

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN
SONA ERMESİ

CANER KANER

TARAFINDAN

YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE
SUNULAN TEZ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

NİSAN 2017

Tez Onay Sayfası

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

Doç. Dr. Seyfullah YILDIRIM
Enstitü Müdür V.

Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm şartları sağladığımı tasdik ederim.

Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE
Anabilim Dalı Başkanı

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığını beyan ederiz.

Yrd. Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ
Danışman

JÜRİ ÜYELERİ

İMZALAR

Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK (AÜ, Hukuk) _____

Yrd. Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ (AYBÜ, Hukuk) _____

Yrd. Doç. Dr. Zeynep DÖNMEZ (AYBÜ, Hukuk) _____

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her tür kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Adı Soyadı: Caner KANER

İmza :

ÖZET

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Kaner, Caner

Yüksek Lisans, Özel Hukuk

Tez Yöneticisi: Yrd. Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ

Nisan 2017, 157 sayfa

Arsa sahibi olup da taşınmazını değerlendirmek yahut konut, işyeri gibi ihtiyaçlarını karşılamak isteyen fakat inşaat işleri ile bizzat uğraşmak istemeyen kişiler, arsa paylarını yüklenicilere devrederek, arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa edilmesini sağlamaktadır. Taraflar arasında yapılan sözleşmeye göre, inşa edilen bağımsız bölümler yüklenici ve arsa sahibi arasında paylaşılmaktadır. Bu sayede arsa sahipleri bizzat inşaat işi ile uğraşmadan bağımsız bölüm sahibi olurken, inşaat işinde uzmanlaşmış olan ancak arsa sahibi olmayan yükleniciler de kendilerine düşen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak kazanç sağlamaktadırlar. Taraflar arasında kurulan ve uygulamada ortaya çıkan bu isimsiz sözleşme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir.

Günümüzde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ve davalar önemli bir yer kaplamaktadır. Bu sözleşme ile ilgili özel bir yasal düzenleme bulunmadığından, ortaya çıkan ihtilafların çözümünde hangi hükümlerin uygulanacağı tartışma konusudur.

Çalışmamızın birinci bölümünde sözleşmenin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, türleri, şekli, uygulanacak hükümlerin tespiti, benzeri sözleşmelerden farkları ile tarafların hakları ve borçlarına yer verilmiştir. İkinci bölümde, borcu sona erdiren sebepler genel hatlarıyla açıklanmıştır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin

sona erme sebepleri ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Bu bölümde özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafların tek taraflı irade beyanlarıyla sona ermesine ve tasfiyesine ağırlık verilmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi halinde, sözleşmenin tasfiyesine ilişkin doktrindeki farklı görüşlere gerekçeleriyle birlikte yer verilerek, Yargıtay kararları çerçevesinde makul sonuçlara ulaşmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler

Arsa payı, İnşaat, Arsa sahibi, Yüklenici, Sözleşmenin Sona Ermesi.



ABSTRACT

TERMINATION OF CONSTRUCTION CONTRACT FOR LAND SHARE

Kaner, Caner

M.A., Private Law

Supervisor: Yrd. Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ

April 2017, 157 pages

Individuals who own land but want to meet their needs such as housing or working place, but do not want to deal with construction works themselves, transfer the land shares to the contractors and make independent sections on the land built. According to a contract between the parties, the independent sections are shared between the contractor and the land owner. In this respect, the land owners themselves own the independent section without dealing with the construction work, the contractors who are specialized in the construction work but do not own the land also profit by selling their independent sections to third parties. This anonymous contract, established between the parties and emerging in practice, is a construction contract for land share.

Nowadays, disputes and cases arising from the construction contract of the plot share take an important place. Since there is no specific legislation related to this contract, it is a matter of debate as to which provisions will be applied in resolving disputes that arise.

In the first part of our study, the definition of the contractor, the elements, the legal nature, the types, the form, the determination of the provisions to be applied, the differences from the similar contracts and the rights and debts of the parties are given. In the second part, the reasons for the end of the debt are explained in general terms. In the third part of our study, the reasons for the expiration of the construction contract for land share have been

examined in detail. In this section, especially, the contract of land share has been given importance to the end of the construction contract and the liquidation of the parties with unilateral declaration of will. In the end of the construction contract, the construction share agreement was tried to reach reasonable conclusions within the framework of the decisions of the Court of Appeal by giving reasons for the different views on the doctrine of the contracting of the contract.

Key Words

Share of Land, Construction, Land Owner, Contractor, Termination Of Contract.

TEŞEKKÜR

Tüm araştırma ve tez yazım dönemi boyunca akademik bilgisini ve tecrübesini benimle paylaşarak desteğini hiçbir zaman esirgemeyen değerli hocam ve tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ ile tez jürisinde yer alan Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK ve Yrd. Doç. Dr. Zeynep DÖNMEZ hocalarıma önerilerinden ve yapıcı eleştirilerinden dolayı teşekkür ediyorum.

Eşim Nida YILMAZ KANER'e de bu yoğun çalışma dönemi içerisindeki desteğinden ötürü teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu tez çalışması Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Bilimsel Araştırmalar Projesi Koordinasyon Merkezi'nce lisansüstü tez projesi olarak 3425 numaralı proje kapsamında desteklenmiştir.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR.....	xiii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Ş1. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, TÜRLERİ	2
A. TANIMI	2
B. UNSURLARI.....	4
C. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	4
1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması	4
2. Çift Tipli Karma ve Tipik Bir Sözleşme Olması	5
3. Sürekli-Ani (Geçici) Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması.....	6
4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilmesi	8
5. Uygulanacak Hukuk Kurallarının Belirlenmesi.....	10
D. TÜRLERİ	14
Ş2. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ	16
A. GENEL OLARAK.....	16
B. ŞEKLE AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLEMeyeCEĞİ HALLER	19
Ş3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI.....	21
A. ESER SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	21
B. MAL DEĞİŞİM (TRAMPA) SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	22
C. HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	23
D. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI.....	23
E. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDEN FARKI	24
Ş4. TARAFLARIN BORÇLARI VE SORUMLULUKLARI	24
A. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI VE SORUMLULUĞU	24
1. İşe Zamanında Başlama ve Yürütme Borcu.....	24
2. Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu	25
3. Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu	26

4. Yüklenicinin Teslim Borcu.....	29
a. Genel Olarak	29
b. Teslim Borcunun İfasında Temerrüdün Şartları ve Sonuçları.....	31
1. Temerrüdün Şartları.....	32
a. Edimin Muaccel Olması	32
b. Edimin İfasının Mümkün Olması	34
c. Edimini İfa Edilmemesi.....	37
d. İhtarda Bulunulması	38
e. İfa Etmemenin Haklı Sebebe Dayanmaması	38
2. Temerrüdün Sonuçları.....	39
a. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı ve varsa Cezai Şartın Ödenmesini İsteme.....	39
b. İfadan Vazgeçip Müspet Zararın Tazmini	42
c. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini	43
5. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğu ve Arsa Sahibinin Hakları.....	44
a. Genel Olarak	44
b. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları	44
1. İnşaatın Teslim Edilmiş Olması	44
2. İnşaatın Ayıplı Olması.....	45
3. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfeti Yerine Getirilmiş Olması.....	47
c. Arsa Sahibinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluktan Doğan Hakları.....	49
1. Genel Olarak.....	49
2. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	50
a. Ayıbın Arsa Sahibinin Kabule Zorlanamayacağı Derecede Önemli Olması.....	50
b. Yapının Yıkılmasının ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zararı Gerektirmemesi	51
3. Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı.....	52
4. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı	53
5. Tazminat Hakkı	54
d. Yüklenicinin Ayıptan Kaynaklanan Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller.....	54
1. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenecek Bir Sebepten Doğması	54
2. Eserin Kabulü	54
e. Zamanaşımı.....	56
B. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI VE SORUMLULUĞU	56
1. Arsa Payını Devir Borcu	56
2. Arsa Sahibinin Diğer Borçları	57

İKİNCİ BÖLÜM

BORCUN SONA ERMESİ

§ 5. BORCU SONA ERDİREN SEBEPLER	58
A. GENEL OLARAK	58
B. GENİŞ ANLAMDA BORCUN SONA ERMESİ	58
1. İfa	59
2. İkale Sözleşmesi	60
3. Fesih	61
4. Dönme	61
5. Geri Alma	63
6. İptal	63
C. DAR ANLAMDA BORCUN SONA ERMESİ	63
1. Borcun Yenilenmesi	63
2. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi	66
3. İbra	67
4. Takas	68
5. Zamanaşımı	73
6. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık	79
D. BORCUN SONA ERMESİNİN YAN HAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	81

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 6. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI	82
A. GENEL OLARAK.....	82
B. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNDE DÖNME VE FESİH HAKKI	83
C. ARSA SAHİBİNİN TEK TARAFLI İRADE BEYANIYLA SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ.....	93
1. İFA SÜRESİ İÇİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME	93
a. İfa Süresi İçinde Sözleşmeden Dönülmesinin Şartları	95
aa. İşe Zamanında Başlanılmaması veya Başlanılan İşin Geciktirilmesi	96
bb. Eserin Kararlaştırılan Zamanda Bitirilemeyeceğinin Açıkça Anlaşılması	98
cc. Gecikmeyi Haklı Kılan Sebebin Bulunmaması	99
b. İfa Süresi İçinde Sözleşmeden Dönülmesinin Sonuçları	100
2. AYIPLI İFA NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	100
3. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ SEBEBİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	103
4. TAZMİNAT KARŞILIĞI SÖZLEŞMENİN FESHİ.....	106

a. Tazminat Karşılığı Feshin Şartları	108
aa. İnşaatın Henüz Tamamlanmamış Olması.....	108
bb. Arsa Sahibinin Yükleniciye Fesih Bildiriminde Bulunması	109
b. Tazminat Karşılığı Feshin Sonuçları.....	111
D.YÜKLENİCİNİN TEK TARAFLI İRADE BEYANIYLA SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ.....	118
1. OLAĞANÜSTÜ HALLER DOLAYISIYLA SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI VEYA SONA ERDİRİLMESİ.....	118
a. Olağanüstü Haller Dolayısıyla Sözleşmenin Uyarlanmasının veya Sona Erdirilmesinin Şartları.....	120
aa. Başlangıçta Öngörülemeyen veya Öngörülüp de Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Olağanüstü Durumların Ortaya Çıkması	120
bb. Olağanüstü Durumların İnşaatın Belirlenen Götürü Bedelle Yapılmasına Engel Olması veya Son Derece Güçleştirmesi	121
cc. Olağanüstü Durumların Yükleniciye Yüklenememesi.....	122
dd. TBK m. 480/2 Hükmüne Başvurulamayacağıın Kararlaştırılmamış Olması.....	122
ee. Yüklenicinin Edimini Henüz İfa Etmemiş Olması	123
b. Olağanüstü Haller Dolayısıyla Sözleşmenin Uyarlanmasının veya Sona Erdirilmesinin Sonuçları	123
2. ARSA SAHİBİNİN ALACAKLI TEMERRÜDÜNE DÜŞMESİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLMESİ.....	124
3. ARSA SAHİBİNİN BORÇLU TEMERRÜDÜNE DÜŞMESİ SEBEBİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLMESİ.....	127
E. DİĞER SONA ERME SEBEPLERİ.....	130
1. İFA.....	130
2. TARAFLARIN ANLAŞMASI (İKALE SÖZLEŞMESİ).....	131
3. SÖZLEŞMENİN İMKÂNSIZLIK NEDENİYLE SONA ERMESİ	131
a. Genel Olarak	131
b. Eserin Beklenmedik Olay Sonucu Yok Olması Sebebiyle İmkânsızlık	132
aa. Sözleşmenin İmkânsızlık Nedeniyle Sona Ermesinin Şartları	133
aaa. İnşaatın Teslim Edilmemiş Olması.....	133
bbb. İnşaatın Tamamen veya Kısmen Yok Olması.....	133
ccc. Yok Olmanın Beklenmedik Bir Olaydan Kaynaklanması.....	133
ddd. Arsa Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmemiş Olması	134
bb Sözleşmenin İmkânsızlık Nedeniyle Sona Ermesinin Sonuçları	134
c. İfanın Arsa Sahibi İle İlgili Beklenmedik Olay Sebebiyle İmkânsız Hale Gelmesi	137
d. Yüklenicinin Ölümü veya Aciz Kalması Sebebiyle İmkânsızlık.....	141
SONUÇ	147
KAYNAKÇA	152

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
Age	: Adı geçen eser
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü Dergisi
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
E.	: Esas
EBK	: Eski Borçlar Kanunu
f.	: Fıkra
HD.	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İBK	: (Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
m.	: Madde
N.	: Nummer/Numero
NK	: Noterlik Kanunu
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
S	: Sayı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
s.	: Sayfa
T	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK	: Tapu Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vs.	: Ve saire
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

GİRİŞ

Türk Özel Hukuku'nda sözleşmeler, esasen Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında (TBK m. 207 vd.) düzenlenmekle birlikte, özel kanunlarda¹ da düzenlenmiştir. Kanunlarda düzenlenmiş (isimli) sözleşmelerden başka, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen ve özel borç ilişkilerine hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin (TBK m. 26) bir sonucu olarak, taraf iradeleriyle ortaya çıkan isimsiz sözleşmeler de bulunmaktadır.

Bu çalışmamızın birinci kısmında kanunlarda düzenlenmemiş (isimsiz) bir sözleşme olan “arsa payı karşılığı” inşaat sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği, türleri, şekli benzer sözleşmelerden farkı, tarafların hakları, yükümlülükleri ve sona ermesi ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci kısmında Türk Borçlar Kanunu'nun 131 ile 161. maddeleri arasında düzenlenen borcu sona erdiren sebeplere genel hatları ile değinilmiştir.

Üçüncü kısımda ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme sebepleri incelenmiştir. İnceleme sonucunda sona erme sebepleri, arsa sahibinin ve yüklenicinin tek taraflı irade beyanlarıyla sözleşmeyi sona erdiren sebepler ile diğer sona erme sebepleri olarak tasnif edilmiştir. Bu kısımda sona erme sebeplerinden dönme ve fesih üzerinde durulmuş, doktrindeki görüşlere ve Yargıtay kararlarına yansıyan görüşlere yer verilmiştir.

TERMİNOLOJİ

TBK m. 470 vd. maddelerinde düzenlenen “eser sözleşmesi” hükümlerinde, sözleşmenin tarafları “iş sahibi” ve “yüklenici” olarak tanımlanmış olmakla birlikte, Yargıtay kararlarında ve doktrinde “eser sözleşmesinin bir türü” olarak tanımlanan ve taraflardan birinin (yüklenicinin) edimi bakımından “eser sözleşmesi”, diğerinin (arsa sahibinin) edimi bakımından taşınmaz satış vaadi sözleşmesi niteliği taşıyan çift tipli karma isimsiz sözleşme olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin” tarafları da kanuna paralel olarak “yüklenici” (müteahhit) ve “iş (arsa) sahibi” olarak adlandırılacaktır.

¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İş Kanunu, Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu, Türk Ticaret Kanunu vs.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

§ 1. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ

A. TANIMI

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak da adlandırılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi² uygulamada ortaya çıkan bir sözleşme türü olup, ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de özel kanunlarda düzenlenmiş bir sözleşme türü değildir. Bu nedenle de kanunda tarif edilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin TBK m. 470'de düzenlenen eser sözleşmesi ile TBK m. 237/2'de düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin karma şekilde bir araya gelmesiyle oluşan ve asli edim yükümlülüğü bakımından eser sözleşmesinin bir çeşidi olan isimsiz sözleşme olduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında belirtilmektedir³.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin oy birliği ile kabul edilmiş bir tanımını bulmak mümkün olmasa da, içtihatlarda ve doktrinde yapılmış bazı tanımlar mevcuttur⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, 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 sözleşmeler olarak tanımlamıştır⁵. Doktrindeki bir tanıma⁶ göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasına ait belli payları yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişiye devretmeyi, yüklenicinin ise arsa payı devri karşılığında arsa üzerinde

² TMK m. 1009'da ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/1'de sözleşme için "arsa payı karşılığı inşaat" kavramı kullanılmıştır. Ancak herhangi bir sözleşmenin yalnızca isminin kanunlarda zikredilmesi sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmeyecektir. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak kabul edilebilmesi sözleşmenin esasları noktalarının (unsurlarının) kanun tarafından belirlenmesine bağlıdır.

