre araştırma yapılarak gerekli hükmün kurulması gerekirken, anılan hususlar gözardı edilmek suretiyle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir. (...)”

Yargıtay'ın temeldeki ilişkinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi olmayıp, farklı bir sözleşme türü olması halinde üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılarak kazanımlarını koruduğu örnekler çoktur.⁵⁷⁵

Bu bağlamda, konumuz açısından üçüncü kişi olarak değerlendirilen, temeldeki ilişkinin örneğin satış sözleşmesi olduğu haller bakımındansa alıcı olarak değerlendirilen tarafın; iyiniyetli olması halinde adına yapılan tescilin TMK'nun 1023. maddesi gereğince korunacağı, taşınmazı devreden kişiyle akrabalığı veya yakınlığı bulunması halinde ise temel ilişkinin yolsuz olduğunu bilebilecek konumda bulunan kişi sıfatını taşıdığıının kabul edilebileceği Yargıtay'ca ifade edilmektedir. Bir taşınmazın A kişisinden B kişisine satışında gabin olduğunu bilebilecek konumda olmak bakımından üçüncü kişinin B kişisine yakınlığı veya akrabalığı Yargıtay'ca ölçüt olarak aranırken; temel ilişkinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu hallerde herhangi bir ölçüt aranmaksızın üçüncü kişinin arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmesi gerektiği Yargıtay'ca ifade edilerek çelişkiye düşülmekte, tapu siciline güven ilkesi göz ardı edilmektedir.

⁵⁷⁵ Farklı bir içtihat, satıcı ve alıcı arasındaki ilişkide gabin bulunduğu bahisle temel ilişkinin yolsuz olmasına rağmen üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde adına yapılan tescilin korunacağı yönündeki karardır: Y1HD, E. 2005/ 12901, K. 2006/630, T. 2.2.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2015: “(...)Açıklanan ilke ve olgulara göre tamamlanacak soruşturma sonucunda davalı Recep'e yapılan satışın gabin nedeniyle iletili bulunduğu anlaşılması halinde ikinci malik konumundaki davalı Mehmet'in TMK.nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanıp yararlandırılmayacağını araştırılmasında zorunluluk vardır. (...) Hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları satın aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla Medeni Kanun'un 2. maddesinin genel hükmü yanında menkul mallarda 988 ve 989, tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023. maddesinin özel hükümleri getirilmiştir. Öte yandan bir devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke MK.nun 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan 3 üncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddenin 1.fıkrasına göre "Bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken 3 üncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde öngörülmüştür. (...) Mahkemece, sözü edilen ilkelere göre davalı Mehmet yönünden de tatmin edici bir araştırma yapılmamış, davacı ile davalı Recep arasındaki durumu bilen yada bilebilecek konumda bulunan kişi sıfatını taşıyıp taşımadığı, akrabalığı veya yakınlığı olup olmadığı üzerinde durulmamış, satın aldığı tarihte taşınmazın gerçek değeri de belirlenmiştir. (...)"

Yargıtay'ın konumuz bakımından üçüncü kişinin TMK'nun 1023. maddesinden yararlanamayacağına ve yüklenicinin inşaat tamamlanmadan arsa sahibinden devraldığı payların avans niteliğinde olduğuna ilişkin kararları dışında; arsa paylarının satılabilmesi bakımından arsa sahibince yükleniciye vekaletname verildiği durumlar bakımından verdiği kararlar da tartışmaya oldukça açıktır.

Arsa sahibinin kendi mülkiyetinde olan arsa paylarının satışı için yükleniciye vekaletname vermesi halinde ödemenin bizzat yükleniciye yapılması, bu bakımdan yüklenicinin satıcı sıfatına sahip olması ve yükleniciye kalacak bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının satışa konu edilmesinden bahisle, bu şekilde yapılan satışlara ilişkin yüklenicinin kendi mülkiyetinde olan arsa paylarını devrettiği hallerle aynı kararlar Yargıtay tarafından verilmektedir. Diğer bir deyişle, yüklenicinin kendi malik olduğu arsa paylarını üçüncü bir kişiye devrettiği ve sonradan arsa sahibinin sözleşmeden döndüğü hallere ilişkin üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağı ve üçüncü kişi lehine yapılan tescilin korunamayacağı yönündeki Yargıtay görüşü, yüklenicinin arsa sahibinin mülkiyetindeki arsa paylarını vekaletname ile satması halinde de mevcuttur. Ancak arsa sahibinin maliki olduğu arsa payını bizzat kendisinin satması halinde üçüncü kişilerin tapu sicilinde lehine yapılan tescilin korunacağı da Yargıtay tarafından bizzat ifade edilmektedir. O halde arsa sahibinin bizzat arsa payı devretmesiyle, bir vekaletname ilişkisi kapsamında vekil aracılığıyla arsa payı devretmesine Yargıtay'ca farklı sonuçların bağlandığı rahatlıkla söylenebilecektir.⁵⁷⁶

⁵⁷⁶ Bu bağlamda üçüncü kişinin arsa sahibinden pay devraldığı olaya ilişkin Yargıtay kararı şu şekildedir: Y1HD, E. 2004/3324, K. 2004/3621, T. 31.03.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2015: “(...)Mahkemece, davaya konu bağımsız bölümlerin sözleşme gereğince yükleniciye isabet eden daireler olduğu, taşınmazların davalılara devrinden sonra kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedildiği, yüklenicinin inşaatı % 20 oranında yapmış olup arsa sahibi davacının sözleşmenin feshini ve tapuların iptalini isteme hakkı olduğu, yükleniciden pay devralan 3. kişilerin iyiniyet korumasından yararlanamayacakları gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. (...) Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir. (...)”;

Yargıtay'ın karardaki görüşüne karşılık, yine arsa sahibinin mülkiyetinde olan arsa paylarının yükleniciye vekil aracılığıyla devretmesi haline ilişkin kararı ise şu şekilde örneklendirilebilir: YHGK, E. 2000/1-1280, K. 2000/1554, T. 25.10.2000, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2015: “(...)Hemen belirtmek gerekir ki; yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı (halefi)

İçtihatlardan anlaşılacağı üzere arsa sahibinin mülkiyetinde olup satışı için yükleniciye vekaletname verilen arsa paylarının üçüncü kişiye satılması haline ilişkin Yargıtay görüşü, yüklenicinin mülkiyetinde olan arsa paylarının üçüncü kişilere devredildiği hallere paralellik göstermekte, üçüncü kişinin lehine yapılan tescilin korunmayacağı şeklinde ifade edilmektedir. Kanaatimizce arsa sahibinin mülkiyetinde olup satışı için yükleniciye vekaletname verilen arsa paylarının üçüncü kişiye satılması halinin, arsa sahibinin kendi mülkiyetinde olan arsa paylarını bizzat üçüncü kişilere devrettiği hallerle paralel olması gerekmektedir. Nitekim, arsa sahibinin yükleniciye değil de kat karşılığı inşaat sözleşmesine taraf olmayan bir kişiye vekaletname vermesi halinde, arsa sahibinin bizzat arsa payı devretmesi haline ilişkin hukuki sonucun aynen doğacağına şüphe yoktur. Ancak vekaletname verilen kişinin yüklenici olması halinde üçüncü kişinin hukuki durumu görüldüğü üzere olumsuz etkilenmektedir. Bu durum, tıpkı yükleniciye devredilen arsa paylarının üçüncü kişiye satılması halinde olduğu gibi, Yargıtay'ın temeldeki kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisini üçüncü kişinin bilmesi gerektiği ve bu anlamda iyiniyetli sayılamayacağı görüşüne benzerlik göstermektedir.

Netice itibariyle yapılan açıklamalarla değindiğimiz üzere sözleşmeden dönülmesi, diğer bir ifadeyle sözleşmenin geriye etkili sona ermesi halinde, üçüncü kişinin yükleniciden devraldığı arsa paylarına ilişkin tescilin korunması gerekirken,

olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer. Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm nolu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekaletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekaleten davalıya temlik etmiştir. Ne varki; söz konusu kişinin, gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı yüklenicinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen tapu sicilindeki yolsuz tescil durumuna düştüğünü bilmemesi gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının defî değil, itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı, gerek 08/10/1991 tarih, 1990/4 esas, 1991/13 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz. (...)"

Yargıtay içtihadının bunun tam tersi yönünde olduğu ve bu içtihada katılmanın mümkün olmadığı söylenebilmektedir.

b. Üçüncü Kişinin Şahsi Hak İktisap Ettiğinde Hukuki Durumu

TMK'nun 1023. maddesi, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımını koruduğundan, şahsi hak iktisap eden üçüncü kişileri korumamaktadır.⁵⁷⁷ Nitekim ilgili madde tapu siciline yapılan tescillere ilişkin iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından düzenlenmiş olup, alacağın temlik veya taşınmaz satış vaadi yoluyla iktisap edilen şahsi haklara ilişkin bir düzenleme değildir. O halde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yükleniciden alacağın temlik ya da taşınmaz satış vaadi yoluyla şahsi hak iktisap eden kişilerin hukuki durumları, aynı hak iktisap etmeleri durumunda incelenen hukuki müesseselerden farklı bir incelemeye tabi tutulmalıdır. Ayrıca üçüncü kişinin iktisap ettiği hak, alacağın temlik sözleşmesiyle olabileceği gibi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle de olabilecek ve özellikle taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh ettirilmesi halinde farklı sonuçlar doğacaktır. Bu bağlamda her iki durum ayrı başlıklar altında incelenecektir.

aa. Üçüncü Kişinin Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesiyle Hak İktisap Etmesi Halinde Hukuki Durumu

Sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemlerine etkisine ilişkin açıklanan teorilerden aynı etkili dönme teorisi, tasarruf işlemlerinin de baştan itibaren geçersiz olacağını öne sürerken, diğer açıklanan teoriler tasarruf işlemlerinin varlığını koruyacağını öne sürmekteydi. Sözleşmeden dönülmesinin ardından yükleniciye henüz devredilmemiş olan arsa paylarının yüklenici tarafından devri talep edilemeyecektir. Yüklenici arsa paylarının mülkiyetini üzerine alamayacağından, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle üçüncü kişiye satışını vaad ettiği arsa payları ile bunlara ilişkin bağımsız bölümlerin mülkiyetini devredemeyecektir.

Satışı vaad edilen arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye geçmemesi, üçüncü kişiye devrin yapılmasını, diğer bir deyişle ifayı imkansızlaştıracaktır. Yüklenicinin arsa paylarına malik olmasına rağmen üçüncü kişiyle taşınmaz satış

⁵⁷⁷ KIRCA, s. 92

vaadi sözleşmesi ilişkisine girmesi halinde, üçüncü kişiler yine aynı hak iktisap etmediklerinden TMK'nun 1023. maddesi kapsamında korunmadan yararlanamayacaklardır. Nitekim, yüklenicinin devraldığı payların baştan itibaren yolsuz tescil hükümlerine tabi olacağı ve yüklenicinin mülkiyeti baştan beri kazanamadığı kabul edilecektir. Bu bakımdan yüklenicinin arsa paylarını tapu sicilinden devralıp devralmadığı fark etmeksizin üçüncü kişilerin arsa paylarını lehlerine tescil ettirebilmeleri mümkün olmayacaktır.⁵⁷⁸ Bu durumda, üçüncü kişinin vaad edilen taşınmaz satışının gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zararı borca aykırılık sebebiyle talep edebilmesi mümkün sayılmalıdır.⁵⁷⁹

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın TMK'nun 1009. maddesi uyarınca tapuya şerh edilebilmesi ve bu suretle şahsi hakkın etkisinin kuvvetlendirilmesi halinde üçüncü kişi lehine tescil yapıp yapılamayacağına da ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Üçüncü kişinin aynı hak iktisap etmesi halinde dahi aynı hakka ilişkin tescilin korunmayacağını savunan Yargıtay'ın, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerh edilmesi halinde de üçüncü kişiyi korumayan bir yaklaşımı benimseyeceği ve üçüncü kişi lehine yapılacak tescili kabul etmeyeceği açıktır.

Kanaatimizce üçüncü kişinin aynı hak iktisap ettiği durumlar bakımından yaptığımız açıklamalara paralel şekilde; sözleşmeden dönme üzerine yükleniciye devredilmiş olan arsa payları iade edilecek olsa dahi, üçüncü kişinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan şahsi hakkını tapuya şerh ettirmesi halinde bu kuvvetlendirilmiş şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebileceği kabul edilmeli ve üçüncü kişi lehine tescil yapılması gerektiği ifade edilmelidir. Bu bağlamda arsa sahibinin uğradığı zararı yükleniciden talep edebileceği de söylenmelidir.⁵⁸⁰ Nitekim değinildiği üzere⁵⁸¹ arsa sahibinin yükleniciye başlangıçta arsa payı devrettiği haller

⁵⁷⁸ COŞKUN, s. 151

⁵⁷⁹ ÖZ, Dönme, 261.

⁵⁸⁰ ERMAN, İnşaat, s. 186-187

⁵⁸¹ Bkz: Birinci Bölüm, II, B, 1 numaralı başlık.

bakımından sıkça rastlanan arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmesi uygulaması, arsa sahibinin zararının karşılanması kolaylaştırıcaktır.⁵⁸²

Üçüncü kişilerin şahsi haklarını kullanarak lehlerine tescil yapılmasını isteyebilmeleri bakımından bir diğer ihtimal ise; arsa sahibinin yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisine onay vermesi halidir. Bu durumda arsa sahibi sözleşmeden dönerek yüklenicinin mülkiyetinde bulunan arsa paylarının yolsuz tescil hükümlerine tabi olmasını sağlasa da, TMK'nun 2. maddesi uyarınca üçüncü kişinin kişisel hakkını arsa sahibine karşı da ileri sürebileceği kabul edilmelidir.⁵⁸³

bb. Üçüncü Kişinin Alacağın Temliki Sözleşmesiyle Şahsi Hak İktisap Etmesi Halinde Hukuki Durumu

Yüklenicinin arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye sözleşmeyle devrettiği ya da yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin alacağın temliki olarak nitelendirildiği haller bakımından, yüklenicinin temerrüde düşmesi ve bunun üzerine

⁵⁸² ERMAN, İnşaat, s. 188; Bu bağlamdaki ipoteğin teminat ipoteği olduğu ve yüklenicinin borcunu ifa etmesiyle kaldırılması gerektiği Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: Y15HD, E. 1974/26, K. 1974/111, T. 12.02.1974, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18.10.2014: "(...)Dava konusu olayda, taraflar arasında arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesi kurulmuştur. Buna göre, arsa maliki arsasının bir bölümünün mülkiyetini davacıya geçirecek, davacı da arsa üzerinde apartman yapıp üç daireyi davalıya teslim edecektir. Gerçekten davalı, bu sözleşme uyarınca tapuda, 110/170 pay mülkiyetini davacıya geçirmiş, bu işlem satış gibi gösterilip davacıya geçirilen pay üzerine 50.000 lira için ipotek konulmuştur. Oysa, taraflar arasında düzenlenen sözleşmede, davacıya geçirilen pay mülkiyetinin karşılığının, davacının yapacağı apartmandaki üç dairenin teslimi ile ödeneceği açıkça yazılmış bulunmaktadır. O kadar ki, davalı vekili de 27.3.1974 günlü dilekçesinde, üç dairenin yapılıp davalıya teslim edildiğini ve bu daireler için bir para ödenmediğini, 8.3.1972 gün, 6382 sayılı "re'sen satış vaadi ve inşaat" sözleşmesi karşılığında verildiğini kabul ve ikrar etmiştir. Bu duruma göre, davacı sözleşme ile yüklendiği üç daireyi yapıp teslim borcunu yerine getirmiştir. Davalının, tapuda davacıya geçirdiği pay mülkiyeti, bu üç dairenin karşı-edimini oluşturmuştur. Üstelik tapuda pay mülkiyetinin geçirilmesi sırasında tarafların kullandıkları sözlerin anlamı BK. md.18'deki kurala uygun olarak değerlendirilmek ve yorumlanmak gerekir. Demek ki, davalının tapuda davacıya geçirdiği pay mülkiyetinin karşılığı yapıp teslim edilen üç daire ile ödenmiş bulunduğu 50.000 liralık ipoteğin "satış bedeli karşılığında tesis edildiği" yollu yerel mahkeme kararı, hukuksal dayanaktan yoksun kalmaktadır. Gerçekte ise, 50.000 liralık ipoteğin davacıya mülkiyeti geçirilen pay üzerinde konulmasının amacı, davacının yapıyı tamamlayarak üç dairenin davalıya teslimini güvence altına almaktır ki, burada, "teminat ipoteği" söz konusudur. Durumun böyle olmasına ve davacının yapıyı tamamlayıp üç daireyi davalıya teslim ettiğinin anlaşılmasına göre, bu ipoteğin çizimine (terkinine) ve davacının davalıya borçlu olmadığına saptanmasına "tespitine" karar verilmek gerekir. Öyleyse, yerel mahkeme kararı bozulmalıdır. (...)"

⁵⁸³ ÖZ, Dönme, s. 262: Yazar, özellikle arsa sahibinin yükleniciye alıcı bulduğu, yüklenici ile üçüncü kişi arasında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmasını teşvik ettiği haller bakımından "kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanma" (venire contra factum proprium) ilkesi uyarınca üçüncü kişinin kişisel hakkı arsa sahibine karşı da ileri sürebileceğini haklı olarak savunmaktadır.

arsa sahibinin sözleşmeden dönmesiyle alacağı devralan üçüncü kişinin arsa sahibine karşı tescil talebinde bulunması mümkün değildir. Sözleşmeden dönmenin bir sonucu olarak ifa edilmeyen edimlerin ortadan kalkması, arsa sahibinin arsa payı devretme borcunun da ortadan kalkacağı anlamına gelmektedir. Bu durumda arsa sahibinin arsa payı devretme borcunun ortadan kalkmasıyla, yüklenicinin de alacağının ortadan kalkması aynı anlama geldiğinden, üçüncü kişinin devraldığı alacak baştan beri hiç doğmamış sayılacaktır.

Alacağın temlik ilişkisi neticesinde üçüncü kişinin arsa sahibinden tescil talebinde bulunabilmesi için yüklenicinin üstlendiği edimi yerine getirmiş olması şarttır. Nitekim yüklenicinin arsa sahibinden olan alacağı, ancak kendi edimini gerçekleştirdiği takdirde muaccel olacak, alacağı devralmış olan üçüncü kişi ise muacceliyet üzerine arsa sahibinden tescil talebinde bulunabilecektir.⁵⁸⁴

Bu durumda bir ivaz karşılığında alacağı devralan üçüncü kişinin arsa sahibine tescil için yönelememesi üzerine alacağın temlik sözleşmesi uyarınca yükleniciye verdiği ivazın karşılıksız kalması söz konusu olacaktır. Üçüncü kişinin uğradığı zarar bakımından genel hükümler uyarınca yükleniciye yönelmesi mümkün olduğu gibi, alacağın temlik sözleşmelerine özel düzenlenen alacağın varlığından sorumluluk hükümlerine başvurularak da zararın karşılanmasını talep edebilmek mümkündür.

⁵⁸⁴ Yargıtay'ın bu konudaki görüşü isabetli olup bir kararı şu şekildedir: Y14HD, E. 2010/5042, K. 2010/6029, T. 27.05.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.09.2014: “(...)Bir tanımlama yapmak gerekirse; alacağın temlik, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir. Borçlar Kanununun 163. hükmüne göre temlik sözleşmesi temlik edenle temlik alan arasındaki yazılı sözleşme ile kurulabilir. Ne var ki, alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin (somut olayda olduğu gibi) resmi şekilde yapılmasına engel değildir. (...) Ancak somut olayda, davalılar arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca inşaatı tamamlamakla yükümlü olan yüklenicinin eseri %44 seviyesinde terk ettiği, Gölbaşı Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1997/68-36 sayılı değişik iş dosyasında belirlenmiştir. Görülüyor ki; davalılardan yüklenici edimini yerine getirmediğinden yüklenicinin temlik hüküm ve sonuç meydana getirmeyeceği, sadece bir taahhüt işlemi olarak yükleniciyi borçlandıracağı açıktır. Dolayısıyla davacı, arsa sahiplerinden yüklenicinin temlikine dayanarak mülkiyet aktarımı isteminde bulunamaz. Sadece akidi olan yükleniciden Borçlar Kanununun 96.maddesine dayanarak ve o maddedeki koşullar yerine gelmişse adem-i ifa sebebiyle tazminat isteyebilir. (...)”; Aynı yönde: Y3HD, E. 2012/18642, K. 2012/21527, T. 15.10.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.09.2014

3. Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Sözleşmenin sürekli edimli kabul edilmesi suretiyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirme iradesinin fesih olarak kabul edilmesi ve sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesiyle, yüklenici yaptığı işle orantılı olarak arsa payı devralacaktır. Yapılmayan işler bakımındansa yüklenicinin arsa sahibine tazminat ödeme borcu doğacak, tazminatın ödenmesiyle yapılan işle orantılı miktarda arsa payının devri talep edilebilecektir.

Bu uygulama yukarıda incelenen Yargıtay'ın 1983 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na binaen Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihadı haline gelmiştir.⁵⁸⁵

Sözleşmenin feshiyle, diğer bir deyişle ileriye etkili olarak sona ermesiyle, yüklenicinin yaptığı işle orantılı arsa payı devralması; üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkileyen sonuçlar doğurmaktadır.