³ "...Eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" ise, özelliği olan bir "karma sözleşme" tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekilde bağlı olmayan "inşaat sözleşmesi"; diğeri ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 634, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 213, Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca, resmi biçimde yapılması gereken "mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşme"dir. Bu nedenle "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde 'düzenleme' biçiminde yapılması gerekmektedir. Burada şekil geçerlik şartıdır. Emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir..." YHGK, 16.1.2013 T., 2012/13-592 E., 2013/65 K.

⁴ Atamulu, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014, s. 25.

⁵ YHGK, 16.01.2013 T., 2012/13-592 E., 2013/65 K.

⁶ Ayazlı, Pervin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S. 1, s. 43.

bağımsız bölümler yapma ve bu bağımsız bölümlerden arsa sahibinin payına ait olan kısmı devir borcu altına girdiği sözleşmedir. Diğer bir tanıma göre⁷ ise, 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, geçerliliği resmi şekle bağlı, kural olarak ani edimli, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir. Doktrindeki başka bir tanıma⁸ göre, arsa payı (kat) karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin kendi arsası üzerine yapılacak bina karşılığında arsa payını devretmeyi taahhüt ettiği, müteahhidin de kararlaştırılan vasıfları haiz olan bir binayı inşa edip teslim etme borcu altına girdiği bir sözleşmedir.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, doktrinde ve uygulamada gerek sözleşmenin adlandırılması gerekse tanımlanması konusunda terim birliği sağlanamamıştır⁹. Ancak nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın, söz konusu kavramlarla ifade edilmek istenen sözleşmelerin hukuki nitelikleri ve taraf iradeleri aynıdır. Öte yandan TBK m. 19/1’de bir sözleşme türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple, sözleşmenin adının farklı olması, niteliğinin de farklı olacağı anlamına gelmemekte, netice olarak tüm ifadeler aynı anlama gelmektedir¹⁰.

Kanaatimizce mevzuatta, uygulamada ve Yargıtay dairelerinin iş bölümünün belirlenmesine ilişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararlarında kullanılan ve arsa sahibinin asli edim yükümlülüğünün kendisine ait arsa payının devri olduğu da göz önüne alınarak “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır¹¹.

Bizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmekle ve devri kararlaştırılan bağımsız bölümleri yükleniciye devretmekle yükümlü olduğu, yüklenicinin ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı inşa edip arsa sahibine teslim etme borcu altına girdiği, geçerliliği resmi

⁷ Uygur, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 2123.

⁸ Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 483. Benzer yönde tanım için bkz. Çiğdem Kırca “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, 22. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 15 Aralık 2006, Ankara 2007, s. 75-98.

⁹ Doktrindeki farklı tanımlar için bkz. Atamulu, s. 26.

¹⁰ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2014, s. 157.

¹¹ <http://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumukararibgk2016.pdf>

şekle bağlı, kural olarak ani edimli, tam iki tarafa borç yükleyen ve çift tipli karma isimli bir sözleşme olarak tanımlanabilir.

B. UNSURLARI

TBK m. 1'e göre sözleşmeler, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Yukarıda izah edilen tanımlardan ve kanun maddelerinden anlaşılacağı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa sahibinin arsası üzerine bina yapım işini üstlenmesi, arsa malikinin ise karşı edim olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi üstlenmesi ile taraflar¹² arasındaki anlaşma olarak açıklamak mümkündür. TBK m. 2/2'ye göre, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşma sağlanamazsa hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar.

C. HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, arsasının önceden kararlaştırılan muayyen bir payını bedel olarak devretmek, yüklenici de kararlaştırıldığı şekilde bir bina (yapı) meydana getirerek arsa sahibine teslim etmek borcu altına girmektedirler. Tarafların her ikisi de karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı konumunda olduklarından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir¹³. Taraflardan birinin borcunun sebebinin, diğer tarafın borcu oluşturur¹⁴. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların edimleri arasında doğum, hüküm ifade etme ve sona erme bakımından karşılıklılık (synallagma) ilişkisi vardır, bu ilişki edimlerin karşılıklı değişimi esasını ifade eder¹⁵.

¹² "...Türk Medeni Kanunu'nun 692. maddesi gereğince, paylı mülkiyete konu taşınmaz üzerine inşaat yapımına ilişkin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, "önemli tasarruf" niteliğinde olduğundan taşınmazın tüm paydaşları tarafından yapılması ya da yapılan sözleşmeye imzası bulunmayan diğer paydaşların onay vermesi zorunludur..." Y. 15. HD. 25.02.2013 T., 2012/6472 E., 2013/1283 K.

¹³ Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 487; Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 4.

¹⁴ Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 492.

¹⁵ Eren, Genel Hükümler, 2014, s. 211.

Sözleşmenin ifası aşamasında, sözleşmenin taraflarından edimini zaman itibariyle daha erken yerine getiren veya getirmekle yükümlü olan taraf, alacaklı, diğer taraf ise borçlu konumuna geçer.

2. Çift Tipli Karma ve Tipik Bir Sözleşme Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, herhangi bir kanunda unsurları itibariyle düzenlenmediğinden isimsiz sözleşme iken, uygulamada yaygın olarak kullanıldığından ve yargı kararlarında sıklıkla yer aldığından tipik bir sözleşmedir¹⁶. Bu isimsiz sözleşme, hukuki dayanağını TBK m. 1 ve m. 26'da düzenlenen sözleşme özgürlüğünden almaktadır. Diğer taraftan, TMK m. 1009 ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/1, c' de "arsa payı karşılığı" kavramına yer verilmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, isimli sözleşme haline getirmeyecektir. Gerçekten de bir sözleşmenin, isimli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmenin esasları unsurlarının (örneğin tarafların haklarının ve borçlarının, üstlendikleri edimlerin) kanunda öngörülmesi gerekmektedir¹⁷. Bu açıklamalar karşısında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi halen isimsiz sözleşmeler arasında yer alacaktır¹⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, arsanın belli bir payını bedel olarak devretmek, yüklenici de bir inşa eseri meydana getirmek ve arsa sahibine teslim etmek borcu altına girmektedirler. Sözleşmede bir yandan taşınmaz satışına (yahut satış vaadine), diğer yandan eser sözleşmesine ait edimler yer almaktadır. Yüklenicinin borcu, geçerliliği hiçbir şekilde bağlı olmayan eser sözleşmesi iken, arsa sahibinin borcu ise geçerliliği resmi şekilde tabi, taşınmaz maldan belli payın mülkiyetinin devridir. Bu sebeple yüklenicinin borcu bakımından, TBK m. 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesine ilişkin hükümler, arsa sahibinin borcu bakımından TBK m. 237 vd. maddelerinde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ve TMK m. 706, TK m. 26,

¹⁶ Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013, s. 7.

"...Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescili istemine ilişkindir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355. vd. (6098 sayılı TBK'nın 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.

Sözleşme tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 81. maddesine göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden kimse, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça kendi borcunu ifa etmedikçe karşı taraftan edimin ifasını isteyemez.

Somut olayda, davalılar vekili davacı yüklenicinin edimini yerine getirmediğini savunduğuna göre, bu savunma üzerinde durulmalıdır..." Y. 23. HD., 4.2.2015 T., 2014/7826 E., 2015/552 K.

¹⁷ Eren, Genel Hükümler, 2014, s. 207.

¹⁸ "...6098 sayılı TBK'nın 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 karma bir sözleşmedir..." Y. 23. HD. 15.3.2016 T., 2016/62 K., 2016/1616 K.

NK m. 60 gereğince resmi şekle ilişkin hükümler, taraf iradelerinin amacına uygun olmak kaydıyla uygulama alanı bulacaktır¹⁹. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taraf iradelerinin ve sözleşme özgürlüğünün bir tezahürü olup, taraflar kanunun çizdiği sınırlar içerisinde sözleşmenin hükümlerini ve sonuçlarını serbestçe belirleyebileceklerdir. Bu karma özelliği gereği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma isimli sözleşmelerin bir örneğini teşkil etmektedir²⁰.

3. Sürekli-Ani (Geçici) Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, doktrindeki bir görüşe göre²¹ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi niteliği itibariyle taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme olmayıp, “ani edimli” bir sözleşmedir. Zira yüklenici edimini bir defada ifa eder; arsa sahibinin ifadaki menfaati de binanın teslim edildiği anda gerçekleşir. Yoksa inşaat yapımının uzun bir zamana ve hazırlık dönemine ihtiyaç göstermesi, sözleşmenin kurulması ile inşaatın teslimi arasında nispeten uzun ve belirli bir sürenin geçmesi sözleşmenin “ani edimli” olma niteliğini değiştirmeyecektir²².

Doktrindeki diğer bir diğer görüşe ve Yargıtay’ın kabulüne göre ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli-ani (geçici) karmaşığı bir edim içermektedir²³. Bilindiği üzere bir borç ilişkisinin ani veya sürekli edimli olduğunun tespitinde temel kıstas borcun ifa aşamasındaki özelliğidir. Sürekli borç ilişkilerinde edim bir süreç içerisinde devamlılık arz edecek şekilde icra edilirken, ani (geçici) borç ilişkilerinde bir anda icra edilir. TBK m. 470’de tanımlanan eser sözleşmesi kural olarak ani borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdendir. Ancak eser sözleşmesinin bir çeşidi olan arsa payı karşılığı inşaat

¹⁹ Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesine yönelik kuramlar ve ayrıntılı bilgi için bkz., Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Dördüncü Bası, Ankara 1985, s. 73 vd.; Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013, s. 226 vd., Okyay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFİM, C. 55, S. 1-2, s. 275 vd.

²⁰ Çift (iki) tipli karma sözleşme şeklindeki nitelendirme için bkz Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 485;

“...Eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" ise, özelliği olan bir "karma sözleşme" tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç içedir...” YHGK. 16.01.2013 T., 2012/13-592 E., 2013/65 K.

²¹ Eren, Fikret, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, s. 52, Seliçi, Özer, Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 26, Altaş, Hüseyin, “Eserin Tesliminden Önce Telef Olması”, Ankara 2002, s. 50.; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2., 2. Bası, İstanbul 2012, s. 3.; Duman, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 49.

ve diğer görüşler için bkz. Kocaağa, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 54 dipnot 187.

²² Kocaağa, s. 54.

²³ Ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz. Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 41.

sözleşmesi, kendine özgü niteliğinden dolayı bazı yönleriyle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere benzerken, bazı yönleriyle de ani edimli sözleşmelere benzemektedir. Örneğin, inşaatın belli bir zaman dilimine yayılması ve süreç içinde emek ve masraf harcanarak inşaatın meydana getirilmesi, sürekli borç doğuran sözleşmelere ait bir özellik olduğu halde; inşaatın tesliminin bir anda, tek seferde gerçekleşmesi ise ani edimli sözleşmelere ait özelliklerdendir²⁴.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 25.01.1984 tarih, 1983/3 esas ve 1984/1 karar sayılı ilamına göre; iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmeleri, kural olarak “ani edimli” sözleşmeler içerisinde değerlendirilmektedir. Ancak istisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin emeğe ve masrafa dayanan edim borcu genellikle uzun bir zaman sürecine yayıldığından, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerektiğine değinilmiştir. Bu tür sözleşmelerin “*sürekli-geçici karmaşığı*” bir özellik taşıdığı kabul edilmiş ve bunun sonucunda eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu’nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir.

Gerçekten de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin asli edimlerinden olan eser meydana getirme borcu, eserin teslim edildiği anda gerçekleştiğinden, sözleşme ani edimlidir. Ancak bazı hallerde yalnızca ani edimli sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanması hakkaniyete aykırı durumlar yaratabilir. Özellikle yüklenicinin ediminin uzun bir zaman sürecine yayılmasına rağmen, inşaatın tamamlanmadığı ancak inşaatın tamamlanmış kısmının bağımsız ve ekonomik bir değer taşıdığı hallerde durum böyledir. Böyle durumlarda söz konusu sözleşmeler tipik bir ani edimli borç ilişkisi meydana getirmez. Aynı şekilde, sözleşmenin uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir türünde, arsa sahibi de arsa payını devir borcunu genellikle inşaat belli oranlarda tamamlandıkça kısım kısım ifa etmekte böylece edimin ifasının bir sürece yayarak ona süreklilik özelliği katmaktadır.

²⁴ Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 18-19.; Şenocak, Zariye, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, 8 vd.

Arsa payı karşılığı sözleşmeleri kural olarak ani edimli sözleşme olarak nitelendirilse de, sözleşmenin karma yapısına uygun olarak sürekli borç ilişkilerine ait hükümlerin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu sebeple, içtihadı birleştirme kararının geçici-sürekli karmaşığı nitelendirmesi arsa payı karşılığı sözleşmesi bakımından yerindedir²⁵. Kaplan²⁶'a göre de inşaat sözleşmesi, yüklenicinin inşaatı yapma borcu açısından sürekli edimli, inşaatı teslim borcu açısından ise ani edimli sözleşme olup; inşaatın yapımı borcu ile ilgili uyuşmazlıklarda sürekli edimli sözleşmelerin tabi olduğu hükümlerin; teslim borcuyla ilgili uyuşmazlıklarda ise ani edimli sözleşmelerin tabi olduğu hükümlerin uygulanması isabetli olacaktır.

4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilmesi

Özel hukukta mutlak haklar, herkesin uygun davranmakla yükümlü bulunduğu ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilir haklardır. Kişisel haklar ise, sadece belirli kişi veya kişilere karşı ileri sürülebilir haklardır. Bu iki ayırmadan başka taşınmazlara ilişkin bazı kişisel hakların, tapu kütüğüne şerh verilerek etkisinin güçlendirilmesi mümkündür.

TMK m. 1009/1'de tapu kütüğüne şerh verilebilecek haklar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar da sayılmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak kişisel haktır. Tapu kütüğüne şerh edilebilecek bu kişisel hak, esasen arsa üzerindeki mülkiyetin belirli orandaki payının devrine ilişkin alacak hakkıdır. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğup taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine yol açan hak, mülkiyet payının devrine ilişkin alacak hakkıdır²⁷.

TMK m. 1009 hükmü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebilmesine ilişkin yasal düzenlemedir. Şerh sözleşmesinin tarafları ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları aynıdır. Şerh sözleşmesi, şerh verilecek kişisel hakkın doğumunu sağlayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekline tabidir²⁸. Bilindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin edim yükümlülüğü taşınmazın kısmen veya tamamen devrine yönelik olduğundan, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir (TMK m. 706). Bu sebeple sözleşmeden doğan şahsi hakkın şerhine

²⁵ Atamulu, s. 41.

²⁶ Kaplan, İbrahim, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, s. 121.

²⁷ Sarı, Suat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 64, Sayı 2, 2006, s. 278.

²⁸ Sarı, s. 288.

yönelik anlaşmanın da resmi şekilde (tapu sicili nezdinde) düzenlenmesi gerekir. Ancak uygulamada taraflar taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile birlikte yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini noter nezdinde düzenleme şeklinde akdetmektedirler. Dolayısıyla, şerh anlaşması da noter nezdinde düzenleme şeklinde yapılmaktadır. Şerh anlaşması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğinde yer alabileceği gibi ayrıca da düzenlenebilir²⁹.

Şerh anlaşmasının asli edim yükümlülüğü, tapu sicili nezdinde şerh talebinde bulunma yükümlülüğüdür. Taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisine bağlı olarak şerh talebinde bulunacak kişi taşınmaz malikidir. Taşınmaz malikinin bu yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde, yüklenici dava yolu ile şerhin tapu kaydına işlenmesini sağlayabilecektir.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakkın Tapu Kanunu m. 26/5 hükmü gereğince de şerh verilebileceğini kabul etmektedir³⁰. Şerh sayesinde arsa payının devrine ilişkin alacak hakkı, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir (TMK m. 1009/2). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkının şerhi, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılan ve arsa payının devri borcunun gereği gibi ifasına engel olan hakların bertaraf edilmesini sağlayacaktır³¹.

Şerh ile kişisel hak güçleneceğinden, yükleniciden söz konusu alacağı devralan üçüncü kişiler de şerhin bu etkisinden yararlanabilecektir; zira şerhin sağladığı yetkiler yüklenicinin şahsına değil, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel hakka bağlıdır³².

Şerhin etkisi kural olarak, yüklenicinin alacak hakkı varlığını sürdürdüğü sürece devam edecektir. İfa ya da başka bir sebeple yüklenicinin alacak hakkının sona ermesi, şerhin etkisinin de ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır.

Öte yandan şerhin, belirli bir süre ile yürürlükte kalacağını kararlaştırılması da mümkündür. TMK m. 1009 hükmüne göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinin, taşınmaz satış vaadi şerhinden ayrı ve bağımsız olarak sayılması

²⁹ Sarı, s. 289.

³⁰ "...Dava, kat karşılığı eser sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh verilmesi istemiyle açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Medeni Kanunumuza göre kanunda açıkça beyan edilen akitlerden doğan şahsi haklar tapu kütüğüne şerh verilebilir. Bunun için genel olarak ayrıca sözleşmede şerh anlaşmasının bulunması gerekmekte ise de noterler tarafından düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri, taraflardan biri isterse tapu siciline şerh verilir (Tapu Kanunu m. 26/5). Dava konusu sözleşme bir taraf inşaat yapımını, diğer taraf satış vaadini içeren iki taraflı bir sözleşme olup Tapu Kanununun değişik 26/5 maddesi uyarınca tapuya tescil edilebileceği gibi, sözleşmenin 29. maddesindeki şerhe ilişkin anlaşma uyarınca da tescili istenebilir..." Y. 15. HD. 13.2.2004 T., 2003/3769 E., 2004/719 K.

³¹ Bu haklara örnek olarak, geçerli olarak kurulmuş her türlü sınırlı ayni hak ve icra hukukuna ilişkin haklar (ör. haciz), gösterilmektedir. Gümüş, s. 121; Sarı, s. 294-296..

³² Sarı, s. 298.

karşısında, satış vaadi şerhinin süresini azami beş yıl ile sınırlayan TK'nın m. 26/6 hükmünün, söz konusu hak yönünden uygulanamayacağı söylenebilir. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatı yapma ve teslim borcunun nispeten uzun bir zamana ihtiyaç göstermesi, şerhin süresini beş yıl ile sınırlayan TK m. 26 hükmünün uygulanmamasını gerektir. Yargıtay bir kararında³³ söz konusu beş yıllık sürenin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde de uygulanacağını ve şerhin tapu kaydına işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmiştir.

5. Uygulanacak Hukuk Kurallarının Belirlenmesi

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin, kendi özgür iradelerinin sonucu olarak istedikleri bir hukuki sonucu, hukuk kuralları çerçevesinde, ortaya çıkarabilme özgürlüğüdür. Hukukun genel ilkelerinden olan ve günümüz borçlar hukuku mevzuatlarında önemli yer tutan sözleşme özgürlüğünün çeşitli görünüşleri vardır³⁴. Özel görünüm halleri aşağıda kısaca açıklanmıştır.

Sözleşme yapma yapmama özgürlüğüne göre, kişiler bir sözleşmeyi yapma yapmamakta kural olarak özgürdürler (TBK m. 1). Bu kapsamda kendisine öneride bulunulan muhataba, bu öneriyi kabul zorunluluğu getirilemeyeceği gibi, kimseye öneride bulunma yükümlülüğü de getirilemez. Ancak kişilerce verilen sözleşme yapma vaatlerinde ve bazı istisnai hallerde³⁵ sözleşme yapma mecburiyetinin olduğu söylenebilir.

Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne göre, kişi dilediği kimseyle sözleşme yapabilecektir. Ancak kamu hizmeti gören kurumlar yahut hukuki ya da fiili tekele sahip kişiler belli kimselerle sözleşme yapmaktan kaçınmazlar³⁶.

³³ "...Dava, kat karşılığı eser sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh verilmesi istemiyle açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Medeni Kanunumuza göre kanunda açıkça beyan edilen akitlerden doğan şahsi haklar tapu kütüğüne şerh verilebilir. Bunun için genel olarak ayrıca sözleşmede şerh anlaşmasının bulunması gerekmekte ise de noterler tarafından düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri, taraflardan biri isterse tapu siciline şerh verilir (Tapu Kanunu'nun 6217 sayılı kanunla değişik 26/5 md.). Dava konusu sözleşme bir taraf inşaat yapımını, diğer taraf satış vaadini içeren iki taraflı bir sözleşme olup Tapu Kanununun değişik 26/5 maddesi uyarınca tapuya tescil edilebileceği gibi, sözleşmenin 29.maddesindeki şerhe ilişkin anlaşma uyarınca da tescili istenebilir.

Kaldı ki 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1009. maddesinde "arsa payı karşılığı inşaat" sözleşmesinden doğan hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği de kabul edilmiştir. Diğer yandan şerhin tapudan silineceğine ilişkin 5 yıllık süre ise şerhin tapuya kaydından itibaren başlamaktadır (Bkz. Tekinay Eşya Hukuku Cilt 1.1989-sayfa 382). Şerhe imkan veren sözleşme feshedilmediğine göre mahkemece davanın kabulüne karar verilmelidir. Aksine görüşle 5 yıllık sürenin sözleşme tarihinden başlayacağı gerekçe yapılarak davanın reddedilmesi doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur..." Y.15. HD. 13.2.2004 T., 2003/3769 E., 2004/719 K.

³⁴ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 50.

³⁵ Yasal düzenlemelerle (Olağanüstü Hal Kanunu vs.) bu özgürlük sınırlanabilir.

³⁶ Eren, Genel Hükümler 2014, s. 50.

Kamu hizmeti gören kurumların sözleşme yapma yükümlülüğü yasal düzenlemelerden kaynaklanırken, fiili tekel konumundaki kimselerin haklı sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan imtina etmesi hakkın kötüye kullanılmaması kuralından kaynaklanır.

Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü (şekil serbestisi) gereğince, kanunda aksine hüküm öngörülmedikçe, taraflar, sözleşmelerini diledikleri şekilde yapabilecektir (TBK m. 12/1).

Sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğü ile tarafların, anlaşarak veya bir tarafın haklı bir nedeni olması yahut kanundan doğan bir hakkı kullanması şartıyla, sözleşmeyi her zaman değiştirilebileceği veya ortadan kaldırılabilceği kabul edilmektedir³⁷.

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne (tip serbestisi) göre, taraflar kanunlarda hüküm ve sonuçları düzenlenmiş sözleşmelerden başka diledikleri içerik ve tipte sözleşmeler hazırlayabileceklerdir. Ancak bu özgürlüğe yine kanun tarafından sınırlama getirilmiş olabilir (TBK m. 27/1, TMK m. 23/2)³⁸.

Kanunlarda hüküm ve sonuçları gösterilen sözleşmeler isimli sözleşmelerdir ve uygulama alanı buldukça hukuk dünyasında tipiklik kazanırlar³⁹. Ancak kanun koyucu bütün sözleşmeleri önceden öngörerek düzenleyemeyeceğinden, yeni sözleşme tipleri oluşturulmasında sözleşme özgürlüğü ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Taraflar sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne dayanarak, yasal sınırlar içerisinde, diledikleri konuda ve içerikte sözleşme yapabilecek, böylelikle isimsiz sözleşmeler ortaya çıkacaktır.

Doktrinde ve içtihatlarda⁴⁰ isimsiz sözleşmeler; bileşik sözleşmeler, sui generis sözleşmeler ve karma sözleşmeler olmak üzere üç başlık altında toplanmıştır⁴¹.

Sui generis sözleşmeler, kanun tarafından düzenlenmiş herhangi bir sözleşme tipine ait unsur barındırmayan, tarafların kendi ihtiyaçları doğrultusunda yeni unsurlarla oluşturdukları sözleşme tipidir⁴².

Bileşik sözleşmeler, bağımsızlıklarını koruyan fakat varlık ve geçerlilik şartları birbirine bağlı olan en az iki isimli sözleşmenin, kanunda öngörülmemiş şekilde bir araya

³⁷ Eren, Genel Hükümler 2014, s. 51.

³⁸ Eren, Genel Hükümler 2014, s. 51.

³⁹ Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013, s. 7.

⁴⁰ "...Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı inşa etme borcu, arsa sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli bir payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği sözleşme olarak tanımlanabilir (Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012, s.107).

Sözleşme Borçlar Kanununda tanımlanmamış olduğundan isimsiz sözleşmeler grubundadır. Sözleşme, bünyesinde taşınmaz satışı ile eser sözleşmesinin unsurlarını barındıran karma bir sözleşmedir (Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009, s.557)..." YHGK. 26.2.2016 T. 2014/569 E., 2016/181 K.

⁴¹ Oktay, s. 272.

⁴² Oktay, s. 275; Eren, Genel Hükümler 2014, s. 33.

gelmesiyle oluşan sözleşme birlikleridir⁴³. Burada her bir sözleşme kendi normlarına tabidir⁴⁴.

Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tipleri için öngördüğü asli edimlerin kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesi ile oluşan sözleşme tipleridir⁴⁵. Karma sözleşmeler kendi içinde yükümlülüğün karakterine göre; çift tipli, bileşik tipli ve eklemli karma sözleşmeler olarak ayırimlara tabi tutulmaktadır⁴⁶.

Çift tipli karma sözleşmeler, taraflardan her birinin yüklendikleri edimlerin farklı isimli sözleşmelerin asli edimlerinden oluştuğu hallerde meydana gelir. Farklı isimli sözleşmelerdeki asli edimler birbirleri ile değiş tokuş edilmişlerdir⁴⁷. Çalışma konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çift tipli karma sözleşmelerdendir.

Bileşik tipli (kombine) karma sözleşmeler, bir tarafın isimli sözleşmelerden birinin asli unsurunu yüklenirken, karşı tarafın ise birden fazla isimli sözleşmenin asli unsurlarını yüklediği hallerde oluşur. Bu sözleşmelerde taraflardan biri çeşitli sözleşmelere ait birden fazla ana edimi yüklenirken, diğer tarafın yükümlülüğü genellikle bir miktar paranın ödenmesidir. Çeşitli sözleşme tiplerine ait edimler tek bir tarafta toplanmıştır. Bu sözleşmelerin tipik örneği pansiyon sözleşmeleridir⁴⁸.

Çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların karıştığı (eklemli) karma sözleşmeler, tarafların ikisinin de ana yükümlülüğü homojen yapıda olmasına rağmen, ek olarak çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların taşındığı sözleşmelerdir. Karma bağışlamalar örnek olarak verilebilir⁴⁹.

Yukarıda izah edildiği gibi, taraflar, sözleşme özgürlüğüne dayanmak suretiyle, iradelerinin bir tezahürü olarak isimsiz bir sözleşme meydana getirebileceklerdir. Aynı zamanda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak hükmün tespiti sorununu da yaratacaklardır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, isimsiz sözleşmeler için eksik olan isimli sözleşmelerdeki özel hükümlerdir. TBK'nın genel hükümleri, isimsiz sözleşmelere de uygulanacaktır⁵⁰. Ancak TBK'daki genel hükümlerden önce isimli sözleşmelere ait özel

⁴³ Oktay, s. 275; Eren, Genel Hükümler 2014, s. 35;

⁴⁴ Kuntalp, 103-106.

⁴⁵ Oktay, s. 273.

⁴⁶ Oktay, s. 274.

⁴⁷ Oktay, s. 274.

⁴⁸ Oktay, s. 274.

⁴⁹ Oktay, s. 274.

⁵⁰ TMK m. 5'e göre Türk Medeni Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır.

hükümlerin isimsiz sözleşmelerdeki uyumsuzluğun çözümünde uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalıdır⁵¹.

Çalışmamızın konusunu oluşturan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de bir örneğini teşkil ettiği karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespitinde, karma sözleşmeler en az bir isimli sözleşmeden meydana geldiği için, uyumsuzluğun çözümünde isimli sözleşmeye ait özel düzenlemelerden yararlanılması gerekmektedir. Ancak bu hükümlerin nasıl ve hangi oranda uygulanacağı hususunda doktrinde teoriler geliştirilmiştir.

Kanun koyucu tarafından düzenlenmemesine rağmen uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve çift tipli karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ortaya çıkabilecek uyumsuzluklara uygulanacak hükümleri tespit edebilmek için doktrinde ileri sürülen görüşleri incelemek gerekecektir.

Soğurma (yutma) görüşüne göre, sözleşmenin bütününe uygulanacak hükümler, karma sözleşme içindeki en önemli unsura ait sözleşmeyle ilgili hükümlerdir. Bu görüş karşılıklı asli unsurlar arasında derecelendirme yaparak taraf iradelerinin birine üstünlük tanıma sonucu yarattığı için eleştirilmektedir⁵².

Birleştirme görüşü, her bir asli unsura kendi isimli sözleşmesindeki hükümlerin uygulanması yoluyla bir sentez oluşturma fikrini benimsemiştir. Ancak taraflarca karma sözleşme yaratılarak bir araya getirilen unsurları tekrar ayırarak kendi hükümlerini uygulamayı savunduğu için eleştirilmektedir⁵³.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında baskın olarak kabul edilen kıyas görüşünde, karma sözleşmeyi oluşturan asli unsurların bağlı buldukları isimli sözleşmelerdeki hükümlerin doğrudan değil de, somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ve sözleşmenin mahiyetiyle bağdaştığı ölçüde, kıyas yoluyla uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁴.

Hâkimin hukuk yaratması görüşüne göre, karma sözleşmeye hiçbir şekilde isimli sözleşmeye ait hükümler uygulanmayacak eğer uygulanabilir bir örf-adet hukuku yoksa TMK m. 1 uyarınca hâkimin hukuku uygulanacaktır. Buna göre hâkim kendisi kanun koyucu gibi davranıp, somut uyumsuzluk için genel ve soyut bir çözüm bulacaktır. Hâkimin

⁵¹ Oktay, s. 275.

⁵² Oktay, s. 276; Kuntalp, s. 127; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, s. 28.

⁵³ Oktay, s. 276. Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, s. 28.

⁵⁴ Oktay, s. 277; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, s. 29. Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 14-15; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Bası., Ankara 2010, s. 18-19; Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2010, s. 56-57; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2009; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2008, s. 23-25.

yarattığı hukuk genel ve soyut olacağından, bu teorinin sadece genel ve soyut hükümler içeren kitlesel (tip) sözleşmelerde uygulanabileceği, bireysel sözleşmeler için somut ve kişisel hükümler gerekeceğinden adil bir sonuç alınamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Yasadaki bireysel hükümlerin uygulanması görüşünde, karma sözleşmenin asli unsurunu oluşturan isimli sözleşme için düzenlenmiş bütün hükümlerin değil sadece uyumsuzluğa neden olan hususa ilişkin hükümlerin karma sözleşmeye uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bireysel atipik sözleşmelere uygulanması mümkün olmadığından eleştirilmektedir.