Örneğin; yükleniciye 10 adet bağımsız bölümün kalacağına kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırıldığı bir varsayımda; yüklenicinin inşaatın %90'ını bitirmesi ve TMK'nun 2. maddesi ile Yargıtay içtihadı uyarınca sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesiyle yükleniciye devrolunacak bağımsız bölümlere öngülenen arsa payı miktarı 9/10 oranında olacak ve yükleniciye 9 adet bağımsız bölümün kalması söz konusu olacaktır. Yüklenicinin sözleşmeyle kararlaştırılan miktarda arsa payının kendisine kalacağı öngörüsünden hareketle sözleşmenin sona ermesinden önce 10 adet bağımsız bölüme ilişkin arsa payının ya da alacak hakkının devri konusunda üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye girmesi halinde ise paylaşımın nasıl yapılacağı sorunu gündeme gelecektir. Diğer bir deyişle, 10 adet bağımsız bölümün satışının vaad edilmesi ya da 10 adet bağımsız bölüme öngülenecek arsa paylarına ilişkin alacak hakların üçüncü kişilere devredilmesi durumunda, yüklenicinin 9 adet bağımsız bölüme hak kazanmasıyla üçüncü kişilere

⁵⁸⁵ Örneğin yakın tarihli bir Yargıtay kararı şu ifadeleri içermektedir: Y15HD, E. 2011/192, K. 2011/3284, T. 02.06.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.09.2014: “(...)Diğer taraftan mahkeme, inşaatın getirildiği seviyeye göre akdin ileriye etkili feshine karar vermekle yetinmiştir. Yukarıda değinildiği üzere ileriye etkili fesihte taraflara ait bağımsız bölümlerin ve bunların arsa paylarının tesbitiyle, yükleniciye hakettiği oranda tapu payı verilerek fazlası varsa bunların iadesi gerektiği belirtilerek tasfiyenin de yapılması zorunludur.(...)”

ilişkin paylaşımın nasıl yapılacağı büyük bir sorun oluşturmaktadır. Hatta 10 adet bağımsız bölüme ilişkin arsa paylarının başlangıçta yükleniciye devredildiği ve yüklenicinin arsa paylarının mülkiyetini üçüncü kişilere sözleşmenin sona erdirilmesinden önce devrettiği durumlar bakımından da durum aynıdır. Nitekim değinildiği üzere; Yargıtay üçüncü kişilerin kazanımının korunması gerektiği görüşümüze aykırı olarak üçüncü kişileri kötüniyetli saymakta ve arsa paylarının arsa sahibine iade edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Netice itibariyle devretmek istediği ve buna göre üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girdiği arsa paylarından daha azına hak kazanması halinde üçüncü kişilerin durumunun ne olacağı bir problem oluşturmaktadır.

Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesiyle; yüklenicinin, tamamlanmayan bölümler bakımından inşa borcunun yerini tazminat borcu alacaktır. Söz konusu tazminatın hesabında müspet zararın hesabına ilişkin yaptığımız açıklamalarda değinilen mübadele ve fark teorilerinin uygulanması gündeme gelecektir.⁵⁸⁶ Söz konusu teorilerin ihtiva ettiği görüşler; üçüncü kişilerin durumlarını etkileyen farklı sonuçlara yol açabilecektir.

Mübadele teorisinin savunduğu görüş, eksik kalan kısımlar bakımından yüklenici tarafça ödenecek tazminat üzerine yüklenicinin sözleşmeyle kararlaştırılan tüm arsa paylarına ilişkin hak kazanmasıdır. Fark teorisi ise yükleniciye kalacağı kararlaştırılan arsa paylarının rayiç değerleri ile tamamlanmayan kısımlara ilişkin masraflar arasındaki farkın düşülmesini savunmaktadır. Yukarıda verilen örneği teoriler bakımından değerlendirmek konunun anlaşılabilmesine katkı sağlayacaktır. Mübadele teorisine göre; inşaatın %90'lık kısmını tamamlayan yüklenici, geri kalan %10'luk kısma ilişkin masrafları tazminat olarak arsa sahibine ödeyerek 10 adet bağımsız bölüme ilişkin arsa paylarının tamamına hak kazanacaktır.

Fark teorisine göre ise; yükleniciye 10 adet bağımsız bölümün kalacağı kararlaştırılmış, ancak inşaatın %90'ının tamamlanmasıyla yükleniciye 9 adet bağımsız bölümün düşmesi söz konusu olacaktır. Diğer 1 bağımsız bölümün yapılması gereken işler için gereken masraflar bakımından arsa sahibine kaldığı kabul edilmektedir. Ayrıca arsa sahibinin hak kazandığı gecikme tazminatı bedeli de

⁵⁸⁶ İlgili teorilere ilişkin yapılan açıklamalar için bkz: İkinci Bölüm, II, A, 2, b, bb, bbb, cccc başlığı.

arsa payı olarak yükleniciye verilecek karşılıktan düşülecektir. Diğer bir deyişle; yükleniciye kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının rayiç değerinden, inşaatın tamamlanma masrafları ile gecikme tazminatı bedelinin düşülecek ve yükleniciye kalan bedel oranında arsa payı verilmesi söz konusu olacaktır. Buna göre inşaatın tamamlanması halinde 10 adet bağımsız bölüme sahip olacak olan yüklenici, tamamlama masraflarının arsa payı olarak düşülmesinden ötürü 1 adet bağımsız bölüme hak kazanamayacak ve 9 adet bağımsız bölüm kalacaktır. Arsa sahibinin hak kazandığı gecikme tazminatı bedeli nispetinde arsa payının da 9 adet bağımsız bölüme karşılık gelen arsa paylarından düşülmesiyle, yüklenicinin hak kazanacağı arsa payı miktarı ve buna bağlı olarak bağımsız bölüm adedi düşecektir.⁵⁸⁷

Görüldüğü üzere mübadele teorisi, üçüncü kişilerin menfaatine çok daha uygun sonuçlar vermektedir. Arsa sahibine kalacak arsa payı miktarında da bir değişme olmamakta, dolayısıyla arsa sahibi bakımından da hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmamaktadır. Müttemerrit yüklenici ise, sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedildiği hallerden bahsettiğimizden inşaatın %90'ını tamamlamış durumda olup kalan kısmı parasal olarak ödeyecek ve onun açısından da hakkaniyete aykırı bir sonuç doğmamış olacaktır. Söz konusu teorinin kabul edilmesi halinde yüklenicilerin keyfi olarak inşaatı tamamlamaması durumu da istisnai haller haricinde söz konusu olmayacaktır. Nitekim inşaatın %90'ından fazlasını tamamlamış bir yüklenicinin, nispeten az bir çalışmayla inşaatı tamamlaması halinde hak ettiği kadar arsa payına hak kazanması dururken, keyfi olarak daha az arsa payına hak kazanmayı tercih etmesi hayatın olağan akışına aykırı olup, böyle bir görüşü savunmak, baştan sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesine de muhalefet etmeyi gerektirecektir. Dolayısıyla mübadele teorisinin tercih edilmesi, kanaatimize göre kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarını da, üçüncü kişilerin haklarını da koruyan bir yaklaşım olacaktır.

Açıklanan sebepler ve özelliklede yükleniciden bağımsız bölüm satın alma amacı güden üçüncü kişilerin fesih üzerine yüklenicinin kazanacağı arsa payının sözleşmeyle kararlaştırılardan az olması halinde hak kaybı yaşamamaları adına;

⁵⁸⁷ AYAN, Serkan, s. 248-249.

sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi halinde yükleniciye kalacak arsa payları ile tazminat miktarının belirlenmesinde mübadele teorisine itibar edilmesi kanaatindeyiz.⁵⁸⁸ Bu bakımdan mübadele veya fark teorisinin tercih edilmesinin arsa sahibinin bir seçimlik hak olarak görülmesine⁵⁸⁹ katılmamız mümkün olmayıp, arsa sahibinin böyle bir seçimlik hakkının var olduğu kabul edilse dahi özellikle üçüncü kişilerin hak kaybı yaşayabileceği somut olaylarda hakimın müdahalesiyle yükleniciye kalacak arsa payları ve arsa sahibine ödenecek tazminatın mübadele teorisine göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Öte yandan üçüncü kişinin alacağı temlik alarak hak iktisap ettiği durumlardaki hukuki durumu açısından evvelce değinildiği üzere;⁵⁹⁰ yüklenicinin noksan bıraktığı işlerin pek az bir boyutta olması, diğer bir deyişle arsa sahipleri tarafından tahammülü mümkün ölçülerde eksiklik kalması halinde eksik kalan işlerin yüklenicinin yanı sıra üçüncü kişi tarafından tamamlanabilmesi ya da buna ilişkin masrafların ödenmesi suretiyle tescilin istenebilmesi mümkündür. Benzer bir imkanın yüklenicinin temerrüdü halinde ileriye dönük sona ermenin gerçekleştiği durumlar bakımından da üçüncü kişiye tanınması, hem hak kayıplarını engelleyecek hem de haklı olarak savunulduğu üzere⁵⁹¹ uygulamada birlik sağlayacaktır.

Yargıtay ise kararlarında fark teorisini benimsemekte ve yüklenicinin inşaatı getirdiği seviye oranında arsa payı almaya hak kazanacağını ifade etmektedir.⁵⁹²

⁵⁸⁸ Aynı görüşte: COŞKUN, s. 168.

⁵⁸⁹ İlgili görüşe ilişkin detaylar için bkz: AYAN, Serkan, s. 233 vd.

⁵⁹⁰ Bkz: İkinci Bölüm, I, B, 2, bb, aaa başlığı.

⁵⁹¹ COŞKUN, s. 167: Yazar, üçüncü kişinin kişisel hakkına dayanarak açtığı tapu iptali ve tescili davalarında birlikte ifa kuralı uyarınca katlanılabilir eksikliklerin üçüncü kişi tarafından tamamlanarak ya da buna ilişkin masrafların arsa sahibine verilerek tescilin sağlanabildiğini, aynı imkanın sözleşmenin arsa sahibi tarafından feshedilmesi (ileriye dönük olarak sona erdirilmesi) üzerine açılacak davalarda da üçüncü kişiye tanınmasının uygulamada birlik sağlayacağını haklı olarak savunmaktadır. Katlanılabilir eksiklik kriteri, şüphesiz ileriye dönük sona erme bakımından baz alınan %90'lık tamamlanma oranı kriterinden daha az bir eksikliği ifade etmekteyse de, iki kriterin birbiriyle uyum içinde olmasından bahisle benzer hallerin birinde üçüncü kişinin kazanımının korunması amaçlanırken diğer halde bu imkanın sağlanmamasının uygulamada birliği bozduğu görüşüne katılmak mümkündür.

⁵⁹² Örneğin: Y15HD, E. 2011/192, K. 2011/3284, T. 02.06.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.11.2014: "(...)Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Gerek Dairemizin, gerekse Hukuk Genel Kurulu'nun uygulamaları bu doğrultudadır. Hemen belirtilmelidir ki, ileriye etkili fesihte müteahhit,

Yargıtay uygulaması, yüklenicinin sözleşmeyle kararlaştırılan miktarda arsa payı alamayacağı ve inşaatı getirdiği seviye oranında arsa payına hak kazanacağı yönündedir.