Dışlama görüşüne göre, karma sözleşmeye kendisini oluşturan asli unsurların bağlı bulunduğu isimli sözleşmelere ilişkin özel hükümler kıyas yoluyla dahi uygulanmamalı, TBK' nın genel hükümleri uygulanmalıdır. Bu görüş hâkimin takdir yetkisini aşırı derecede sınırlandırdığı için terk olunmuştur⁵⁵.

Çalışma konumuzu oluşturan çift tipli karma isimsiz sözleşmede uyumsuzluk çıkması halinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanununun belirlediği eser sözleşmesi ve taşınmaz satım (veya satış vaadi) sözleşmesi tiplerine aykırı karakter taşıdığından, boşluklarının tamamlanması noktasında, sözleşme tiplerine ait hükümlerin, doğrudan değil de, karma sözleşmenin mahiyetiyle bağdaştığı ölçüde, taraf iradeleri ve güven ilkesi de gözetilerek kıyas yoluyla uygulanması daha isabetli olacaktır.

D. TÜRLERİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin içeriği, taraflarca sözleşme serbestisi (TBK m. 26) çerçevesinde kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirlenebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin içeriğinde, yapılacak inşaatın süresi, taraflara düşecek bağımsız bölüm sayısı, inşaat sürecinde yapılması gerekli resmi işlemlerin kim tarafından yapılacağı, ceza koşulu, inşaatla kullanılacak malzemelerin özellikleri gibi birçok husus yer almaktadır. Ancak sözleşmenin en önemli şartı, yükleniciye düşecek bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının arsa sahibi tarafından hangi zaman diliminde yükleniciye devredileceğidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamada en sık karşılaşılan düzenlenme şeklinde, arsa sahibi üzerinde inşaatın yapılacağı arsanın tamamını ya da belirli bir payını

⁵⁵ Kuntalp, s. 127; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, s. 28.

sözleşmenin kurulması ile birlikte yükleniciye devretmektedir⁵⁶. İşin başında arsa payının bu şekilde yükleniciye devri, yerleşik içtihatlarla göre arsa sahibinin yükleniciye avans vermesi olarak kabul edilir⁵⁷. Bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin yükleniciden talep edeceği kişisel hakkının teminatı için sözleşmenin kurulmasıyla birlikte yükleniciye devredilmiş olan arsa payları üzerine arsa sahibi lehine teminat ipoteği tesis edilmekte ve inşaat belirli aşamalara geldikçe ipotek kısım kısım kaldırılmaktadır. Taşınmazın devrine ilişkin hukuki sebep, tapu kayıtlarında genellikle satış olarak görünse de, arsa payının devri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hukuki sebebin aslında arsa üzerine bağımsız bölüm yapma taahhüdü olduğu anlaşılacaktır⁵⁸.

Bir diğer tür olarak, arsa paylarının yüklenici ya da göstereceği kişiye inşaatın belirli aşamaya ulaşması durumunda kısım kısım devredilmesi karşımıza çıkmaktadır. Bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşmede, hangi bağımsız bölümlerin yükleniciye, hangilerinin arsa sahibine ait olacağı belirtilmektedir; fakat bağımsız bölüm satışından veya satış vaadinden söz edilmemektedir. Bu tür sözleşmede arsa sahibi, yükleniciye bırakılacağı kararlaştırılan arsa payını, inşaatın

⁵⁶ "...Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, daire karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra tapuda yapılan devir işlemleri, arsa sahiplerinin edimlerini yerine getirmesi olarak kabul edilmektedir. Davalı yüklenici şirket tarafından aksi kanıtlanmadığından, tapuda bu işlemlerin satış olarak gösterilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Davalı yüklenici şirketin dava konusu 2661 parsel sayılı taşınmaza hak kazanabilmesi için daire karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini yerine getirmesi..." Y.15. HD. 07.03.2008 T., 2007/1709 E., 2008/1486 K.

⁵⁷ "...Henüz işin başında yükleniciye ya da onun gösterdiği şahıslara bir kısım tapu paylarının devredilmesi avans niteliğindedir. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 162. ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca; yüklenici hak ettiği oranda alacak haklarını üçüncü kişilere temlik edebilir. Arsa sahiplerinin yükleniciye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklenici edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar. Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir...

Arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. Yükleniciden arsa payı satın alanlar ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde arsa paylarına hak kazanabilirler. Kural olarak, tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak, kamu düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli 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 08.10.1991 tarih 1990/4 esas 1991/13 sayılı inancıları birleştirme kararında ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir" Y. 23. HD., 1.10.2015 T., 2015/4796 E., 2015/6182 K.

⁵⁸ Kartal, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 30; Yavuz, s. 487.

belirli aşamalara ulaşması durumunda, yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişilere devredeceğini vaat etmektedir⁵⁹.

Son olarak, taşınmaz satış vaadi ile inşaat yapımının tek bir sözleşme içerisinde düzenlendiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yükleniciye ait olması kararlaştırılan bağımsız bölümlere isabet edecek arsa paylarını yükleniciye satmayı vaat etmekte; yüklenici de arsa üzerine inşaat yapmayı ve bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Bu tür uygulamada "düzenleme şeklinde satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır.

Ş2. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

A. GENEL OLARAK

Özel hukuk sözleşmelerinde kural olarak şekil serbestisi geçerlidir (TBK m. 12). Eser sözleşmeleri de kural olarak, hiçbir şekle bağlı değildir; sözlü olarak yapılabileceği gibi, adi yazılı veya resmi biçimde de yapılabilir. Bu tür sözleşmelerde şekil, kural olarak bir geçerlilik (sıhhat) şartı olmayıp, ispat koşuludur. TBK m. 12/1, c. 2 hükmüne göre; kanunda öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz⁶⁰. Bu hüküm emredici niteliktedir ve şekle aykırılık taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur⁶¹.

Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcu inşaatı tamamlamak ve teslim etmek, arsa sahibinin borcu da kararlaştırılan arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada hiçbir şekle bağlı olmayan inşaat sözleşmesi ile resmi biçimde (TMK m. 706, TBK m. 237, TK m. 26. ve NK m. 60) yapılması gereken taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu doğuran iki sözleşme iç içedir. Her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi her iki sözleşmeden bağımsız bir isimli sözleşme olsa da, netice itibarıyla taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu doğurduğundan ve taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik sözleşmelerin geçerliliği yasa hükümleri gereği resmi şekle tabi kılındığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de kıyasen bu şekle uyularak yapılması gerekir. Burada öngörülen şekil şartı geçerlilik

⁵⁹ Kartal, İnşaat, s. 30; Yavuz, s. 488.

⁶⁰ Söz konusu hükümsüzlüğün hukuki niteliği hakkındaki görüşler için bkz Eren, s. 289 vd.

⁶¹ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 22-23.

"... Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri arsa sahibine mülkiyeti devir borcu yüklediğinden TMK.'nın 706, BK.'nın 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca sözleşmenin Tapu Sicil Müdürlüğü'nce veya noterlerce düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Kanunda öngörülen şekil şartı ispat şartı olmayıp, geçerlilik şartıdır.

şartıdır; emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir. Yargıtay da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiğini kabul etmiştir⁶². Yargıtay içtihatlarına göre, şekil şartına aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersiz olması halinde taraflar verdiklerini kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyeceklerdir⁶³.

Geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak talepte bulunulamayacağı gibi, sözleşmenin feshi veya iptali amacıyla dava da açılmaz. Şekil şartına uyulmadan akdedilmiş bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak arsa payı yüklenici veya onun gösterdiği üçüncü kişi adına tescil edilmiş olabilir. Bu durumda hukuki sebebe bağlılık kuralı gereğince, borçlandırıcı işlem olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersizliği, tasarruf işlemi niteliğinde olan tescil işleminin de geçersizliğini dolayısıyla tescilin yolsuz olması sonucunu doğurur. Taraflar sözleşmenin geçersiz olması halinde verdiklerini kural olarak sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isteyeceklerdir.

Şekle aykırılığın yaptırımını konusunda bir diğer görüş olan kendine özgü geçersizlik görüşüne göre ise, şekil eksikliğini sadece taraflar veya onların külli halefleri ileri sürülebilir. Hâkim şekil eksikliğini re'sen göz önünde bulunduramaz; üçüncü kişiler de bunu ileri süremezler; şekil eksikliği ileri sürülünceye kadar sözleşmedeki hükümler geçerli bir sözleşmede olduğu gibi sonuç doğurur⁶⁴. Ancak doktrinde genel kabul gören görüş ve Yargıtay'ın görüşü buradaki geçersizliğin kesin hükümsüzlük niteliğinde bir

⁶² "...Eser sözleşmeleri, kural olarak, hiçbir şekle bağlı değildir. Sözlü olarak yapılabileceği gibi, adi yazılı veya resmi biçimde de yapılabilir. Şekil, bir geçerlilik (sıhhat) şartı olmayıp, ispat koşuludur. Eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" ise, özelliği olan bir "karma sözleşme" tipidir. Zira bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada iki sözleşme iç içedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan "inşaat sözleşmesi"; diğeri ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)' nun 634, 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 213, Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60.maddeleri uyarınca, resmi biçimde yapılması gereken "mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmedir". Bu nedenle, "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri"nin noterde 'düzenleme' biçiminde yapılması gerekmektedir. Burada şekil geçerlik şartıdır. Emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir..." YHGK 16.01.2013 T. 2012/13-592 E., 2013/65 K.; Y. 15. HD. 12.10.2011 T., 2010/4469 E., 2011/5875 K.

⁶³ "... Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmaz ya da taşınmaz payının temlikini içerdiğinden....zorunlu şekil koşuluna bağlı olup; geçerli olması, kural olarak resmi şekilde düzenlenmiş bulunmasına bağlıdır. İstisna hallerinin gerçekleşmesi durumunda ise, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince zorunlu şekil koşuluna uygun şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafları bağlayıcı olabilir. Yanlar arasındaki adi yazılı sözleşmenin, tarafları bağlayıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Geçersiz ve bağlayıcı olmayan sözleşme gereğince, sözleşmenin tarafları, Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca ve haksız iktisap kuralları gereğince, karşılıklı olarak verdiklerini geri isteyebilecekleri gibi; karşı tarafın malvarlığında sebepsiz olarak sağladığı artışların karşılığında talep edebilir..." Y. 15. HD. 27.05.2008 T., 2007/4317 E., 2008/3411 K.

⁶⁴ Doktrindeki yeni bir yaklaşım, bu geçersizliğin "kendine özgü bir geçersizlik" olduğunu kabul etmektedir. Buna göre, şekle aykırılığa ilişkin geçersizlik, hâkimin re'sen dikkate alamayacağı bir geçersizlik olup, geçersizliğin sonradan düzelmesi mümkündür. Kendine özgü bir geçersizlik görüşü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Altaş, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 143 vd.

geçersizlik olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay bir kararında bu tartışmalara değinmekte ve görüşünü açıkça ortaya koymaktadır⁶⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi edimini, taşınmaz satış vaadinde bulunarak da yerine getirebilir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri noterler tarafından yapılabileceğinden (NK m. 60) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de taşınmaz satış vaadi edimi içermek kaydıyla noterler tarafından yapılması mümkün ve geçerlidir; ancak bu sözleşmeler noterler tarafından onaylama değil re'sen düzenleme şeklinde yapılmalıdır; aksi halde sözleşme geçersiz sayılacaktır⁶⁶.

TBK m. 13'e göre, yasada yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır. TBK m. 13'de resmi şekilde yapılan sözleşmeler için açık bir hüküm bulunmamaktadır; ancak öngörülen kural resmi şekle bağlı sözleşmelere kıyasen uygulanır. Taraflar arasında resmi bir şekilde yapılmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler (sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler hariç) de resmi şekilde yapılmalıdır⁶⁷.

TBK m. 29/1'e göre; bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerli olup, kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, ön sözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır. Tarafların ileride arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi

⁶⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, "...bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça değil olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hâkim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de, Yargıtay kesin hükümsüzlük görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hâkim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz" şeklinde görüş bildirmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 26.5.1954 gün 8/18 ve 12.4.1944 gün 14/13, 30.09.1988 gün 1987/ E, 1988/2 K. sayılı kararları için bkz. <http://www.kazanci.com.tr/>

⁶⁶ "...Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri karşılıklı edimleri içerdiğinden ve iş sahibi tarafından yükleniciye tapu devri vaad edildiğinden noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir (TMK m. 706, BK m. 213, NK m. 60, TK m. 26). Bu husus sözleşmelerin geçerli olması için zorunludur. İşin tamamlanması ve yükleniciye tapu devri yapılması hallerinde de, noterde düzenleme şeklinde yapılmayan sözleşmenin geçerli hale geldiği kabul edilmektedir.

Somut olayda dosyada bulunan taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmamıştır. Sözleşmenin sadece noterde tasdik ettirildiği anlaşılmaktadır. İnşaat yüklenici tarafından tamamlanmadığı gibi yükleniciye tapu devri de yapılmamıştır. Bu yönler dikkate alındığında taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı açıktır. Yapılan sözleşme yok hükmündedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin yok hükmünde olması durumunda tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiklerini geri alabilirler..." Y.15. HD, 24.01.2008 T., 2007/86 E., 2008/393 K.; Benzer yönde karar için bkz. Y. 15. HD. 11.03.2008 T., 2007/1867 E., 2008/1561 K.

⁶⁷ "...yanlar arasında zorunlu şekil koşuluna uygun olarak noterce doğrudan düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 4. maddesi hükmüyle kararlaştırılan "ifaya ekli ceza" tutarı, yanlarca adi yazılı şekilde yapılan 16.04.2002 tarihli ek sözleşmenin 10. maddesi hükmü ile artırılmış ise de, BK'nın 12. maddesi hükmü gereğince, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştırır bu ek sözleşme, asıl sözleşmenin tabi olduğu zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmış olmadığından davalı yükleniciyi bağlayıcı değildir..." Y. 15. HD, 09.11.2006 T., 2005/6737 E, 2006/6400 K.

yapılması konusunda yapacakları ön sözleşme de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için öngörülen şekil (resmi şekil) şartına uygun yapılmalıdır⁶⁸.

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle arsa sahibinden kendisine devrini talep hakkına sahip bulunduğu arsa paylarını (yapılacak binadan bağımsız bölüm satma konusunda anlaşma/vaat yaptığı) üçüncü kişilere devretmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmenin teknik anlamda alacağın temlik niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁶⁹.

B. ŞEKLE AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLEMeyeCEĞİ HALLER

Şekil eksikliği sözleşmeyi geçersiz kılmakta ise de bazı hallerde şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin geçersizliğinin göz önüne alınamayacağı kabul edilmektedir⁷⁰.

Somut olaya göre şekil eksikliğinin ileri sürülmesi TMK m. 2'de hüküm altına alınmış olan dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ediyor ve hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyorsa, artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemeyecektir. Çünkü taraflar şekil şartına uymamış olsalar dahi, birbirlerine karşı kazandıkları güven sonucu bir hukuki işlem gerçekleştirmek amacıyla hareket etmiş olabilirler yahut taraflar sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle bir takım eylemlerde bulunmuş olabilirler⁷¹. İşte bu gibi hallerde, taraflardan birinin şekil eksikliği sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olur⁷².

Şekle aykırı olarak yapılan sözleşmede kararlaştırılan edimler karşılıklı olarak yerine getirilmişse, sonradan taraflardan birinin bunun geçersizliğini ileri sürerek yerine

⁶⁸ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 20.