Bu durumda yüklenicinin kendisine kalacağı kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle kararlaştırılan arsa paylarının tamamını değil, ileriye etkili sona erme sebebiyle inşaatın tamamlanma seviyesi oranında arsa payına hak kazanması hali ve hak kazandığından fazlasını alacak hakkı olarak evvelce üçüncü kişilere temlik ettiği hallerde; üçüncü kişilerin alacağı devraldıkları tarih bakımından sıraya sokulması ve sıraya göre yüklenicinin hak ettiği miktarda arsa payına denk gelenlerin kazanımlarının korunması, sıra gereği yüklenicinin kazandığı arsa payları dolduğu için açıkta kalanlara evvelce yapılan devirlerin ise geçersiz sayılması gerekecektir.⁵⁹³

Yargıtay içtihadı değerlendirildiğinde fark teorisine itibar edildiği, buna göre yüklenicinin işi tamamladığı oranda arsa payına hak kazandığı, yükleniciden hak

inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) müteahhitten isteyebilmektedir. Bu nedenlerle fesih isteme tarihinde inşaatın getirildiği seviyenin tesbiti çok önem arz etmektedir(...)

⁵⁹³ ÖZ, İnşaat, s. 106: “Zira bir tasarruf işlemi olan bu devirler yapıldığı sırada tasarrufa konu olacak artık yüklenicinin malvarlığında kalmamış olacaktır.”; Örneğin edimini ifa etmesiyle 10 adet bağımsız bölüme hak kazanacağı kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle kararlaştırılan yüklenicinin, 9 adet bağımsız bölüme hak kazanması, ancak 10 adet bağımsız bölüme ilişkin alacak hakkı devrinde bulunmuş olması halinde; sıraya göre alacağın temlik edildiği ilk 9 kişinin kazanımı korunacak, 10. kişiye yapılan alacak devri geçersiz sayılacaktır. Nitekim yüklenicinin temlik yapıldığı sırada böyle bir alacağının olmadığı kabul edilecektir.; Bu durumda yüklenicinin sözleşmeyle kararlaştırılardan daha az miktarda arsa payına hak kazanması söz konusu olacağından, hangi üçüncü kişilerin tescil talep edebileceği ise Yargıtay’ca şu şekilde ifade edilmektedir: Y14HD, E. 2007/5813, K. 2007/7560, T. 15.06.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.11.2014: “(...)Davalı yüklenici Yaşar ile diğer davalıların miras bırakanı Yılmaz arasında 19.03.1986 tarihli biçimine uygun düzenlenen arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunmaktadır. Gerçekten, bu sözleşme ile yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün yazılı olması koşulu ile şahsi hakkın temlik suretiyle üçüncü kişilere satışı olanaklıdır. Yükleniciden şahsi hakkını temellük eden üçüncü kişi de, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya halin gidişinden temlikin yasaklanmadığı anlaşılırsa, temellük aldığı hakka dayanarak arsa sahiplerini tescile zorlayabilir. Ne var ki somut olayda, davalılar arasındaki 19.03.1986 tarihli sözleşme hükmen feshedilmiş ve ileriye etkili feshine ilişkin mahkeme hükmü Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifada imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır. Mahkemenin değinilen olguyu gözetmek suretiyle tescile ilişkin istemi reddetmiş olması doğrudur. Ancak; Davacı, tescil talebinin reddi halinde ikinci kademedeki istek olarak bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile 28 numaralı bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerinin tahsilini de istemiştir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi hükmünce akittten kısmen veya tamamen istifade edemeyen kusursuz taraf, diğer taraftan uğradığı zararların tazminini isteyebilir. O yüzden davacının akidi olan yükleniciden isteminin parasal tutarı ve nedenleri açıklattırılmalı, delilleri istenip toplanarak talep hakkında bunun sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır(...)

iktisap eden üçüncü kişilerin kat irtifakının henüz kurulmadığı bir ortamda tescil talebinde bulunabilmeleri için bilirkişilerce kat irtifakı kurulacakmış gibi yapılacak incelemelerde bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarının hesap edilmesi gerektiği, yapılacak hesaplamalar neticesinde üçüncü kişinin talep ettiği bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının yüklenici adına tescil edilen paylarla denk düşmemesi halinde veya üçüncü kişinin talep ettiği bağımsız bölümün tasfiye sürecinde yükleniciye bırakılmadığı hallerde üçüncü kişinin bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerini genel hükümlere göre yükleniciden talep edebileceği görülmektedir.⁵⁹⁴

Netice itibariyle; öne sürdüğümüz görüş bakımından yükleniciden hak iktisap eden bütün üçüncü kişilerin kazanımlarının korunacağı açıkken, Yargıtay'ın görüşü üçüncü kişilerin her zaman tescil talebinde bulunamayacağını öne sürmektedir. Buna göre üçüncü kişinin üzerinde hak iktisap ettiği arsa paylarına ilişkin bağımsız

⁵⁹⁴ Yargıtay'ın üçüncü kişilerin hukuki durumlarına ilişkin görüşünün anlaşılabilmesi adına şu kararın da okunmasında fayda vardır: Y14HD, E. 2012/12396, K. 2012/14522, T. 18.12.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.11.2014: “(...)Davacı, tescilini davaya konu yaptığı ve sözleşmeyle yükleniciye bırakılan 15 numaralı bağımsız bölümü, 1.5.2007 tarihli satış sözleşmesi ile yükleniciden şahsi hakkını temlik aldığını ileri sürmüştür. Gerçekten, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerin yerine getirilmesi halinde yüklenici, sözleşmeyle devri kararlaştırılan bağımsız bölüm tapularının verilmesini doğrudan arsa sahibinden isteyebileceği gibi, bu hakkını B.K.'nun 162. maddesinden yararlanarak ve yazılı olması koşuluyla üçüncü kişilere de devredebilir. İşte davadaki istemin dayanağı yüklenicinin yaptığı bu temlik işlemidir. Diğer taraftan; tapuda arsa niteliğinde kayıtlı kat irtifakı kurulmamış taşınmazlardan kaynaklanan hakların alacağın temlik suretiyle 3. bir kişiye geçirilmesi de, 24.4.1978 tarihli ve 3/4 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca mümkündür. Tapuda arsa niteliğinde kayıtlı olmasına rağmen ileride kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulduğunda arsa payına bağlanacak bağımsız bölümün ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmadan önce satışının vaat edilmesi veya alacağın temlik suretiyle hakkın 3. bir kişiye nakli halinde temlik işlemine değer tanımak ve temlik edilen bağımsız bölümün nitelikleri gözetilerek yapıda ileride kurulacak kat irtifakına esas bağımsız bölüme düşecek arsa payının bilirkişiye belirtilmesi suretiyle bu payın temlik alacaklısı adına tesciline olanak vardır. Bu hususlar yanında, davalılar, yüklenici ile arsa sahibi M. Ş. V. arasında görülen Ümraniye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/61 E 2010/767 K sayılı dava dosyasında 30.11.2010 tarihinde verilen kararda özetle “... yüklenicinin inşaatı % 91 seviyesinde bitirdiği, taraflar arasındaki 6.7.2005 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye düşen 10 adet daireden, 8 adedini talebe hak kazandığı, 8 adet dairenin de 44/100 hisseye tekabül ettiği belirtilerek, 50 ada 17 parselde arsa sahibi adına kayıtlı tapunun 44/100 hissesinin iptali ile davacı yüklenici adına tesciline...”, karar verildiği ve kararın 6.4.2011 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Tüm bu açıklamalar ve tespitlerden sonra somut olaya gelindiğinde; davacının dayanağı 1.5.2007 tarihli sözleşme yüklenicinin alacağının temlikine dair olup, geçerlidir. Daire bedeli ödenmiş ve dairede davacıya teslim edilmiştir. Davalılar arasındaki 6.4.2011 tarihinde kesinleşen hüküm ile de davaya konu taşınmazın 44/100 payının, davalı yüklenici adına tesciline karar verilmiştir. Bütün bunlardan sonra mahkemece yapılması gereken iş; davaya konu bağımsız bölümün bulunduğu yapıda kat irtifakı kurulmamışsa, yerinde keşif yapmak ve bilirkişiden rapor almak suretiyle binada kat irtifakı kurulacakmış gibi bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarını bilirkişilere hesap ettirmek, yükleniciye düşecek davaya konu 15 numaralı daireye isabet eden arsa payının, yüklenici adına tesciline karar verilmiş olan 44/100 paydan iptal edilerek davacı adına tescil etmek olmalıdır. (...)”

bölümlerin fark teorisi uyarınca yükleniciye bırakılmayıp arsa sahibine bırakılması halinde üçüncü kişilerin kazanımlarının korunmaması söz konusu olmakta, üçüncü kişiler bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile yaptıkları faydalı masrafları yükleniciden talep edebilmektedirler. Bu noktada üçüncü kişinin yükleniciyle girdiği hukuki ilişkinin alacağın temliki sözleşmesi olarak değerlendirilmesi halinde, genel hükümlerin yanı sıra alacağın varlığından sorumluluk hükümleri uyarınca da zararlarını talep edebileceği kabul edilmelidir.

4. Kısmi Temerrüt ve Vadeden Önce Temerrüt Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Yüklenicinin kısmi ifasının arsa sahibince kabul edilmesi veya açıklanan⁵⁹⁵ diğer hallerin gerçekleşmesiyle kısmi temerrüdün gerçekleştiği haller bakımından inşaatın tamamlanmayan kısmı bakımından arsa sahibince sözleşmeden dönülmesi geriye etkili bir sona erdirmedir. Aynı şekilde vade anından önce dönme bakımından değinilen şartların⁵⁹⁶ vuku bulmasıyla yüklenicinin temerrüde düşürülmesi halinde de arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi bir dönme olarak nitelendirilecek ve sözleşme geriye etkili olarak sona erecektir.

Dolayısıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi halinde üçüncü kişinin hukuki durumu bakımından yapılan açıklamaları her iki durum bakımından geçerli olacağı ilk bakışta söylenebilecektir.

Ancak kısmi temerrüdün gerçekleştiği durumlar bakımından oluşacak hukuki durumun birçok haliyle ileriye dönük sona erme halinde oluşacak hale benzemesi söz konusudur. Kısmi ifayla yüklenici, ifa ettiği kısımlar bakımından karşılığı almaya hak kazanacak, ifa edilmeyen kısımlar bakımındansa temerrüt ve akabinde arsa sahibinin seçimlik hakları uyarınca sözleşmeden dönmesi gündeme gelecektir. Bu durumda, kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle yüklenicinin kendi edimini ifa etmesi üzerine 10 adet bağımsız bölüm ve buna ilişkin arsa paylarının mülkiyetine hak kazanmasının kararlaştırıldığı, ancak %60'lık bir kısmi ifanın kabul edilip %40'lık

⁵⁹⁵ Bkz: İkinci Bölüm, II, A, 3 numaralı başlık.

⁵⁹⁶ Bkz: İkinci Bölüm, II, A, 4, a başlığı.

kısım bakımından temerrüdün gerçekleşmesi halinde yüklenicinin 6 adet bağımsız bölüme hak kazanacağı açıktır.

Yüklenicinin kendisine başlangıçta devredilen arsa paylarının mülkiyetini kısmi temerrüt gerçekleşmeden önce tapuda üçüncü kişilere devretmesi halinde üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılması gerektiği ve buna uygun olarak üçüncü kişilerin TMK'nun 1023. maddesi korumasından yararlanması gerektiği görüşümüzü hem kısmi temerrüt hem de teslim anı öncesinde temerrüt halleri bakımından korumaktayız. Ancak Yargıtay'ın görüşünün ortaya koyduğumuz görüşle örtüşmediğini tekrar belirtmek gerekmektedir.

Ancak yüklenicinin henüz kısmi ifa gerçekleşmeden alacağı bir üçüncü kişiye devretmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle üçüncü kişinin bir şahsi hak iktisap etmesi hallerinde oluşacak hukuki durumun ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Verilen örnek bakımından; 6 adet bağımsız bölüme hak kazanan yüklenicinin temerrütten önce 10 adet bağımsız bölüme ilişkin alacağını devretmiş olması ya da bu bağımsız bölümlerin satışını vaad etmiş olması halinde, hak kazanılan 6 adet bağımsız bölümün hangi üçüncü kişilere ait olacağı ve açıkta kalan diğer üçüncü kişilere ne olacağı soruları gündeme gelecektir. Üçüncü kişiyle yüklenici arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın tapuya şerh edilmesi halinde⁵⁹⁷ üçüncü kişinin şahsi hakkını arsa sahibine karşı da ileri sürebileceği görüşümüz de bu noktada sabittir. Ancak yine Yargıtay'ın görüşünün ortaya koyduğumuz görüşle örtüşmediğini belirtmek gerekmektedir.

Dolayısıyla daha önce yapılan açıklamalarla örtüşmeyen durum, kısmi temerrüt halinde alacağı devralan ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkını tapuya şerh ettirmeyen üçüncü kişiler açısından cereyan etmektedir.

⁵⁹⁷ Taşınmaza malik olmayan yüklenici ve üçüncü kişi arasında düzenlenen taşınmaz satış vaaadinin ise tapuya şerh edilebilmesi için Yargıtay uygulaması, arsa sahibinin şerhe onay vermesi ya da arsa sahibinin hasım gösterilmesi suretiyle bir mahkeme kararı alınmasına bağlıdır: Y14HD, E. 2009/995, K. 2009/2658, T. 04.03.2009; www.turkhukuksitesi.com, Erişim Tarihi: 14.11.2014; Aynı yönde: Y14HD, E. 2010/4527, K. 2010/6501, T. 03.06.2010, www.turkhukuksitesi.com, Erişim Tarihi: 14.11.2014

Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi hali bakımından Yargıtay uygulamasına göre, yüklenicinin, vaad ettiği az arsa payına hak kazanması durumunda arsa sahibi ve yüklenicinin yanı sıra yükleniciden hak iktisap eden üçüncü kişilerin de kazanımlarının korunabilmesi adına tarafımızca mübadele teorisine itibar edilmiştir. Ancak kısmi ifa bakımından bu alternatifin uygulanması mümkün olmayıp, bu defa inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmamış olması söz konusudur. Bu bağlamda Yargıtay'ın sözleşmenin ileriye dönük sona erdiği haller bakımından alacağı devralan kişilerle şahsi hakka dayanan kişiler bağlamında genel olarak benimsediği çözümü; kısmi temerrüt halinde sözleşmeden dönme üzerine alacağı temlik alan ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile şahsi hak alan üçüncü kişiler bakımından uygun bulmaktan başka çare yoktur.⁵⁹⁸

Yargıtay'ın sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi halinde hak iktisap eden kişiler bakımından öngördüğü uygulama, kısmi temerrüt neticesinde sözleşmeden dönme halinde de uygulama alanı bulabilecek niteliktedir. Buna göre üçüncü kişinin üzerinde hak iktisap ettiği arsa paylarına ilişkin bağımsız bölümlerin, yüklenicinin ifasını gerçekleştirdiği kısma ilişkin karşılık olarak aldığı arsa paylarının arasında bulunması halinde üçüncü kişi tescili talep edebilecektir. Üçüncü kişinin üzerinde hak iktisap ettiği arsa paylarına ilişkin bağımsız bölümlerin yüklenicinin karşılık olarak aldığı arsa paylarının arasında bulunmaması halinde ise, üçüncü kişi yüklenici ile girdiği hukuki ilişki sebebiyle verdiklerini ve uğradığı diğer zararları genel

⁵⁹⁸ Bu bağlamda Yargıtay'ın ileriye etkili sona erme halinde bağımsız bölümlerin ne şekilde paylaşılacağına ilişkin görüşünü hatırlamakta fayda vardır: Y14HD, E. 2007/5813, K. 2007/7560, T. 15.06.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.11.2014: “(...)Davalı yüklenici Yaşar ile diğer davalıların miras bırakanı Yılmaz arasında 19.03.1986 tarihli biçimine uygun düzenlenen arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunmaktadır. Gerçekten, bu sözleşme ile yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün yazılı olması koşulu ile şahsi hakkın temlik suretiyle üçüncü kişilere satışı olanaklıdır. Yükleniciden şahsi hakkını temellük eden üçüncü kişi de, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya halin gidişinden temlikin yasaklanmadığı anlaşılırsa, temellük aldığı hakka dayanarak arsa sahiplerini tescile zorlayabilir. Ne var ki somut olayda, davalılar arasındaki 19.03.1986 tarihli sözleşme hükmen feshedilmiş ve ileriye etkili feshe ilişkin mahkeme hükmü Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifada imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır. Mahkemenin değinilen olguyu gözetmek suretiyle tescile ilişkin istemi reddetmiş olması doğrudur. Ancak; Davacı, tescil talebinin reddi halinde ikinci kademedeki istek olarak bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile 28 numaralı bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerinin tahsilini de istemiştir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi hükmünce akitten kısmen veya tamamen istifade edemeyen kusursuz taraf, diğer taraftan uğradığı zararların tazminini isteyebilir. O yüzden davacının akidi olan yükleniciden isteminin parasal tutarı ve nedenleri açıklattırılmalı, delilleri istenip toplanarak talep hakkında bunun sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır. (...)”

hükümlere göre isteyebilecektir. Üçüncü kişilerin yükleniciyle girdikleri hukuki ilişkilerde ileride oluşacak olan bağımsız bölümlere ilişkin alacak hakkının devredilmeyip, çıplak arsa paylarına ilişkin alacak haklarının devredilmiş olması halinde, üçüncü kişilerin alacağı devraldıkları tarih bakımından sıraya sokulması ve sıraya göre yüklenicinin hak ettiği miktarda arsa payına denk gelenlerin kazanımlarının korunması, sıra gereği yüklenicinin kazandığı arsa payları dolduğu için açıkta kalanlara evvelce yapılan devirlerin ise geçersiz sayılması gerekecektir. Üçüncü kişilerin yaptıkları faydalı masrafları ise yükleniciden talep edebileceği kabul edilmelidir. Bu noktada üçüncü kişinin genel hükümlere göre zararının giderilmesini talep edebileceği, yükleniciyle girdiği hukuki ilişkinin alacağın temliki sözleşmesi olarak değerlendirilmesi halinde, genel hükümlerin yanı sıra alacağın varlığından sorumluluk hükümleri uyarınca da zararlarını talep edebileceği kabul edilmelidir. Nitekim inşaatın ifa edilmeyen kısımları bakımından geriye dönük sona erme gündeme geleceğinden, üçüncü kişinin hak iktisap ettiği bağımsız bölümün tescilini talep edebilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği haller bakımından aynı ihtimalin gerçekleşmesi halinde üçüncü kişi bağımsız bölümün güncelleştirilmiş bedelini isteyebilecekken, kısmi temerrüt halinde dönme gündeme geleceğinden bunu isteyemeyecektir.

Nitekim üçüncü kişinin tescilini istediği bağımsız bölüm, yüklenicinin temerrüdü kapsamında henüz inşa edilmemiş durumdadır. Bu nedenle üçüncü kişinin yükleniciyle arasındaki ilişkide verdiği karşılığı, çoğu zaman harici satış sözleşmesinin satış bedelini, geri istemesi ve varsa uğradığı diğer zararları talep edebilmesi söz konusu olacaktır. Aynı zamanda üçüncü kişiyle yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin alacağın temliki sözleşmesi olarak nitelendirildiği hallerde, üçüncü kişinin genel hükümlerin yanı sıra alacağın temliki sözleşmelerine özel düzenlenmiş bir garanti sorumluluğu olan alacağın varlığından sorumluluk hükümlerine başvurarak da zararlarının giderilmesini talep edebilmesi mümkündür.

TBK'nun 473. maddesine başvurulması halinde ise; sözleşmeden dönmenin sonuçları uygulanacağından tarafların ifa edilmiş edimlerinin iadesi söz konusu olacak, yüklenicinin hiçbir şekilde arsa payına ilişkin tescil talebi hakkı kazanması mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda teslim anından önce temerrüt haline ilişkin üçüncü kişilerin hukuki durumları, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi

halinde üçüncü kişinin hukuki durumuna ilişkin yaptığımız açıklamalarla paralellik gösterecektir.

SONUÇ

TBK'nun 26. maddesi tarafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda belirlenen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebileceklerini düzenlemektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme özgürlüğüne ilişkin bu serbestiden yararlanılarak satış sözleşmesi ve eser sözleşmesine ilişkin unsurların bir araya getirilmesiyle kurulmuş olan karma nitelikte bir sözleşmedir. Yüklenici arsa sahibinin arsası üzerine sözleşmeyle kararlaştırılan bağımsız bölümleri inşa etmeyi ve bunları arsa sahibine teslim etmeyi üstlenirken, arsa sahibi yüklenicinin bu borcunun bir karşılığı olarak belirlenen nicelikte arsa paylarını yükleniciye devretmeyi üstlenmektedir. Tarafların bu şekilde kanunla düzenlenmiş farklı sözleşme tiplerine ait asli edimleri karşılıklı olarak ifa borç altına girmesi, sözleşmenin çifte tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır. Sözleşme taraflarından her ikisinin de aralarında bağ olan en az birer asli edim yükümlülüğünü borçlanmış olmaları, edimler arasında bir karşılıklılık ilişkisi bulunması ve sözleşmenin tamamlanmasıyla hüküm ifade edebilmesi için tarafların irade beyanları dışında maddi bir olayın gerçekleşmesinin zorunlu olmayıp tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olması; sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve rızai bir sözleşme niteliğinde olduğunu göstermektedir.

Arsa paylarının yükleniciye devredileceği an bakımından sözleşmenin sınıflandırılabilmesi mümkün olup, bu şekilde yapılan sınıflandırma neticesinde sözleşmenin uygulamada üç farklı biçimde yapıldığı görülmektedir. Söz konusu bu üç farklı biçim; arsanın tamamının veya bir kısım arsa paylarının başlangıçta yükleniciye devredilmesi, inşaatın geldiği aşamaya göre arsa paylarının kademeli şekilde yükleniciye devredilmesi, inşaatın tamamlanması suretiyle yükleniciye arsa paylarının devredileceğinin kararlaştırılması şeklindedir.

Çalışmamızın konusu, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin hukuki durumudur. Üçüncü kişilerin yükleniciyle girdikleri hukuki ilişkiden bekledikleri kazanım; inşaatın tamamlanmasıyla oluşacak olan bağımsız bölümler üzerinde mülkiyet hakkı iktisap etmektir.