⁶⁹ "...geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü bir 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. Sözleşmeden doğan kişisel hakkını (o bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkını) üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır.

Yazılı şekilde düzenlenmiş olması şartıyla yüklenici, arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devredebilir; böyle bir sözleşme, alacağın temlik hükmünde olarak hukuken geçerlidir..." YHGK . 02.07.2003 T., 2003/14-452 E., 2003/456 K.

⁷⁰ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 103.

"...Şekle aykırılığın sözleşmeyi geçersiz hale getireceği kuralının iki istisnası mevcuttur. Resmi şekilde yapılmamış olmakla birlikte arsa payı sahibi tarafından tapuda devir yapılması halinde biçim koşuluna ilişkin eksikliğin giderildiği kabul edilmektedir. Bir diğer istisna ise eserin veya sözleşmede kararlaştırılan işlerin büyük ölçüde bir başka deyişle tamamına yakın tamamlanmış ve iş sahibi tarafından kabule icbar edilebilecek düzeye getirilmiş ise şekle aykırılığın ileri sürülmesi TMK'nın 2/II. maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması sayılmaktadır.

Eserin tamamına yakınının bitirilmiş olmasından veya iş sahibi tarafından kabule icbar edilecek derecede büyük ölçüde tamamlanmış olmasından kastı Yargıtay uygulamalarına göre %90 ve üzerinde özellikle kamu ihalelerinde işin %95'inin tamamlanması halinde geçici kabule hazır hale geldiği kabul edildiğinden bu orana yakın oranlar esas alınmaktadır. Ancak her somut olayın özelliğine göre işin niteliği ve büyüklüğüne göre kesin ve sabit bir oran olmaksızın işin büyük ölçüde tamamlanmış sayılacağı durumlarda da şekle aykırı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı kabul edilmektedir. ..." Y. 15. HD. 29.03.2012 T. 2011/1028 E., 2012/2110 K.

⁷¹ Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul 2006, s. 76.

⁷² Büyükkay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 58-59.

getirdiği edimin, aldığı edim geri verilmek suretiyle iadesini istemesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder⁷³.

Taraflardan biri sözleşmede öngörülmüş olan edimini yerine getirmişse, diğer tarafın artık bu sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğini ileri sürerek karşı edimini yerine getirmekten kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. Bu gibi durumlarda edimini ifa eden tarafın güveni korunmalıdır. Örneğin arsa sahibi geçersiz sözleşmeye göre borçlandığı arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmişse, yüklenicinin karşı edim olan inşaatı yapma taahhüdünü kısmen veya tamamen yerine getirmeyerek şekil eksikliğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder; bunun gibi yüklenicinin sözleşme hükümlerine uyarak inşaatı tamamlaması ve arsa sahibine teslim etmesine rağmen, arsa sahibinin tapuda arsa paylarının devrinden kaçınması ve şekil eksikliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir⁷⁴.

Sözleşmenin henüz tamamen ifa edilmemiş olmasına rağmen, taraflardan birinin şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi de hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Özellikle taraflardan biri sözleşmenin yapılmasından sonra davranışları ile sözleşmedeki taahhütlerin ifa edileceğine ilişkin olarak karşı tarafta haklı bir güven uyandırmış ve onun kendisine düşen edimin büyük kısmını yerine getirmesini sağlamışsa, sonradan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.

⁷³ "...Somut olayda, davacı iş (arsa) sahibi tarafından tapuda davalı yüklenici şirkete arsa payı devri ve kaydı yapıldığı gibi davalı yüklenicide inşaatı bitirerek davacı iş (arsa) sahibine dört adet bağımsız bölümü teslim etmiş ve böylece taraflar karşılıklı olarak ifade bulunmuşlardır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK.2. maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kuralına aykırı olup, sözleşme artık geçerli hukuki sonuç doğurur..." YHGK, 23.10.1991 T., 1991/15-396 E., 1991/511 K.

"...Gerçekten, yanlar arasındaki 2.9.1993 günlü sözleşme arsa payı devrini öngördüğünden BK.nun 213, MK.634, Tapu Kanunu 26 ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu 60. maddeleri hükümlerince noterde düzenleme şeklinde yapılmayıp nedeniyle geçersizdir. Ne var ki, geçersiz olan bu sözleşmeye rağmen arsa sahibi olan davalı ve karşı davacı tarafından yükleniciye tapuda pay devri yapıldığı gibi eser büyük ölçüde tamamlandığından artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemez. Dairemizin emsal uyuşmazlıklardaki istikrarlı uygulaması bu doğrultudadır. Bu nedenle mahkemece sözleşmenin geçerli hale geldiğinden hareketle iddia, savunma ve toplanan delillere göre temyiz edenin sıfatı itibarıyla yüklenici tarafından açılan davanın esası incelenerek bir hükme varılması yerine her iki davanın da yazılı şekilde reddi doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir..." Y.15. HD, 15.5.2002 T., 2002/96 E., 2002/2543 K.

⁷⁴ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 25-26.

"...Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, arsa payının intikalini de içerdiğinden noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır. Resmi şekilde yapılan bu sözleşmelerin değişikliğini içeren ek sözleşmelerin de aynı şekilde BK.nun 12. maddesi uyarınca resmi şekilde yapılması zorunludur....aşlının tabi olduğu şekil şartına uygun düzenlenmeyen ve bu nedenle geçersiz olan ek sözleşmelerin de tamamen ifa edilmeleri halinde geçersizliklerinin ileri sürüleceği kabul edilmektedir..." Y.15. HD.17.01.2007 T., 2005/7490 E., 2007/115 K.

...Ancak geçerli bir sözleşme olmamakla birlikte taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse, yahut yüklenici inşaatı bitirmiş veya çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi de inşaatın devamı süresince karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse bu takdirde sözleşmenin hukuken geçersiz olduğu ileri sürülemez, zira bu TMK' nın 2. maddesi uyarınca iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. YHGK., 30.04.1997 T., 1997/15-146 E., 1997/372 K. Aynı yönde Y.15. HD, 25.02.2013 T., 2012/6472 E., 2013/1283 K.,

Sözleşmedeki şekil eksikliğini bilerek böyle bir tehlikeye katlanan ya da eksikliği kendi yararı için isteyen tarafın, sonradan bu eksikliğe dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi de kabul edilemez⁷⁵.

Şekil eksikliğinin mahkemece re'sen göz önünde bulundurulması gerekirse de tarafların dava konusu uyuşmazlıkta sözleşmenin geçersizliğine dayanmayıp, aksine sözleşmenin varlığını kabul ettikten sonra, artık şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir⁷⁶.

Yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşmeye göre kendisine isabet edecek bağımsız bir bölümün satışını adi yazılı bir şekilde üçüncü kişiye taahhüt etmesi durumunda, bu sözleşme alacağın temlik hükmünde olup, yazılı şekle uyulduğunda da geçerli olduğundan, temlik alan üçüncü kişi bunun yerine getirilmesini gerek sözleştiği yükleniciden gerek arsa sahibinden talep edebilecektir. Böyle bir durumda yüklenici ile arsa sahibi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekle uygun düzenlenmemişse ve yüklenici edimini yerine getirmişse, alacağı temellük eden üçüncü kişinin tescil talebine karşı arsa sahibinin yüklenici ile arasındaki sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğini ileri sürmesi de dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder⁷⁷.

Ş3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

A. ESER SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 470). Buna göre iş sahibi ve yüklenici, bedel karşılığında, inşaat yapımına ilişkin bir eser sözleşmesi kararlaştırabilirler. Eser sözleşmesine ilişkin hükümler TBK m. 470-486 arasında düzenlenmiştir.

⁷⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 107-108; Yavuz/Acar/Özen, s. 491; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 30.

⁷⁶ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 30.

⁷⁷ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 28;

"...Arsa sahipleri, davalı şirkete isabet eden 6, 8, 9, 12 ve 13 numaralı bağımsız bölümlerin şirketçe satışı yapılan alıcılara intikalini sağlamak için A. yetkililerine vekaletname vermekle ve vekiller de gerekli işlemi yerine getirmekle, sözü edilen sözleşmeyi geçerli kılmışlardır. Mezkûr sözleşmeyi geçerli kabul ederek ifada bulunmalarına ve hatta aynı sözleşme doğrultusunda dava konusu dairenin davacıya ferağı için vekaletname vermelerine rağmen arsa, malikleri A.B. ve S.B.nin, yüklenicinin kişisel hakkını temellük ederek ona halef olan ve bu hakkını kendilerine karşı ileri sürme olanağına sahip bulunan H.S.nin işbu davasında, 27.6.1975 günlü sözleşmenin geçersiz olduğunu savunmaları dürüstlikle bağdaşmaz. Medeni Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen hakkın kötüye kullanılmasıdır ve yasaca korunması mümkün değildir..." Y.14. HD, 28.1.1986 T., 1985/3901 E. 1986/492 K.

İnşaat sözleşmeleri şekle tabi olmadığı halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tapuda pay devrini öngördüğünden resmi şekle tabidir⁷⁸.

İnşaat yapımına ilişkin eser sözleşmesinin feshinde, yüklenici bedel olarak ancak para isteyebilir. Oysa arsa payı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin karşı edimi arsa payı devri olduğundan, olayın özelliğine göre sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedildiği durumlarda arsa payı inşaatın tamamlanmış kısmına oranla devredilecektir. Yüklenicinin meydana getirdiği esere karşılık, arsa sahibinin karşı edimi arsa payı devridir⁷⁹.

İnşaat yapımına ilişkin eser sözleşmesinde yüklenicinin yaptığı inşaatın üçüncü kişilere bağımsız bölüm satması söz konusu değilken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ileride kendisine isabet edecek bağımsız bölümleri, inşaat tamamlanmadan üçüncü kişilere satması mümkündür. Uygulamada yükleniciler inşaatın finansmanını genellikle bu yolla sağlamaktadır⁸⁰.

İnşaat yapımına ilişkin eser sözleşmesinin tapuya şerhi mümkün değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından ise böyle bir imkân vardır (TMK m. 1009)⁸¹.

B. MAL DEĞİŞİM (TRAMPA) SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

TBK m. 282-284 arasında mal değişim sözleşmesi (trampa) düzenlenmiştir. Satış sözleşmesine ilişkin hükümler mal değişim sözleşmesine de uygulanır (TBK m. 283).

Trampa sözleşmesinde tarafların mala karşı mal verme borcu söz konusu iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcu eser meydana getirmektir. Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, genel olarak imal edilen eserin taraflar arasında paylaşımı söz konusudur⁸². Yapı ve arsanın birbirinden ayrılması ve değiş tokuşu söz konusu değildir⁸³.

Yüklenicinin imal faaliyetinde bulunmaksızın, başka bir yerde, inşaat halinde değil de bitmiş şekilde bağımsız bölüm vermesi ve karşılığında arsa sahibinin arsasının bir kısmını veya tamamını alması durumunda trampa sözleşmesi gündeme gelebilir⁸⁴.

⁷⁸ Sütçü, Nezih, Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, I. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 32.

⁷⁹ Sütçü, s. 32.

⁸⁰ Sütçü, s. 32.

⁸¹ Sütçü, s. 33.

⁸² Sütçü, s. 33.

⁸³ Sütçü, s. 33.

⁸⁴ Sütçü, s. 33.

C. HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Hizmet sözleşmesinin bir tarafında işçi, diğer tarafından işveren var iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arsa sahibi ve yüklenicidir. Hizmet sözleşmesinde işveren gerçek veya tüzel kişi olabilir, ancak işçi gerçek kişi olmak zorundadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları gerçek veya tüzel kişi olabilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerine finansı kendisine ait olmak üzere bina yapmayı, arsa sahibinin de buna karşılık bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi taahhüt eder. Hizmet sözleşmesinde hizmet edenler (işçiler) belirli veya belirsiz sürede, işverene ait işyerinde, aksine anlaşma veya yerel adet yoksa yine işverenlere ait alet ve malzemeleri kullanarak bir iş görmeyi ve hizmetten yararlananlar da (işverenler) onlara çalışma süresine göre saptanan bir ücret (günlük, haftalık, aylık gibi) ödemeyi taahhüt ederler (TBK m. 393/1).

İş sözleşmesinin en belirgin özelliği işçinin, işverenin emir ve talimatı altına ona bağımlı olarak çalışmasıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciler, üstlendikleri eser meydana getirme işinde uzman olup, arsa sahiplerine karşı bağımsızdırlar. Üstlendikleri işlerin nasıl yapılması gerektiği konusunda kimseden talimat almazlar; alsalar bile, bu talimat, sadece iş sahiplerinin nasıl bir sonuç (eser) arzuladıklarına ilişkin olur.

Hizmet sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme olmasına karşın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak ani edimlidir.

D. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 502/1). Vekil, belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi için değil, fakat belli bir yönde özenle çalışmak için yükümlülük altına girer. Vekilin özen ve sadakatle çalışmış olmasına rağmen arzu edilen sonuç elde edilememiş olsa bile sözleşmeye uygun davranmış olacaktır⁸⁵.

Öğretim faaliyetinde bulunulması, hekimin hastayı tedavi etmesi, avukatın davayı yürütmesi, ücret karşılığı bilgi ve danışmanlık verilmesi işleri vekâlet sözleşmesinin kapsamına girer.

⁸⁵ Büyükay, s. 48.

E. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Satış sözleşmesinde satıcı, alıcının ödediği satış bedeli karşılığında bir malı teslim ve mülkiyetini ona geçirme (devretme) borcu altına girer. Satış sözleşmesinde satıcı, alıcıya hazır bir şeyi teslim ve devrederken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici meydana getireceği bir şeyi (eseri) teslim eder.

Satış sözleşmesinde sözleşmeye konu mal karşılığında karşı edim olarak satış bedeli ödenmekte iken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde karşı edim olarak arsa sahibi tarafından yükleniciye belli bir pay devri söz konusudur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile satım sözleşmesi bir arada bulunabilir⁸⁶. Örneğin, arsa sahibi veya yüklenici kendisine kalacak bağımsız bölümlerden bir veya birkaçını diğerine bedel karşılığı satabilir⁸⁷.

Ş4 . TARAFLARIN BORÇLARI VE SORUMLULUKLARI

A. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI VE SORUMLULUĞU

1. İş Zamanında Başlama ve Yürütme Borcu

Yapının, arsa sahibine zamanında ve sözleşmeye uygun olarak eksiksiz teslim edilebilmesi için yüklenicinin inşa sürecine vakit kaybetmeksizin başlaması ve yürütmesi gerekmektedir. Yüklenici, işin icrasına zamanında başlamaz yahut haklı sebep olmaksızın icrayı geciktirirse, arsa sahibinin sözleşmeyi sonlandırma hakkı doğacaktır. Çünkü anılan hüküm gereği, yüklenici sadece eserin teslimini değil; inşasını da borçlanmış olmaktadır. Bu husus eser sözleşmesine ilişkin olarak TBK m. 473/1 hükmünde; yüklenicinin iş zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibinin teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebileceği şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında düzenlenmişse de karma bir sözleşme olan ve yüklenicinin asli edimi bakımından eser meydana getirme borcu yükleyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da

⁸⁶ Sütçü, s. 35.

⁸⁷ Sütçü, s. 35.

sözleşmenin niteliğine ve somut olayın özelliğine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanabilecektir⁸⁸.

Taraflar binanın inşasına başlanması hususunda bir süre belirleyebilecekleri gibi bu konuda herhangi bir öngöründe bulunmamış da olabilirler. Binanın inşasına başlama zamanı sözleşme ile belirlenmemişse, hukuki ilişkinin mahiyetinden süre tespit edilebiliyorsa o andan itibaren, şayet tespit edilemiyorsa derhal başlanmalıdır⁸⁹ (TBK m. 90). Derhal ifadesinden anlaşılması gereken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulduğu an olup, bina inşası kapsamlı edimlerden olduğundan işin mahiyetine uygun olarak, yükleniciye hazırlık faaliyetlerini yerine getirebilmesi için makul bir süre vermek gerekir⁹⁰.