İnşaatın tamamlanması ve arsa paylarının bağımsız bölümlere özgülenmesinin ardından yükleniciyle üçüncü kişinin girdiği taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan hukuki ilişki, taşınmaz satış sözleşmesi niteliğindedir. İnşaat henüz

tamamlanmamışken arsa paylarının tamamını ya da bir kısmını arsa sahibinden devralmış olan yüklenicinin, üçüncü kişiye söz konusu bu arsa paylarının mülkiyetini tapu sicilinde devretmesi de yine taşınmaz satış sözleşmesi niteliğindedir. Bu iki durumda, üçüncü kişi taşınmaz satış sözleşmesinin alıcı tarafını oluştururken, yüklenici taşınmaz satış sözleşmesinin satıcı tarafını oluşturacak, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin düzenlenmiş hükümlerle taşınır satışına ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır.

Yüklenicinin arsa sahibiyle girdiği hukuki ilişkide, arsa sahibinin arsa paylarını devretme borcu, yüklenicinin inşaatı tamamlaması ve teslim etmesiyle muaccel olacaktır. Yüklenici arsa sahibiyle girdiği kat karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinden bağımsız bölümlerin ve bunlara ilişkin arsa paylarının devrini talep etme hakkı elde etmektedir. Yüklenicinin edindiği bu kişisel hak, yüklenicinin eseri teslim etmesiyle muaccel olacak olan bir alacak hakkı olup, söz konusu alacağın TBK'nun 183 ve devamı maddelerince temlik edilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla yüklenicinin üçüncü kişilerle alacağın temlik sözleşmesi ilişkisine girmesi mümkündür. Bunun dışında, taşınmaz mülkiyeti devrini konu alan sözleşmelerin kanunun öngördüğü şekil şartına uygun yapılmaması haline ilişkin olarak; 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 hakimın Medeni Kanun'un 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğini Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 30.09.1988 tarihli kararıyla ifade etmiştir.

Söz konusu tarihten itibaren Yargıtay'ın harici satış sözleşmesi olarak isimlendirdiği, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan, ancak kanunun öngördüğü şekil şartını sağlamayan sözleşmelerin alacağın temlik niteliğinde olması Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir. Bu bağlamda üçüncü kişilerin yükleniciyle şekil şartını sağlamayan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapımları halinde, hukuki ilişki alacağın temlik sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Alacağın temlik sözleşmesinden doğan hak kural olarak borçluya, yani arsa sahibine karşı ileri sürülebilen bir hak iken, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle edinilen hak sadece taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tarafları arasında ileri sürülebilen bir haktır.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, şekil şartı sağlanmadan yapıldığında Yargıtay içtihadına uygun şekilde alacağın temlik sözleşmesi niteliğinde sayılacağından, yüklenici ile adi yazılı şekilde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişilerin, sözleşmenin alacağın temlik niteliğinde olmasıyla bu sözleşmeden doğan haklarını arsa sahibine karşı ileri sürmesi mümkün kabul edilmektedir. Ancak yüklenici ile kanunun aradığı şekil şartına uygun bir biçimde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişilerin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel haklarını sadece yükleniciye karşı ileri sürebilmesi söz konusudur. Bu durumda şekil şartına uymadan yükleniciyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişiler, sözleşmenin alacağın temlik niteliğinde sayılmasıyla, şekil şartına uyarak yükleniciyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü kişilere göre daha avantajlı konuma geçmekte, kişisel haklarını arsa sahibine karşı ileri sürebilmektedirler. Yargıtay, uygulamada yaşanan bu sorunu şekil şartına uygun yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini de alacağın temlik niteliğinde sayarak aşmaya çalışmış, ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yüklenici ile üçüncü kişiler arasında kurulan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine şekil noksanı olsun ya da olmasın alacağın temlik hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiş, yükleniciyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisine giren üçüncü kişilerin edindikleri kişisel hakları, arsa sahibine karşı ileri sürebilmelerine imkan tanımıştır.

Dolayısıyla yüklenici ile üçüncü kişi arasında alacağın temlik sözleşmesi ilişkisi kurulması, adi yazılı olan ve kural olarak geçersiz olması gereken satış sözleşmesi yapılması, adi yazılı olan ve kural olarak geçersiz olması gereken taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması, resmi şekil şartına uygun olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması hallerinin tamamı alacağın temlik sözleşmesi niteliğinde sayılmakta ve üçüncü kişiler kişisel haklarını arsa sahibine karşı ileri sürebilmektedir. Ancak yükleniciyle üçüncü kişinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisine girmesi halinde, sözleşmenin tapu kütüğüne şerh edilebilmesi TMK'nun 1009. maddesi uyarınca mümkündür.

Yüklenici ile alacağın temlik sözleşmesi ilişkisine girdiği kabul edilen üçüncü kişilerin, alacağı elde ederek bağımsız bölümlerin mülkiyetini elde edebilmesi için, alacağın muaccel hale gelmesi gerekmektedir. Değindiği üzere üçüncü kişilerin edindiği alacak hakkı; yüklenicinin inşaatı tamamlayıp, eseri arsa sahibine teslim etmesiyle muaccel olur. Bu noktada yüklenicinin yükümlülüklerini

tam olarak yerine getirmediğinden bahisle arsa sahibinin üçüncü kişilere karşı bir takım def'i ve itirazlarda bulunması mümkündür. Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getiremediği ve eksikliğin arsa sahibi açısından pek az ve katlanılabilir boyutta olduğu hallerde; Yargıtay uygulaması, eksikliğin üçüncü kişilerce tamamlanması veya arsa sahibine eksikliği giderecek nicelikte bedelin depo edilmesi suretiyle üçüncü kişilerin bağımsız bölüm üzerinde mülkiyet haklarının tesciline karar verilmesi yönündedir.

Arsa sahibinin alacağın temlik hükümlerine göre iyiniyetle ifa sonucu borcundan kurtulacağı söylenebilmektedir. Yüklenicinin konu aynı olan şahsi hakkı başka üçüncü kişilere devretmesi halinde kural ilk yapılan temlik geçerli olmasıdır. Arsa sahibinin, sonradan yapılan ve geçersiz olan temliklere dayanarak bağımsız bölümlerin devrini talep eden üçüncü kişileri hak sahibi zannetmek suretiyle iyi niyetle ifada bulunması halinde, asıl hak sahibi olan birinci devralan yükleniciye karşı TBK'nun 112. madde hükmüne dayanabilecek, sahip olmadığı bir alacağı edinmesi sebebiyle de ikinci devralana karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilecektir.

Üçüncü kişinin alacağın temlik sözleşmesine dayanarak lehine tescili arsa sahibinin def'i ve itirazları ya da iyiniyetle bir başkasını hak sahibi zannederek ifada bulunması sebebiyle sağlayamaması halinde, kanaatimizce üçüncü kişi genel hükümlerin yanı sıra TBK'nun 191 ve devamı maddelerinde garanti sorumluluğu olarak düzenlenen alacağın varlığından sorumluluk hükümlerine başvurabilmelidir. Ancak Yargıtay, alacağın temlik sözleşmesine dayanarak tescili sağlayamayan üçüncü kişilerin genel hükümlere başvurması gerektiği ve zararını TBK'nun 112. maddesine dayanarak tazmin edebileceği görüşündedir.

Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği borç bakımından temerrüde düşmesi halinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak mı sona ereceği, yoksa ileriye etkili olarak mı sona ereceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Söz konusu tartışmanın temeli, sözleşmenin ani edimli olduğu yönündeki görüşlere karşılık, doktrinin bir bölümünün sözleşmenin sürekli edimli olduğunu ileri sürmesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin ani edimli bir borç ilişkisi olduğu yönündeki görüş, temelini yüklenicinin bir sonuç taahhüdünde bulunmasından almaktadır. Görüşe göre, arsa sahibinin sözleşmeden beklentisi inşaatın tamamlanarak eserin arsa

sahibine teslim edilmesiyle gerçekleşecektir. Dolayısıyla inşaat süreci, ifanın bir parçası olarak değil, ifa için hazırlık faaliyetleri olarak görülmeli ve sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin sözleşmeyi geçmişe dönük olarak sona erdirdiği kabul edilmelidir. Sözleşmenin sürekli edimli bir borç ilişkisi olduğu yönündeki görüş ise, uzunca bir süre gerektiren inşaat sürecinin hazırlık faaliyetleri olarak görülmesini doğru bulmamakta, bu faaliyetlerin ifanın bir parçası olarak görülmesi gerektiğini öne sürmekte ve sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirdiği kabul etmektedir.

Yargıtay, doktrinde yer alan söz konusu tartışmaları sonlandırmak ve uygulamada birliği sağlayabilmek adına 25.01.1988 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'yla konuya bir çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Söz konusu karar uyarınca, sözleşmenin kural olarak ani edimli olduğu, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Medeni Kanun'un 2. maddesi gözetilerek sözleşmenin sona erdirilmesi iradesinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Bu bağlamda Yargıtay'ın sözleşmeyi ani-sürekli karmaşığı bir niteliğe büründürdüğü söylenebilmektedir. İnşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmış olmasıyla gelinen aşama uyarınca sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin kabul edilmesi, Medeni Kanun'un 2. maddesi ile düzenlenen hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilecek ve sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği kabul edilebilecektir. Yargıtay'ın inşaatın geldiği aşama bakımından getirdiği büyük bir bölümünün tamamlanmış olması kıstası, eski tarihli kararlarda %60 seviyesi olarak görülürken, günümüzde ileriye etkili sona ermenin kabul edilebilmesi için inşaatın %90'ının tamamlanmış olmasının gerektiği kabul edilmektedir.

Sözleşmenin geçmişe ya da ileriye etkili olarak sona ermesi, çalışmamızın konusunu oluşturan ve yükleniciden bağımsız bölüm satın alma amacı güden üçüncü kişiler bakımından farklı sonuçlar yaratmaktadır.

Nitekim, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin kabulü halinde, sözleşmeden dönmeye ilişkin kurallar uygulanacak, ifa edilmemiş edimler ortadan kalkarken, ifa edilen edimlerin karşılıklı olarak geri verilmesi söz konusu olacaktır. Bu durumda yükleniciden mülkiyet hakkı iktisap eden üçüncü kişilerle, şahsi hak iktisap eden üçüncü kişilerin hukuki durumları farklılık gösterecektir. Yüklenicinin değinildiği üzere henüz inşaat bitmeden arsa sahibinden arsa payı mülkiyeti

devralması mümkün olup, sözleşmenin başlangıçta arsa paylarının tamamının veya bir kısmının yükleniciye devredileceği şekilde düzenlenmiş olması ya da inşaatın geldiği aşamaya göre kademeli olarak arsa paylarının yükleniciye devredildiği şekilde düzenlenmiş olması mümkündür. Buna göre arsa sahibinden arsa payı mülkiyeti devralan yüklenicinin, arsa paylarının mülkiyetini tapuda üçüncü bir kişiye devretmesi mümkündür. Üçüncü kişinin bu şekilde aynı hak kazanımının sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkmasından etkilenip etkilenmeyeceği, sözleşmeden dönmenin etkisi ve sonuçları hakkında doktrinde öne sürülen teorilerle yakından ilgilidir. Özellikle aynı etkili dönme teorisi dönmenin geçmişe etkisini hukuki sebebe bağlılık ilkesi uyarınca ele almakta ve buna göre sözleşmenin ifası amacıyla yapılan ve sebebe bağlı olan tasarrufi işlemlerin sözleşmeden dönülmesiyle birlikte baştan itibaren geçersiz sayılması gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay ise kararlarında klasik teori olarak da adlandırılan sebepsiz zenginleşme görüşüne itibar ettiğini lafzi olarak belirtmekte, ancak esas itibarıyla üçüncü kişileri TMK'nun 1023. maddesine göre iyiniyetli saymayarak edindikleri aynı hakların dahi arsa sahibine iade edilmesi gerektiği yönündeki istikrarlı içtihadıyla aynı etkili dönme teorisine yaklaşmaktadır. Ayrıca inşaat tamamlanmadan yükleniciye devredilen arsa paylarının avans niteliğinde olduğu yönündeki istikrarlı Yargıtay içtihadı da, üçüncü kişilerin edindikleri aynı hakların korunmaması gerektiği görüşünü destekler niteliktedir. Konuya ilişkin kanaatimiz; yükleniciden aynı hak iktisap eden üçüncü kişinin çok istisnai durumlar haricinde yüklenicinin temerrüde düşerek arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanacağını ve bu suretle yüklenicinin mülkiyetinde olan arsa paylarına ilişkin tescilin yolsuz olduğunu bilebilecek durumda olmadığından TMK'nun 1023. maddesinin aradığı anlamda iyiniyetli sayılması gerektiği yönündedir. Nitekim TMK'nun üçüncü maddesiyle düzenlenen iyiniyet karinesi gereği asıl olanın iyiniyetin varlığı olduğu da göz ardı edilmemelidir. Kanunun iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımlarının korunacağına ilişkin açık düzenlemesi karşısında, tapu siciline güvenerek yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişinin iktisap ettiği aynı haklarının korunması ve tescilin yolsuz olduğunun kendisine karşı ileri sürülememesi gerekmektedir. Üçüncü kişiden aynı hak iktisap eden diğer üçüncü kişi konumundaki kişiler bakımından iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın iktisap ettikleri aynı hakkın korunması gerekirken, Yargıtay uygulaması bu yönde olmayıp; Yüksek Mahkeme gerek üçüncü kişilerin gerekse de üçüncü kişiden hak iktisap eden diğer üçüncü kişilerin de TMK'nun 1023.

maddesiyle düzenlenen tapu siciline güvenin korunması ilkesinden yararlanamayacaklarını ifade etmektedir. Üçüncü kişinin sicil dışındaki bir olgu olarak yüklenici adına yapılan tescilin dayanağını, buna ilişkin belgeleri ve arsa sahibi ile yüklenici arasındaki kişisel hakkın var olup olmadığını araştırmak zorunluluğu olmayıp, bunun aksi yönündeki kabul; alacak hakkının nisbiliği ilkesiyle bağdaşmayacak ve hukuki işlem güvenliğini tehlikeye sokan bir yaklaşım olacaktır. Bütün bu nedenlerle kanaatimiz yükleniciden aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin iktisaplarının korunması gerektiği yönünde olup, Yargıtay'ın görüşüne itibar etmemekteyiz.

Yargıtay'ın mevcut uygulamasıyla tapu siciline güvenen üçüncü kişiyi yasaya aykırı olarak korumamakta; yüklenici ile arsa sahibi arasındaki ilişkiyi ve hatta arsa sahibinin temerrüdün doğması halinde sözleşmeden dönebileceğini, buna bağlı olarak avans niteliğinde devredilen arsa paylarının arsa sahibine iade edileceğini üçüncü kişilerin bilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Oysa kanaatimize göre; tapu siciline tescille yapılacak olan arsa paylarına ilişkin mülkiyet hakkı devirlerinde; kanunda açıkça yazılan iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenin korunması ilkesi göz önüne alındığında, yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesiyle söz konusu devrin ve üçüncü kişilerin korunacağını arsa sahibinin bilmesi ve yükleniciyle yapacağı kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa paylarının devrolunacağı zamanı buna göre belirlemesi gerekmektedir. Hukuk düzenine daha uygun olan bu yaklaşım uyarınca inşaat bitmeden arsa paylarının tamamını veya bir kısmını yükleniciye devretmeyi kabul eden arsa sahibinin; arsa paylarının bir üçüncü kişiye yüklenici tarafından devredilmesi halinde tescilin korunacağını bilmesi kanunun açık lafzına uygun bir yaklaşım olacak, bunu bilmesine rağmen inşaat tamamlanmadan arsa paylarını yükleniciye devretmeyi kabul eden arsa sahibinin söz konusu riski üstlendiği kabul edilecektir.

Üçüncü kişilerin yükleniciden alacağın temlik sözleşmesiyle şahsi hak iktisap ettikleri ve sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiği hallerde ise; sözleşmeden dönmenin bir sonucu olarak ifa edilmeyen edimlerin ortadan kalkmasıyla, arsa sahibinin arsa payı devretme borcunun da ortadan kalkacağından, üçüncü kişinin devraldığı alacak baştan beri hiç doğmamış sayılacaktır. Bu durumda bir ivaz karşılığında alacağı devralan üçüncü kişinin arsa sahibine tescil başvurusunda bulunamaması üzerine alacağın temlik sözleşmesi uyarınca

yükleniciye verdiği ivazın karşılıksız kalması söz konusu olacak, üçüncü kişi uğradığı zarar bakımından genel hükümler uyarınca yükleniciden tazminat talep edebilecek, ayrıca alacağın temlik sözleşmelerine özel düzenlenen alacağın varlığından sorumluluk hükümlerine başvurarak da zararın karşılanmasını talep edebilecektir. Ancak Yargıtay uygulaması, üçüncü kişinin sadece genel hükümler uyarınca zararının giderilmesini talep edebileceği yönündedir.

Üçüncü kişilerin yükleniciyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisine girmesi halinde, üçüncü kişiler yine aynı hak iktisap etmediklerinden TMK'nun 1023. maddesi kapsamında korunmadan yararlanamayacaklardır. Nitekim, yüklenicinin devraldığı payların baştan itibaren yolsuz tescil hükümlerine tabi olacağı ve yüklenicinin mülkiyeti baştan beri kazanamadığı kabul edilecektir. Bu bakımdan yüklenicinin arsa paylarını tapu sicilinden devralıp devralmadığı fark etmeksizin üçüncü kişilerin arsa paylarını lehlerine tescil ettirebilmeleri mümkün olmayacaktır. Bu durumda, üçüncü kişinin vaad edilen taşınmaz satışının gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zararı borca aykırılık sebebiyle talep edebilmesi mümkün sayılmalıdır.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın TMK'nun 1009. maddesi uyarınca tapuya şerh edilebilmesi ve bu suretle şahsi hakkın etkisinin kuvvetlendirilmesi halinde; kanaatimizce üçüncü kişinin aynı hak iktisap ettiği durumlar bakımından yaptığımız açıklamalara paralel şekilde; sözleşmeden dönme üzerine yükleniciye devredilmiş olan arsa payları iade edilecek olsa dahi, bu kuvvetlendirilmiş şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebileceği kabul edilmeli ve üçüncü kişi lehine tescil yapılması gerektiği ifade edilmelidir. Üçüncü kişinin aynı hak iktisap etmesi halinde dahi aynı hakka ilişkin tescilin korunmayacağını savunan Yargıtay'ın, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerh edilmesi halinde de üçüncü kişiyi korumayan bir yaklaşımı benimseyeceği ve üçüncü kişi lehine yapılacak tescili kabul etmeyeceği açıktır.

Sözleşmenin sona erdirilmesi iradesinin ileriye etkili sonuçlar doğurması halinde ise yüklenicinin yaptığı işle orantılı arsa payı devralması; üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkileyen sonuçlar doğurmaktadır. Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesiyle; yüklenicinin, tamamlanmayan bölümler bakımından inşaa borcunun yerini tazminat borcu alacaktır. Söz konusu tazminatın hesabında

mübadele ve fark teorilerinin uygulanması gündeme gelecektir. Mübadele teorisinin savunduğu görüş, eksik kalan kısımlar bakımından yüklenici tarafça ödenecek tazminat üzerine yüklenicinin sözleşmeyle kararlaştırılan tüm arsa paylarına ilişkin hak kazanmasıdır. Fark teorisi ise yükleniciye kalacağı kararlaştırılan arsa paylarının rayiç değerleri ile tamamlanmayan kısımlara ilişkin masraflar arasındaki farkın düşülmesini savunmaktadır. Mübadele teorisine göre; inşaatın %90'lık kısmını tamamlayan yüklenici, geri kalan %10'luk kısma ilişkin masrafları tazminat olarak arsa sahibine ödeyerek 10 adet bağımsız bölüme ilişkin arsa paylarının tamamına hak kazanacaktır. Fark teorisine göre ise; yükleniciye 10 adet bağımsız bölümün kalacağı kararlaştırılmış, ancak inşaatın %90'ının tamamlanmasıyla yükleniciye 9 adet bağımsız bölümün düşmesi söz konusu olacaktır. Diğer 1 bağımsız bölümün yapılması gereken işler için gereken masraflar bakımından arsa sahibine kaldığı kabul edilmektedir. Ayrıca arsa sahibinin hak kazandığı gecikme tazminatı bedeli de arsa payı olarak yükleniciye verilecek karşılıktan düşülecektir. Diğer bir deyişle; yükleniciye kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının rayiç değerinden, inşaatın tamamlanma masrafları ile gecikme tazminatı bedelinin düşülecek ve yükleniciye kalan bedel oranında arsa payı verilmesi söz konusu olacaktır. Kanaatimiz, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi üzerine, tamamlanmayan işler bakımından yüklenicinin ödeyeceği tazminatın mübadele teorisine göre hesaplanmasının gerektiğidir. Nitekim bu uygulama, arsa sahibi ve yüklenicinin menfaatlerine uygun olup, üçüncü kişilerin kazanımlarının korunabilmesi adına da uygundur. Ancak Yargıtay, yüklenicinin sözleşmeyle kararlaştırılan miktarda arsa payı alamayacağını ve inşaatı getirdiği seviye oranında arsa payına hak kazanacağını ifade etmektedir. Bu durumda yüklenicinin kendisine kalacağı kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle kararlaştırılan arsa paylarının tamamını değil, ileriye etkili sona erme sebebiyle inşaatın tamamlanma seviyesi oranında arsa payına hak kazanması hali ve hak kazandığından fazlasını alacak hakkı olarak evvelce üçüncü kişilere temlik ettiği hallerde; üçüncü kişilerin alacağı devraldıkları tarih bakımından sıraya sokulması ve sıraya göre yüklenicinin hak ettiği miktarda arsa payına denk gelenlerin kazanımlarının korunması, sıra gereği yüklenicinin kazandığı arsa payları dolduğu için açıkta kalanlara evvelce yapılan devirlerin ise geçersiz sayılması gerekecektir. Buna göre üçüncü kişinin üzerinde hak iktisap ettiği arsa paylarına ilişkin bağımsız bölümlerin fark teorisi uyarınca yükleniciye bırakılmayıp arsa sahibine bırakılması halinde üçüncü kişilerin kazanımlarının