İşe başlama süresi belirlenmemiş bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici derhal işe başlamasa bile edimini zamanında ifa etmesi mümkünse, TBK m. 473/1'e göre sorumlu tutulamaz⁹¹.

2. Şahsen İfa Borcu

Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu kural olarak şahsen ifada bulunmakla yükümlü değildir (TBK m. 83). Ancak TBK m. 471/3'de yüklenicinin üstlendiği edimin karine olarak kişisel olduğu kabul edilerek, yükleniciye şahsen ifa yükümlülüğü getirilmiştir⁹². TBK m. 471/3 hükmüne göre; yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, yüklenici işi başkasına da yaptırabilir.

Sözleşme konusu eser, yüklenicinin maddi ve fikri kişisel yeteneklerinden doğrudan etkileniyorsa, özellikle bir başkası yüklenicinin kişisel yönetimi altında eseri meydana getirse bile aynı eser ortaya çıkartılamayacaksa, işin yüklenici tarafından şahsen yapılması zorunlu olacaktır⁹³. Bu tür ayrık durumlar dışında eserin yüklenicinin gözetimi altında başkasına yaptırılması (eserin yükleniciyle tabiiyet ilişkisi içerisinde olan yardımcı

⁸⁸ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 77;

"...Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi şerhinin terkinine ilişkindir.

...BK' nın 358. maddesi hükmünce yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmesi veya iş sahibinin kusuru olmaksızın gerçekleşen gecikmenin yüklenicinin işi belirli zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olması halinde iş sahibinin tayin edilen zamanı bekleme zorunluluğu olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi mümkün ise de..." Y. 15. HD. 26.4.2011 T., 2010/2618 E., 2011/2549 K.

⁸⁹ Öz, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 56.

⁹⁰ "...Sözleşmede inşaata başlama süresi kararlaştırılmamış olsa da, müteahhidin proje düzenleme ve inşaat ruhsatı alma gibi hazırlıkları makul bir süre yapması gerekir..." Y. 15. HD. 30.5.1989 T., 1988/3349 E., 1989/2577 K.

⁹¹ Karataş, İzzet, Eser (İnşaat) Yapım Sözleşmeleri Ankara 2009, s. 132.

⁹² Yavuz/Acar/Özen, s. 446.

⁹³ Tandoğan, s. 71; Uygur, s. 2146; Yavuz/Acar/Özen, s. 446.

kişilerce meydana getirilmesi) mümkündür⁹⁴; yüklenicinin yönetimi altındaki yardımcı kişilere işi yaptırmasında da işi kendisi yapmış sayılır (TBK m. 116). Ayrıca yüklenicinin tüzel kişi olması olasılığında zaten şahsen yapma değil, tüzel kişinin yönetimi altında yetkili organların ya da gerçek kişilerin yapması söz konusu olmaktadır⁹⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, karşılaştırılan inşaatın meydana getirilmesinde yüklenicinin maddi ve fikri kişisel yeteneklerinden etkili olsa da, kural olarak yüklenicinin yönetimi altında eser meydana getirebileceğinden, yüklenici inşaatı şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Bu nedenle, yüklenici inşaatın yapımında yardımcı kişilerden yararlanabilir. Yüklenicinin yardımcı kişi kullanması durumunda TBK m. 116 hükmüne dayanan sorumluluğu da söz konusu olabilir. Diğer taraftan bu tür sözleşmelerde yüklenici alt yüklenicilere de başvurabilir. Zira yüklenici, iş sahibinin rızasıyla veya işin özelliği başkası tarafından yapılmasına elverişli ise yüklendiği işin yapılmasını kısmen veya tamamen kendisine tabi olmayan bağımsız bir alt yükleniciye⁹⁶ devredebilir.

3. Sadakat ve Özen Borcu

Yüklenici arsa sahibine karşı iş görme borcu altındadır. Bu borcun sonucu olarak, yüklenici sanki kendi işini görüyormuş gibi özverili hareket etmeli ve özenli davranmalıdır⁹⁷. TBK m. 471/1'de yüklenicinin, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Aynı şekilde yüklenici, arsa sahibinin zararına olan davranışlardan kaçınmalı ve arsa sahibinin zararına yol açacak sebepleri engellemek için çaba sarf etmelidir. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, ölçüt olarak benzer alandaki bir işi üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışın esas alınacağı öngörülmüştür.

Sadakat borcu, iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak olarak belirlenebilir⁹⁸.

⁹⁴ Şenocak, s. 20.

⁹⁵ Tandoğan, s. 71; Yavuz/Acar/Özen, s. 447; Büyükay, s. 75.

⁹⁶ Asıl yüklenicinin eserin ifasını kendilerine devrettiği alt yüklenicileri eserin ifasında kullandığı yardımcılarından ayırmak gerekir. Yardımcı kişiler yüklenicinin gözetim ve idaresi altında buldukları halde, alt yüklenicilerle asıl yükleniciler arasında bir bağımlılık ilişkisi yoktur. Diğer bir söyleyişle bağımlı yardımcı kişilerle asıl yüklenici arasında genellikle bir hizmet sözleşmesi bulunduğu halde, alt yüklenicilerle asıl yüklenici arasındaki sözleşme eser sözleşmesi niteliği taşır. Yüklenicinin eseri yaratırken başvurduğu yardımcı kişilerin uzman olmaları gerekmez; buna karşılık özellikle işin bir bölümü kendisine devredilen alt yüklenici, çoğu kez asıl yükleniciden bile uzman olmalıdır. Eğer asıl yüklenici işi devre yetkili olsa bile, uzman bir alt yüklenici seçmezse gereken özeni göstermemiş olur. Uygur, s. 2148.

⁹⁷ Büyükay, s. 134.

⁹⁸ Tandoğan, s. 49; Zevkliler/Gökyayla, s. 487.

Sadakat borcu ile özen borcu birbirine sıkı surette bağlıdır; özen borcu aynı zamanda sadakat borcunun bir sonucudur⁹⁹. Yüklenicinin sadakat borcunun iki özel görüntüsü TBK m. 472'de düzenlenmiştir. TBK m. 472/2 hükmüne göre, malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür. TBK m. 472/3 hükmüne göre ise, eser meydana getirilirken, iş sahibinin 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 iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak zararlardan sorumlu olur. Kanun koyucu yükleniciye malzemeleri ve işin yapılacağı arsayı teslim alırken, bunların işin icrasına engel olup olmayacağını gözden geçirme külfeti yüklemiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici inşaatı genellikle kendisine ait malzemelerle yapmakta olduğundan TBK m. 472/2 hükmünün bu sözleşmelere uygulanma olanağı kural olarak bulunmamaktadır. Buna karşılık TBK m. 472/3'de yer alan düzenlemenin arsanın ayıplarını iş sahibine bildirme yükümüne ilişkin kısmının arsa payı inşaat sözleşmelerine de uygulanması mümkündür.

Yüklenicinin özen borcu, binanın inşasından önce, sözleşmenin yapıldığı anda başlar ve inşaat arsa sahibine teslim edilinceye kadar devam eder. Eserin tesliminden sonra ise bu borç, ayıp sebebiyle sorumluluk halini alır. Ancak bazı hallerde, binanın inşası sırasında, işin yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği öngörülebilir. Bu durumda arsa sahibi bunu önlemek üzere TBK m. 473/2' e göre vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesini; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.

TBK m. 473/2 hükmünün uygulanabilmesi için, yapılması sırasında inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin açıkça görülüyor olmasıdır¹⁰⁰. Hükümde geçen "eserin meydana getirilmesi sırasında" deyimini, yapımına başlanmış eserin (inşaatın) henüz tamamlanmamış olmasını gerektirmektedir; bununla birlikte, işin yapımına henüz başlanılmadan önce de meydana getirilecek eserin ayıplı olacağı açıkça görülüyorsa, TBK m. 473/2 hükmü lafzına rağmen uygulanabilecektir¹⁰¹. Örneğin, inşaat

⁹⁹ Tandoğan, s. 49; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 36.

¹⁰⁰ Tandoğan, s. 63.

¹⁰¹ Tandoğan, s. 63; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 338.

için elverişli olmayan malzeme iş yapılacak yerde depo edilmiş olabilir; bu durumda arsa sahibi malzemelerin oradan götürülmesini isteyebilir¹⁰².

Yine hükmün uygulanabilmesi için, inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmesine yol açacak olan durumun yüklenicinin kusuru yüzünden ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Yardımcı kişilerin özellikle alt yüklenicilerin kusuru da yüklenicinin kusuru sayılacaktır.

Arsa sahibinin TBK m. 473/2'ye başvurabilmesi için gerekli son şart ise, arsa sahibinin, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmesine yol açacak olan durumu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, aybın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunmasıdır¹⁰³. Ancak yüklenicinin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gideremeyeceğinin ya da yüklenicinin mevcut durumda herhangi bir değişiklik yapmak istemediğinin açıkça yahut zımnen anlaşıldığı hallerde ihtarın gerekli olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁴.

TBK m. 473/2 anlamında işin başkasına yaptırılması veya aybın başkası tarafından giderilmesi hakkı iş sahibinin varması gereken bir irade beyanı ile gerçekleşir; bu beyan söz konusu hükmün öngördüğü uygun sürenin belirlenmesi anında veya sürenin bitiminde yapılabilir¹⁰⁵.

TBK m. 473/2 gereği yükleniciye süre verilmiş ve süre yararsız olmuşsa arsa sahibi mutlaka işi başkasına yaptırmak zorunda değildir; arsa sahibi isterse üçüncü kişiye yaptırmak yerine zararın doğrudan tazminini de talep edebilecektir¹⁰⁶.

Yüklenici, inşaatın meydana getirilmesi için arsa sahibince kendisine verilen plan, proje ve çizimleri başka inşaatlarda kullanmamalıdır; bu yasağa aykırılık sadakat borcunun ihlali olarak değerlendirilebilir¹⁰⁷.

Arsa sahibi yüklenicinin sadakat borcuna aykırı hareketinin söz konusu olması durumunda borca aykırılıktan doğan zararının tazmini, inşaat sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmiş olsa bile isteyebilir¹⁰⁸.

¹⁰² Tandoğan, s. 63; Aral/Ayrancı, s. 338.

¹⁰³ Tandoğan, s. 65; Gümüş, s. 26.

¹⁰⁴ Aral/Ayrancı, s. 339.

¹⁰⁵ Aral/Ayrancı, s. 340.

¹⁰⁶ Tandoğan, s. 65; Aral/Ayrancı, s. 343; Yavuz/Acar/Özen, s. 446; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 52.

¹⁰⁷ Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012, s. 108.

¹⁰⁸ Tandoğan, s. 50; Şahin, s. 108.

4. Teslim Borcu

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yüklenicinin eseri teslim borcuna açıkça yer verilmemiş olmasına rağmen, TBK hükümlerinden¹⁰⁹ bu borcun varlığı anlaşılmaktadır. Ayrıca arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini akdetmedeki amacının, arsası üzerine inşa edilecek binanın tamamlanması sonucunda ortaya çıkacak bağımsız bölümleri teslim almak olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle yüklenicinin binayı teslim borcu sözleşmenin asli edim yükümlülüğüdür¹¹⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin başlıca borcu sözleşme konusu inşaatı tamamlamak ve arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri teslim etmektir. Eserin tamamlanması ile teslimi farklı şeylerdir. Teslim, tamamlanmış eserin sözleşmenin ifası amacıyla arsa sahibinin tasarrufuna verilmesi demektir¹¹¹.

İş sahibine ait arsa üzerinde gerçekleştirilen yapı (ve onarım) işlerinde maddi şeyin verilmesinin yerini kural olarak yüklenici tarafından eserin tamamlandığının açık ya da örtülü şekilde bildirilmesi alır¹¹². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de, yapı iş sahibine ait arsa üzerinde inşa edildiğinden, kural olarak teslim borcu eserin tamamlandığının arsa sahibine bildirilmesi ile yerine getirilir. Bu bildirim açık veya örtülü olabilir; yüklenici yapıyı arsa sahibinin görebileceği biçimde tamamlamış ve üzerinde tasarruf edebileceği hale getirmişse, örtülü bir bildirim varlığı kabul edilebilir¹¹³. Teslim borcunun bildirme ile yerine getirildiği hallerde, iş sahibinin sözleşme konusu inşaatla fiili egemenliğini gereği gibi icra etmesi sağlanmadıkça (örneğin biten yapının anahtarları verilmedikçe) veya bu egemenliği engelleyici durumlar (örneğin araç gereçlerin, artan malzemenin götürülmesi gibi) ortadan kaldırılmadıkça teslim borcu sadece eserin

¹⁰⁹ TBK m. 473/1'de "...iş sahibi **teslim** için belirlenen günü..." , TBK m. 474/1'de "...eserin **tesliminden sonra**..." , TBK m. 478'de "...**teslim** tarihinden..." , TBK m. 479/1 de "...bedel ödeme borcu, eserin **teslimi** anında muaccel olur..." düzenlemeleri vardır.

¹¹⁰ "...Taraflar arasındaki uyumsuzluk eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Yanlar arasındaki 4.9.1988 günlü sözleşme, davacı arsa sahibinin tapu devri sebebiyle geçerli hale gelmiştir. Bu tür ilişkilerde yüklenicinin temel borcu inşaatı fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirerek, arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin ana borcu da kararlaştırılan arsa payını bedel olarak yükleniciye devretmektir. Ani edimli eser sözleşmelerinde ifa inşaatın teslimi ile yerine getirilir..." Y.15. HD 29.3.2003 T., 2003/5231 E., 2004/1725 K.

"...Eser sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu bir eser meydana getirmek (somut olayda arsa payı devri karşılığı inşaat yapmak) ve meydana getirilen eseri sözleşmede kararlaştırılan zamanda sözleşme şartlarına uygun olarak arsa sahibine teslim etmektir..." Y. 15. HD. 21.6.2004 T., 2003/6321 E., 2004/3464 K. Benzer yönde görüş için bkz. Ergezen, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 38.

¹¹¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 476; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 33; Bu nedenle eser sözleşmesindeki teslim bir maddi fiil olarak görülür ve bu nedenle her türlü delille ispatlanabilir; teslimi ispat yükü yüklenicidedir.

¹¹² Zevkliler/Gökyayla, s. 479.

¹¹³ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 34.

tamamlandığını bildirmekle ifa edilmiş sayılmaz. Arsa sahibi tamamlanmış eseri yüklenicinin bildirimini beklemezsizin kullanmaya başlamışsa, artık teslimin hukuki sonuçlarından, kendisine bildirim yapılmadığı gerekçesiyle kurtulamaz. Kullanmaya başlama inşaatın sonraki aşamasına girişme, bitirilmiş eve girme veya eve kiracı taşınmasına izin verme şeklinde olabilir¹¹⁴.

Teslimin yapılmış sayılması için yüklenici üzerine aldığı bütün işlerin tamamlanmış olmalıdır¹¹⁵. Bu nedenle bir ev inşasında bütün işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış olsa da bu mutlaka teslimin yapılmış olduğunu gösteren bir kıstas olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, eserin bitmiş sayılması açısından tamamen önemsiz ve ikincil işler (mesela bir elektrik anahtarının takılmamış olması) eksik kalmışsa ve bunların ileri sürülmesi iş sahibi tarafından hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse eser tamamlanmış kabul edilmelidir¹¹⁶.