korunmaması söz konusu olmakta, ancak üçüncü kişiler bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile yaptıkları faydalı masrafları yükleniciden talep edebilmektedirler. Bu noktada üçüncü kişinin genel hükümlere göre zararının giderilmesini talep edebileceği, yükleniciyle girdiği hukuki ilişkinin alacağın temlik sözleşmesi olarak değerlendirilmesi halinde, genel hükümlerin yanı sıra alacağın varlığından sorumluluk hükümleri uyarınca da zararlarını talep edebileceği kabul edilmelidir. Öte yandan üçüncü kişinin alacağı temlik alarak hak iktisap ettiği durumlardaki hukuki durumu evvelce değinildiği üzere; yüklenicinin noksan bıraktığı işlerin pek az bir boyutta olması, diğer bir deyişle arsa sahipleri tarafından tahammülü mümkün ölçülerde eksiklik kalması halinde eksik kalan işlerin yüklenicinin yanı sıra üçüncü kişi tarafından tamamlanabilmesi ya da buna ilişkin masrafların ödenmesi suretiyle tescilin istenebilmesi mümkündür. Benzer bir imkanın yüklenicinin temerrüdü halinde ileriye dönük sona ermenin gerçekleştiği durumlar bakımından da üçüncü kişiye tanınması, hem hak kayıplarını engelleyecek hem de haklı olarak savunulduğu üzere uygulamada birlik sağlayacaktır.

Yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibinin seçimlik haklarından birisi de müspet zararının tazminini talep etmesidir. Sözleşmenin ileriye dönük olarak sona erdiğinin kabul edildiği hallerde mübadele teorisinin uygulanması gerektiğini savunan görüşümüz, arsa sahibinin zararının giderilmesinin yanı sıra üçüncü kişilerin de kazanımlarını koruması sebebiyle arsa sahibinin müspet zararının giderilmesi seçimlik hakkını tercih etmesi halinde de geçerlidir.

Kısmi ifanın kabul edildiği hallerde ifa edilmeyen kısımlar bakımından sözleşmeden dönülebilmesi mümkündür. Bu şekilde ifa edilmeyen kısımlara ilişkin olarak sözleşmeden dönülmesi halinde, yüklenici ifa edilmiş kısımların karşılığını alabilecektir. Buna göre üçüncü kişinin üzerinde hak iktisap ettiği arsa paylarına ilişkin bağımsız bölümlerin, yüklenicinin ifasını gerçekleştirdiği kısma ilişkin karşılık olarak aldığı bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının arasında bulunması halinde üçüncü kişi tescili talep edebilecektir. Üçüncü kişinin üzerinde hak iktisap ettiği arsa paylarına ilişkin bağımsız bölümlerin yüklenicinin karşılık olarak aldığı arsa paylarının arasında bulunmaması halinde ise, üçüncü kişi yüklenici ile girdiği hukuki ilişki sebebiyle verdiklerini ve uğradığı diğer zararları genel hükümlere göre isteyebilecektir. Üçüncü kişilerin yükleniciyle girdikleri hukuki ilişkilerde ileride oluşacak olan spesifik bağımsız bölümlere ilişkin alacak hakkının devredilmeyip,

çıplak arsa paylarına ilişkin alacak haklarının devredilmiş olması halinde, üçüncü kişilerin alacağı devraldıkları tarih bakımından sıraya sokulması ve sıraya göre yüklenicinin hak ettiği miktarda arsa payına denk gelenlerin kazanımlarının korunması, sıra gereği yüklenicinin kazandığı arsa payları dolduğu için açıkta kalanlara evvelce yapılan devirlerin ise geçersiz sayılması gerekecektir. Üçüncü kişilerin yaptıkları faydalı masrafları ise yükleniciden talep edebileceği kabul edilmelidir. Bu noktada üçüncü kişinin genel hükümlere göre zararının giderilmesini talep edebileceği, yükleniciyle girdiği hukuki ilişkinin alacağın temlik sözleşmesi olarak değerlendirilmesi halinde, genel hükümlerin yanı sıra alacağın varlığından sorumluluk hükümleri uyarınca da zararlarını talep edebileceği kabul edilmelidir. Nitekim bu halde, inşaatın ifa edilmeyen kısımları bakımından geriye dönük sona erme gündeme geleceğinden, üçüncü kişinin hak iktisap ettiği bağımsız bölümün tescilini talep edebilmesi mümkün olmayacaktır. Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği haller bakımından aynı ihtimalin gerçekleşmesi halinde üçüncü kişi bağımsız bölümün güncelleştirilmiş bedelini isteyebilecekken, kısmi temerrüt halinde dönme gündeme geleceğinden bunu isteyemeyecektir.

Vade anından önce dönme halinde ise; sözleşmeden dönmenin sonuçları uygulanacağından tarafların ifa edilmiş edimlerinin iadesi söz konusu olacak, yüklenicinin hiçbir şekilde arsa payına ilişkin tescil talebi hakkı kazanması mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda teslim anından önce temerrüt haline ilişkin üçüncü kişilerin hukuki durumları, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde üçüncü kişinin hukuki durumuna ilişkin yaptığımız açıklamalarla paralellik gösterecektir.

KAYNAKÇA

AKBIYIKLI, Rifat, İnşaat Sözleşmeleri Esasları ve Uygulamaları, İstanbul, 2009

AKÇAAL, Mehmet, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi, Konya Barosu Dergisi, Yıl 41, S. 24, 2013, s. 50-53.

AKINTÜRK, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:102, Ankara, 1966. (Hasar)

AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009 (Eşya)

AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006

AKSOY, Hüseyin Can, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 1, 2012, s. 143-160

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014.

ATAMER, Yeşim, Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 189-190

ATEŞ, Derya, Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBB Dergisi, Sa. 72, 2007, s. 75-93;

AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya, 2015

AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008

AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014

AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2012

AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara, 2014

BAYGIN, Cem, Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Sa. 3-4, 2010

BECKER, Herman, (Çev. DURA, Suat), Eser (İstisna) Sözleşmesi, YD, (I), 1983, s. 303 – 328; (II), 1983, s. 536- 550; (III), 1984, s. 107-124.

BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998 (Dönme)

BUZ, Vedat, Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 91 – 111 (İfa)

BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2014

CANBOLAT, Ferhat / TOPUZ, Seçkin, Kira İlişkisinin Devri – Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili 323'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S. 95, 2011.

CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sa. 8, 2013, s. 713-734

COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, İstanbul, 2010.

CUMALIOĞLU, Emre: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Ayıplı Maldan Sorumluluğun Koşulları, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 20-29

ÇENBERCİ, Mustafa, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, 1973

ÇETİNER, Bilgehan, Yeni TBK'da Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İÜHFİM C. LXVII, S.1-2, 2009, s. 97-113.

DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007

DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Ankara, 2014

- DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku, C. 1, İstanbul, 2006
- EMİROĞLU, Haluk, Roma Hukuku'nda Eksik Borç (Obligato Naturalis) Olarak Doğan Borçlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 4, 2002, s. 73-82
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015 (Genel)
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014 (Özel)
- ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010 (İnşaat)
- ERMAN, Hasan, Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İÜHFM, C. L, Sa. 1-4, 1984, s. 505-517 (Karar)
- ERMAN, Hasan, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2012 (Mütalaa)
- ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, 2014 (Eşya)
- ERTAŞ, Şeref, Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan - 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2011, s. 309-317. (Değerlendirme)
- ERTAŞ, Şeref, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri, Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir, 2001 (Devir)
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul, 1980
- FRANKO, Nisim, Alacağın Temliki, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 49, S. 1, 1994, s. 177-197.
- GÜLEÇ, Şafak, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara, 2009
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, c. II, İstanbul, 2014
- GÜNERGÖK, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul, 2014

HAVUTÇU, Ayşe, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 8-19 (Tüketici)

HAVUTÇU, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1994 (Müspet Zarar)

HELVACI, İlhan, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2010

İNAL, Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara, 2014 (Dönme ve Fesih)

İNAL, Tamer, Tüketici Hukuku, Ankara, 2014 (Tüketici)

KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013

KARA, Hacı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, TBB Dergisi, Sa. 107, 2013, s. 354-388

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 5, İstanbul, 2004

KARTAL, Bilal, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi, YD, (I), 1983, s. 96 – 113; (II), s. 329 – 353; (III), s. 551 – 568.

KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul, 1993

KESKİN, Dilşat, Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, s. 209-231

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011 (Genel)

KILIÇOĞLU, Ahmet, Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFD, c.38, S. 1, 1983, s. 209-222 (Şekil)

KIRCA, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2007

KIRMIZI, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:185, İstanbul, 1959.

KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2011

KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012

NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1-2, İstanbul, 2014

OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014

OLGAÇ, Samet Can, Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Kişilerin Hukuki Durumu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 86, Ekim 2013, s. 82-90.

OLGAÇ, Senai, İstisna Akdi, Ankara, 1977

OKTAY, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFİM, C. LV, 1996, s. 263-296.

OY, Osman / HAŞAL, Tahsin Emre, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2014

ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989 (Dönme)

ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2013 (İnşaat)

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 361-382.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014

- SARI, Suat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, Sa. 2, s. 273-300, İstanbul, 2006
- SELİÇİ, Özer, Kesin Vadeli İşlemler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, Sa. 3, 1968, s. 92-107
- SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007 (Dönme)
- SEROZAN, Rona, Sözleşme İlişkinin Çözülmesi, Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümlülüğü, Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara, 2004, s. 195-208 (Geri Verme)
- SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2014
- SÖZER, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, İzmir, 2013
- SÜTÇÜ, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. 1-2, Ankara, 2014
- ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, 2012
- ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) Ve Yasakları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hakemli Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, Yıl: 2007 (Temlik Yasakları)
- ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014 (Eksik İş ve Ayıplı İfa)
- ŞENOCAK, Zarife, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Kasım 2014, s. 30-37
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2010
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul, 1978
- TORUN, Enis, İstisna Akdinde (Eser Sözleşmesinde) Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları, YD, (I), 1982, s. 410 – 427; (II), 1982, s. 567- 584.

YAKUPPUR, Sendi, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, 2009

YALMAN, Süleyman, Türk –İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006

YAŞAR, Halis, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişi (Alıcının) Hak ve Sorumlulukları, TBB Dergisi, S. 102, 2012, s. 289-322.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014

YENER, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul, 2011 (Temerrüt)

YENER, Mehmet Deniz, Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 3, Sa. 5, s. 67-75, İstanbul, 2011 (Garanti)

YENER, Mehmet Deniz, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, EÜHFD, C. IV, Sa. 1, 2009, s. 155-178. (Tekeffül)

YENER, Mehmet Deniz, Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İÜHFM, C. 65, S. 2, 2007 s. 371-382. (Devir)

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2006

YÜCER AKTÜRK, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara, 2012

ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014