Eserin tamamlanmış olması ile ayıpsız olması aynı şey değildir; bir eser ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış sayılabilir. Ayrıca eserin ayıplı olması onun teslim edilmesini ve teslim alınmasını engellemez. TBK m. 474/1 hükmüne göre eserdeki ayıplar eserin tesliminden sonra tespit edilecek olup, şartları oluşmuşsa yüklenicinin ayıptan kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olacaktır¹¹⁷.

Teslim ve kabul kavramları birbirinden farklıdır. Aksine anlaşma yoksa teslimin gerçekleşmesi için arsa sahibinin herhangi bir irade açıklamasına ihtiyaç yoktur. Ancak kabul için arsa sahibinin açık veya örtülü şekilde irade açıklamasında bulunması gerekir. Bu irade açıklaması TBK m. 474, 475 ve 477 hükümleri gereğince sonuç doğurur. Yüklenicinin binayı teslim borcunun ifasına karşılık arsa sahibi bunu açık veya örtülü şekilde kabul ederse yüklenicinin her türlü sorumluluğu ortadan kalkar (TBK m. 474/1).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar sözleşmeye teslimin hangi şartlar altında ve hangi anda yapılmış sayılacağına ilişkin kayıtlar koyabilirler; örneğin, yapının teslimini oturma ruhsatının¹¹⁸ alınması şartına bağlayabilirler. Bu şartlar yerine

¹¹⁴ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Ankara 1989, s. 126.

¹¹⁵ Zevkliler/Gökyayla s. 476.

“...sözleşmede inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 20 ay içerisinde bitirilip anahtar teslimi teslim edileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anahtar teslimi iskân ruhsatının alınmasını da içermektedir. Eser sözleşmesine dayanan ilişkilerde eserin teslim edildiğini kanıtlama yükümlülüğü yüklenicidedir. İskân ruhsatının da alınmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece teslim tarihi olarak kabul edilen 24.08.2005 tarihi kat irtifakının kurulduğu tarihtir. Kat irtifakının kurulması davacıya ait işyerinin teslimi olarak kabul edilemez...” Y. 15. HD, 17.05.2012 T., 2011/2334 E., 2012/3573 K.

¹¹⁶ Tandoğan, s. 126.

¹¹⁷ Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 68.

¹¹⁸ “...inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması halinde teslim iskan koşuluna bağlandığı, iskan alınmadığı ve inşaatın ruhsat tasdikli proje ile imara aykırı yapılmış olması sebebiyle hukuken geçerli teslim gerçekleşmediği ve yüklenici temerrüdünün gerçekleştiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve

getirilmemişse sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemeyecektir. Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici sadece arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri tamamlamak ve teslim etmekle edimini yerine getirmiş olmaz; arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerle birlikte ana taşınmazın, bu bağlamda ortak alanlarının da tamamlanmış olması gereklidir. Buna karşılık yükleniciye kalacak bağımsız bölümlerin içerisinde ve kat mülkiyeti kurulmasına engel teşkil etmeyen eksikliklerin bulunması, yüklenicinin edimini yerine getirmiş sayılmasına engel teşkil etmez¹¹⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi payına isabet eden bağımsız bölümlerin devrini talep edebilmesi için TBK m. 479/1 hükmü gereğince binayı sözleşmeye uygun bir şekilde teslim etmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık halinde teslimin gerçekleştiğinin yüklenici tarafından ispatı gerekir. Maddi bir olgu olan binanın teslimi, her türlü delille ispat edilebilir¹²⁰.

b. Teslim Borcunun İfasında Temerrüdün Şartları ve Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu borçlunun temerrüdünü tanımlamamıştır. Doktrinde borçlunun temerrüdü, borçlunun borçlandığı edimi borca aykırı olarak geç ifa etmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹²¹. Borçlunun temerrüdü, ifa etmeme hallerinden birini oluşturur; burada borçlu, borçlanılan edimi zamanında yerine getirmemekte, edimin ifası borca aykırı olarak gecikmektedir¹²².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların birinin temerrüde düşmesi halinde temerrüdün sonuçları bakımından TBK' nın genel hükümlerinde öngörülen kurallar (TBK m. 117 vd) uygulama alanı bulacaktır. Konu yüklenicinin sözleşme gereği arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri teslim borcu açısından ele alındığında, yüklenicinin temerrüde düşmesi için gerekli şartlar; borcun muaccel olması, edimin ifasının mümkün olması ve alacaklının ihtarı olarak belirlenebilir. Borçlunun temerrüde düşmesi için kusur şart olmasa da, borcun ifasında meydana gelen gecikmede borçlunun kusurlu olup olmaması, borçlunun temerrüdüne bağlanan bazı hukuki sonuçlar bakımından önem taşır. Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmede kusurlu olmasa da para borçlarında TBK m.

yanlış değerlendirme sonucu yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmamıştır...” Y. 15. HD. 09.03.2009 T., 2009/1420 E. 2009/1294 K.

¹¹⁹ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 3.

¹²⁰ “...Kural olarak, eserin arsa sahibine teslim edildiğini ispat yükleniciye düşer. Maddi bir olay olması bakımından teslim taraflar arasında düzenlenecek bir teslim tutanağı ile ispatlanabileceği gibi diğer yazılı deliller veya tanık sözleri ile de ispatlanabilir...” Y. 15. HD. 21.6.2004 T., 2003/6321 E., 2004/3464 K.

¹²¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012. s. 1088.

¹²² Eren, s. 1089.

120 hükmünce geçmiş günler faizi ödemek zorundadır; aynı şekilde, alacaklı, borçlu temerrüde düşmede kusurlu sayılmasa da, TBK m. 125/2 hükmünden yararlanarak sözleşmeden dönebilir; buna karşılık alacaklının TBK m. 118 hükmünce, borcun geç ifasından dolayı tazminat isteyebilmesi veya TBK m. 125/3' e göre sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep edebilmesi, borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır; borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmadığı iddiasındaysa bunu ispat etmekle yükümlüdür (TBK m. 125/3, c. 2)¹²³.

1. Temerrüdün Şartları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli edimi sözleşmede belirlenen inşaatı tamamlamak ve arsa sahibine teslim etmektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmüş sayılabilmesi için öncelikle edimini yerine getirmemiş olması gerekir. Yüklenicinin edimini yerine getirmesi inşaatın arsa sahibine teslimiyle gerçekleşecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle yüklenicinin edimini yerine getirmesi, eş söyleyişle teslimin yapıldığının kabul edilebilmesi binanın iskân izninin alınmasına bağlı tutulmaktadır. Yargıtay bir kararında anahtar teslimi koşulunun yapıya iskân alınmasını da gerektirdiği yönünde görüş bildirmiştir¹²⁴. Sözleşmede iskân izninin de yüklenici tarafından alınacağı kararlaştırılmışsa, bina projesine uygun olarak tamamlanmış olsa da iskân izni alınmamışsa geçerli bir teslimden söz edilemeyecektir. Ayrıca Yargıtay sözleşmede iskân izninin yüklenici tarafından alınacağı kararlaştırılmamış olsa da, binanın tamamlanmış sayılması için iskân izninin alınmasına engel bir halin olmamasını aramaktadır¹²⁵.

a. Edimin Muaccel Olması

Borçlunun mütemerrit sayılabilmesi için borcun muaccel olması gereklidir. Muacceliyet temerrüdün zamanla ilgili şartıdır. Kanun muacceliyet kavramını tanımlamamıştır. Muacceliyet alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisini ifade eder¹²⁶. Alacağı talep hakkı, borcun muaccel olduğu anda doğar; alacak hakkı borç ilişkisi kurulduğu anda doğduğu halde, talep hakkı, ancak borcun

¹²³ Eren, s. 1089.

¹²⁴ Y.14. HD, 22.01.2007 T., 2007/142 E. 2007/347 K.

¹²⁵ Y. 14. HD, 07.12.2006 T., 2006/12366 E., 2006/14644 K.

¹²⁶ Eren, s. 1092.

muaccel olduğu anda doğar; bu nedenle alacaklı, borç muaccel olmadan ifasını isteyemez¹²⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, borcun muaccel olması arsa sahibinin tamamlanmış olan inşaatı talep edebileceği zamanın gelmesi demektir¹²⁸.Yüklenicinin eseri teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı, genellikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinden anlaşılır. Taraflar sözleşme şartlarını belirlerken inşaatın teslim tarihini de kararlaştırırlar. Sözleşmede kararlaştırılan tarih, teslim borcunun muaccel olacağı dolayısıyla arsa sahibinin inşaatın teslimini talep edebileceği tarihtir. Ancak teslim tarihi, eser sözleşmesinin objektif bakımdan esaslı bir unsuru değildir; taraflar sözleşmenin kurulmasından sonra da eserin teslim tarihini kararlaştırabilirler¹²⁹.

Teslim tarihi, doğrudan bir takvim günü (26 Şubat 2015 gibi), yahut teslim tarihinin, sözleşmenin kurulması ile işlemeye başlayan ve bitiminde teslim borcunun muaccel olacağı bir zaman süreci (sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren üçüncü yılın sonunda) olarak da kararlaştırılabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bazen taraflar teslim süresinin başlangıcını arsanın yükleniciye teslim edilmesi, inşaat ruhsatının ya da temel üstü ruhsatının alınması gibi ileride gerçekleşecek belirli bir olaya bağlarlar. Bu durumlarda teslim süresi, sürenin bağlandığı olay fiilen gerçekleştiğinde işlemeye başlar ve teslim süresinin son günü, teslim vadesidir¹³⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar teslim süresinin başlangıcını inşaat ruhsatının ya da temel üstü ruhsatının alınması gibi ileride gerçekleşecek belirli bir olaya bağlayıp da anlaşmalarında yüklenicinin bu fiili ne zaman gerçekleştirmek zorunda olacağını belirtmemişlerse, yüklenici olayın şartlarına göre makul ve dürüst bir yükleniciden beklenebilecek sürede teslim süresinin işlemeye başlaması için kendisine düşen edimi yerine getirmemişse hakkını kötüye kullanmış sayılmalı ve bu durumda teslim süresinin yükleniciye yüklenen fiilin gerçekleştirilebileceği makul sürenin sonunda işlemeye başladığı kabul edilmelidir¹³¹.

¹²⁷ Eren, s. 947.

¹²⁸ Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 94; Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 154; Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 55.

¹²⁹ Kurt, s. 90.

¹³⁰ Kurt, s. 91.

¹³¹ “Bu durumda, tahliye tarihinden itibaren yüklenicinin makul sürede ruhsat almak için gereken gayreti gösterip ruhsat işlemleri için ilgili mercilere başvurup başvurmadığı üzerinde durulmalı, başvuruyu makul sürede yapmışsa, ruhsat verilmesindeki idari gecikmeden yükleniciye kusur yüklenemeyeceği gözetilmeli, gecikmenin neden kaynaklandığı araştırılarak inşaatı başlama veya tamamlanma tarihi belirlenmeli, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinde inşaatın tamamlayarak bağımsız bölümleri teslim etmeyen yüklenicinin muaccel bir edim borçlusu olarak bu tarihten sonraki süre

Taraflar sözleşmenin kurulması sırasında veya daha sonra bir teslim vadesi kararlaştırmamışlarsa, teslim vadesi, sözleşme konusu işin tüm özellikleri dikkate alınarak, hukuki ilişkinin özelliğine göre belirlenir (TBK m. 90). Bu yapılırken somut olaydaki eseri meydana getirmek için, deneyimli bir uzmanın normal halde işe zamanında başlayıp devamlı bir çalışma ile mutlak çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak ne kadar zaman harcaması gerektiği göz önünde tutulmalıdır¹³². Taraflar borcun ifasını bir süreye bağlamamışlarsa, işin özelliğinden çıkarılan bir vade de yoksa TBK m. 90 hükmünce ifa hemen istenebilir; borçlu borcunu derhal ifa edebilir; süreye bağlanmamış borçlar doğdukları anda muaccel olurlar¹³³. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etmesi, işin niteliği gereği, hazırlık çalışmasını ve makul bir ifa süresini gerektirdiğinden, yüklenicinin teslim borcu sözleşme yapılır yapılmaz (derhal) muaccel olmayacaktır. Eserin tamamlanması için gerekli makul ifa süresi dolduktan sonra yüklenicinin borcu muaccel hale gelecektir¹³⁴.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, inşaat, sözleşmede öngörülen yahut makul ifa süresi içerisinde tamamlanmak zorundadır. Sürenin uzaması yahut kısılması kural olarak söz konusu değildir¹³⁵. Ancak yüklenicinin, işin ifasına başlamasında veya devamında kusuru olmaksızın gecikmesi durumunda ek süre talep etmesi mümkündür¹³⁶. Ek süre taraflarca yahut uyuşmazlık halinde mahkemece belirlenebilir. Yüklenici ek süre sonunda da haklı sebep olmaksızın edimini ifa edemiyorsa, temerrüde düşmüş kabul edilir¹³⁷.

b. Edimin İfasının Mümkün Olması

Temerrüdün ilk şartı, borçlanılan edimin borçlu tarafından vadesinde ifa edilmemiş olmasına rağmen, ifanın henüz mümkün olmasıdır. Şayet edimin ifası sonradan ortaya çıkan, sürekli ve objektif imkânsızlık sebebiyle imkânsız hale gelirse, TBK m. 136 gereğince borç sona ermiş olduğundan borçlunun temerrüdünden bahsedilemeyecektir¹³⁸.

İçin gecikmeden doğan zarardan sözleşmede belirlenen cezai şarttan ve temerrüde ilişkin hükümlerden sorumlu olacağı dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken..." Y. 23 HD. 03.07.2012 T., 2012/2689 E. 2012/4550 K.

¹³² Tandoğan, s. 129; Kurt, s. 94.

¹³³ Eren, s. 950, Kırmızı, s. 673.

¹³⁴ Öz, İnşaat, s. 143; Ayan, s. 100-102; Gümüş, Borçlar Özel C. 2, 62.

¹³⁵ Ayan, s. 103.

¹³⁶ Atamulu, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014, s. 107.

¹³⁷ Atamulu, s. 111.

¹³⁸ Ayan, s. 156; Gümüş, Borçlar Özel, C. 2, s. 67.

Buna karşılık sübjektif imkânsızlık halinde temerrüt söz konusu olur¹³⁹. Ancak, borçlunun temerrüdü, inşaatın tamamlanmasının ve tesliminin objektif olarak imkânsızlaşmasından önce gerçekleşmişse, temerrüdün o ana kadar ortaya çıkan sonuçları saklı kalır. İfa imkânsızlığının, borçlunun temerrüdünü ortadan kaldırması ve temerrüdün o ana kadarki sonuçlarının saklı kalmasında, imkânsızlığın arsa sahibinden yahut yükleniciden kaynaklanması arasında bir fark yoktur¹⁴⁰. Böyle bir durumda, temerrüdün başlamasından imkânsızlığın gerçekleşme anına kadar, temerrüde ilişkin hükümler, sonrasında ise imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir¹⁴¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrütten söz edebilmek için borçlanılan edimin borçlu tarafından vadesinde ifa edilmemiş olmasının yanında ifanın da mümkün olması gereklidir. Burada söz konusu olan imkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan sonraki imkânsızlık olup, maddi veya hukuki imkânsızlık şeklinde oluşabilir¹⁴². İfanın imkânsızlaşması durumunda artık temerrüt söz konusu olmaz; bu takdirde kusurlu imkânsızlık halinde TBK m. 112 hükmünce, karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararın tazmini gerekirse de, kusursuz imkânsızlık durumunda TBK m. 136/1 hükmünce tarafların karşılıklı edimleri sona erer¹⁴³. Konuyla ilgili olarak TBK'nın 483. maddesi eser sözleşmeleri için getirilmiş özel bir hükümdür. Hükme göre, eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur. Bu hükümler karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulama alanı bulur¹⁴⁴.

Sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde inşaat tamamlanmış ancak henüz arsa sahibine teslim edilmeden beklenmedik bir olay sonucu yok olmuşsa, bu durumda kusursuz imkânsızlık söz konusu olacak ve tarafların karşılıklı borçları sona erecektir. Bu sebeple arsa sahibi tamamlanmış olan yapıyı teslim almada temerrüde düşmüş olmadıkça, yüklenici emeği için bir karşılık talep edemeyeceği gibi, yapmış olduğu masrafların karşılığını da talep edemeyecektir, eş söyleyişle esere (yapıya) gelen hasara yüklenici katlanacaktır (TBK m. 483/1, c.1). Ayrıca arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilmesi

¹³⁹ Eren, s. 1092.

¹⁴⁰ Ayan, s. 156; Öz, Dönme, s. 156; Yalçınduran, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 92.

¹⁴¹ Atamulu, s. 116.

¹⁴² Erman, Arsa Payı, 2010, s. 64.

¹⁴³ Eren, s. 1090.

¹⁴⁴ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 67.

gereken arsa payları devredilmişse, yüklenici bunları arsa sahibine devretmek zorundadır (TBK m. 136/2). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatla kullanılan malzemeler genellikle yüklenici tarafından sağlandığından, inşaatın yok olması sonucu kullanılan malzemenin hasarına yüklenici katlanacaktır (TBK m. 483/1, c. 2)¹⁴⁵. Buna karşılık inşaat tamamlanmadan eserde meydana gelen hasarda imkânsızlıktan bahsedilemez; inşaatın yapılması objektif olarak mümkün oldukça imkânsızlık söz konusu olmaz. Bu nedenle, yapılmakta olan inşaat beklenmeyen nedenlerle çökmüşse, yeniden yapılması mümkün olduğundan imkânsızlık söz konusu değildir¹⁴⁶.

Eser sözleşmesine ilişkin hükümlerden TBK m. 486 hükmü, yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılan sözleşmenin, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona ereceğini, bu durumda iş sahibinin, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlü olduğunu öngörmektedir. Bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Sözleşmeden yüklenicinin kişiliği göz önüne alınarak yapılmadığı anlaşılabilirse, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği sonucuna varılamaz. Özellikle sözleşmede bu konuda bir hüküm varsa veya yüklenici bir tüzel kişiye ve ortaklardan biri ölmüş ya da ortaklıktan ayrılmışsa, TBK m. 486 hükmünün uygulanması söz konusu olmaz. Yüklenicinin tüzel kişi olması olasılığında, ölen veya ayrılan ortağın kişiliği önem taşıyorsa, başka bir söyleyişle ölen veya ayrılan ortak olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı sonucuna varılabiliyorsa (onun yokluğu halinde yerini tutacak başka kimse yoksa), ancak bu takdirde TBK m. 486 hükmünün uygulanması söz konusu olabilir¹⁴⁸. Yargıtay kararlarında, olağan inşaat işlerinin yerine getirilmesinin özel veya üstün bir

¹⁴⁵ "...BK.nun 368. maddesi uyarınca yapılan şeyin teslimden evvel "kazara" telef olması halinde iş sahibi onu tesellülden temerrüt etmiş bulunmadıkça yüklenici ne yaptığı işin ücretini ve ne de masrafların ödenmesini isteyebilir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre de, telef olan malzeme kime ait ise, hasara onun katlanması gerekir.... Somut olayda, teknenin davalıya ait işyerinde ve davacının hakimiyet alanı dışında çıkan yangınla hasarlandığı çekişmesizdir. Yangının çıkış nedeni saptanamamış ise de zarar, davalının hakimiyet alanındaki işyerinde meydana geldiğinden davacı iş sahibine yüklenecek bir kusur yoktur..." Y.15. HD, 19.2.2003T., 2003/70 E. 2003/746 K.

¹⁴⁶Erman, Arsa Payı, 2010, s. 68;

"...Davacı köprü yapımı sırasında Fırat nehri sularının taşması sonucu, sular tarafından götürülen tahta kalıplar nedeniyle uğramış olduğu zararını ve yapmış olduğu iş tutarının davalıya ödetilmesini dava etmiştir...."

Oysa Fırat nehrinin taşması nedeniyle köprünün yapımı sırasında, zarardan Borçlar Kanununun 368 nci maddesinin I. fıkrası gereğince davalı iş sahibinin sorumlu tutulması olanağı yoktur. Bu maddeye göre yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi onu tesellülden temerrüt etmiş bulunmadıkça, müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemeyeceğinden, sular tarafından götürülen tahta bedeli ve sarf edilen işçilik ücretlerini müteahhidin davalıdan istemeye hakkı yoktur. Bu gider ve ücretlere kendisi katlanmak zorundadır..." Y.15.HD, 11.03.1976 T., 1976/876 E. 1976/1068 K.

¹⁴⁷ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 69.

¹⁴⁸ Tandoğan, s. 333; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 70.

beceriyi gerektirmediği, bu sebeple yüklenicinin ölümünün, sözleşmenin sona ermesini gerektirmeyeceği belirtilmiştir¹⁴⁹.

TBK m. 486/c. 1 hükmünün uyguladığı hallerde, TBK m. 486/c. 2 gereğince, arsa sahibi tamamlanmamış olan binanın bitmiş kısmını, kendisi için kullanılması mümkün olduğu takdirde kabule ve karşılığını vermeye mecburdur¹⁵⁰. Verilecek karşılık ise, eserin bitmiş kısmı ile orantılı olarak yükleniciye arsa payı verilmesi suretiyle, şayet inşaat orantılı arsa payı hak edilecek kadar tamamlanmamışsa, TBK m. 481 uyarınca yapılan işin değerine ve masraflarına göre tayin edilmelidir¹⁵¹.

c. Edimin İfa Edilmemesi

Yüklenicinin inşaatı teslim borcunun ifasında temerrüde düşmesi için, inşaatın teslim tarihinin gelmesine ve tesliminin mümkün olmasına rağmen, inşaatın henüz tamamlanmamış veya tamamlanmasına rağmen teslim edilmemiş olması gerekir¹⁵². Tamamlanmış olan inşaatın tesliminde gecikme uygulamada sık karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte, inşaatın teslim edilmemesi halinde, yüklenicinin temerrüdünün oluşması bakımından, inşaatın tamamlanması ile tamamlanmaması arasında fark yoktur. Teslim gerçekleşmediği sürece yüklenicini edimini ifa etmiş sayılmaz. Yüklenicinin edim borcu inşaatın tamamlanması ile değil, arsa sahibine teslimiyle yerine getirilmiş olacaktır¹⁵³.

Arsa sahibinin kural olarak eksik veya ayıplı ifayı kabul zorunluluğu yoktur¹⁵⁴. Ancak arsa sahibi zorunluluk bulunmamasına rağmen, eksik veya ayıplı eseri ifa olarak kabul ettiğinde, teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir¹⁵⁵.

¹⁴⁹ "...Öte yandan mahkemece davalılardan müteahhidin öldüğü, bu durumda BK'nın 371. maddesi uyarınca akdin sona erdiği gerekçesinde de İsalet yoktur. Anılan maddeye göre inşaat sözleşmesinin sona ermesi, akdin müteahhidin şahsı ve özel yetenekleri dikkate alınarak yapılmış olmasına bağlıdır. Oysa olay bir inşaat yapımından ibaret olup sözleşme yüklenicinin şahsı nazara alınarak akdedilmiş değildir. Yüklenicinin mirasçılarının bizzat ya da bir başkası eliyle inşaatı yapması da imkan dahilinde olduğundan olayda BK'nın 371. maddesinin tatbiki mümkün değildir." Y. 15. HD. 22.4.1993T., 1993 /1866 E, 1993/1907 K.

¹⁵⁰ Tandoğan, s. 336.

¹⁵¹ Tandoğan, s. 336.

¹⁵² Ayan, 92; Aral/Ayrancı, s. 348; Zevkliler/Gökyayla, s. 483; Yalçınduran, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 91.

¹⁵³ Kocaağa Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 123.

¹⁵⁴ Ayan, s. 154; Seçer, s. 147.

¹⁵⁵ Ayan, s. 154; Seçer, s. 147.

d. İhtarda Bulunulması

TBK m. 117/1 gereğince muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Temerrüt, kural olarak borcun muaccel olmasıyla değil, ihtar ile gerçekleşir. İhtar alacaklının borcun yerine getirilmesi isteğini açıklayan tek taraflı varması gereken bir irade beyanıdır¹⁵⁶. İhtarın geçerliliği kural olarak şekle bağlı değildir¹⁵⁷. Ancak TTK m. 18/4 gereği, tacirler arasındaki ihtarın geçerli olabilmesi için, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imzalı kayıtlı elektronik posta ile yapılması gereklidir.

TBK m. 117/2' de öngörülen durumların gerçekleşmesi (borcun ifa edileceği günün, birlikte belirlenmiş olması veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan birinin usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemesi) veya ihtarın yararsız kalacağına anlaşılması halinde, yüklenicinin temerrüde düşmesi için arsa sahibinin ihtar göndermesine gerek kalmayacaktır¹⁵⁸. Bununla birlikte borçluya ihtarda bulunmanın dürüstlük kuralına göre alacaklıdan beklenmesinin söz konusu olmadığı durumlarda da ihtarla gerek kalmadan borçlu temerrüde düşmüş olacaktır¹⁵⁹.

Arsa sahibinin, yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi için teslim borcunun yerine getirilmesi hususunda, yükleniciye kural olarak ihtarda bulunmuş olması gerekecektir. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflar teslim borcunun ifa edileceği zamanı, genellikle belirli bir takvim günü şeklinde ya da belirli bir sürenin tayini ile bu sürenin dolduğu tarihte teslim edilmesi şeklinde birlikte kararlaştırdıklarından, TBK m. 117/2 gereği ihtarla gerek kalmayacaktır.

e. İfa Etmemenin Haklı Sebebe Dayanmaması

Borçlunun temerrüdü için, yüklenicinin kusuru şart değildir. Ancak borçlunun ifada gecikmesi, onun yükümlülüğüne objektif olarak aykırılık oluşturmuyorsa eş deyişle haklı sebebe dayanıyorsa temerrütten bahsedilemez.

¹⁵⁶ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuk Cilt I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 906; Eren 1093; Yalçınduran, s. 95.

¹⁵⁷ Yalçınduran, s. 95.

¹⁵⁸ Tandoğan, s.130, Kırmızı, s. 680; Aral/Ayrancı, s. 349; Yalçınduran, s. 96.

¹⁵⁹ Yüklenicinin işyerini terk etmesinde, eseri teslim etmeyeceğini açık ve kesin bir biçimde beyan ettiğinde, yüklenicinin arsa sahibinin ihtarda bulunmasına veya ihtarın kendisine ulaşmasına dürüstlük kuralına aykırı olarak davranışları ile engel olduğunda arsa sahibinden ihtarda bulunmasını beklenmeyecektir. Büyükay, s. 191.

Yüklenicinin ödemezlik def'ini ileri sürebildiği¹⁶⁰ (TBK m. 97 ve 98), arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü yahut gecikmenin arsa sahibine yüklenebilen sebeplerden veya beklenmeyen halden kaynaklandığı durumlarda, gecikme haklı sebebe dayandığından, ifa süresinin dolması yüklenicinin temerrüdüne yol açmaz¹⁶¹. Bu gibi durumlarda, inşaatın tamamlanması ve teslimi mümkünse, sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadıkça, teslim için öngörülen ifa süresi tarafların varsayılan iradelerine dayalı olarak, haklı gecikme süresi kadar uzamış sayılır¹⁶².

2. Temerrüdün Sonuçları

Eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü hakkında özel hüküm öngörülmediğinden ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa (karşılıklı) borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, yüklenici inşaatı tamamlama ve teslim borcunda temerrüde düşmüşse, bu konuda genel hükümlerde düzenlenen borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117-122 ve TBK m. 123 vd. hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla arsa sahibi TBK m. 125/1-2'de öngörülen seçimlik haklara göre; aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteyebileceği gibi, aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçerek borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı müspet zararını ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebilecektir.

Borçlu temerrüdüne düşen yüklenici, ayrıca TBK m. 118 ve 119 hükümlerine göre, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı arsa sahibinin uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu gibi beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan ve ifa imkânsızlığından da sorumlu olacaktır.

a. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı ve varsa Cezai Şartın Ödenmesini İsteme

TBK m. 125/1'e göre temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslimde temerrüde düşmüş olması halinde arsa sahibi aynen ifayı ve gecikme tazminatını

¹⁶⁰ Yüklenici def'ileri ileri sürdüğü sürece, teslim borcunun muaccel olması, geçici veya sürekli olarak askıya alınmakta ve yüklenici temerrüde düşmemektedir. Kurt, s. 153.

¹⁶¹ Aral/Ayrancı, s. 349; Yalçınduran, s. 94; Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012, s. 180.

¹⁶² Aral/Ayrancı, s. 349; Zevliler/Gökyayla, s. 483; Öz, Dönme, s. 172.

talep edebilir. Yüklenicinin teslim borcunu ifada temerrüdü halinde, arsa sahibi ona uygun bir süre vermeden de gecikmiş ifa ile gecikme tazminatı isteyebilir¹⁶³. Arsa sahibi süre verip de sürenin sonunda ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmezse, gecikmiş ifayı hala istediği karine olarak kabul edilir. Bununla birlikte, arsa sahibi süre verip de sürenin sonunda ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmemiş ve bu nedenle diğer olanakları kaybetmiş olsa bile, bu kayıp mutlak ve nihai değildir; alacaklı, borçluya, aynen ifada bulunması için ikinci bir süre tayin edebilir ve bu süre içinde de ifa gerçekleşmezse bu defa vakit kaybetmeden bildirimde bulunarak tazminat veya dönme seçeneklerinden birini tercih edebilir¹⁶⁴.

Aynen ifa, yüklenicinin bizzat ifaya zorlanması ve yüklenici dışındaki bir kişinin masrafı yükleniciye ait olmak üzere işi yapması (nama ifa) şekillerinde gerçekleştirilebilir. Aynen ifanın istenebilmesi yüklenicinin kusuruna bağlı değildir; yüklenici temerrüde düşmede kusursuz da olsa eser sözleşmesinde kararlaştırılan edimin ifası mümkün olduğu sürece iş sahibi temerrüde düşen yükleniciden edimin aynen ifasını zamanaşımı süresi içinde her zaman isteyebilir¹⁶⁵.

Arsa sahibinin TBK m. 113/1 hükmünden yararlanarak hâkimden işin kendisi tarafından yapılmasına veya üçüncü kişiye yaptırılması konusunda karar verilmesini talep edebilmesi (nama ifa/ikame ifa) mümkündür.

Arsa sahibi TBK m. 113/1 hükmüne göre nama ifa izni isterken, yüklenicinin nama ifa masraflarını peşin, yani avans olarak ödemeye mahkûm edilmesini de talep edebilir¹⁶⁶. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibine TBK m. 113/1 (BK m. 97) hükmünce nama ifa yetkisi verirken, iş sahibinin talebi üzerine, sözleşmeyle yükleniciye

¹⁶³ Zira aynen ifa ve gecikme tazminatı borçlu temerrüdünün TBK m. 118'de düzenlenen genel sonuçlarından olduğundan, iş sahibi, yükleniciye ek süre tayin etmeksizin de temerrüdün bu sonucundan yararlanabilir.

¹⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu, Altop, s. 957.

¹⁶⁵ Şahin, s. 239

¹⁶⁶ Eren, s. 1034.

"... Dava, BK'nın 97. maddesi gereğince, yüklenici adına nama ifaya izin verilmesine, gerekli masrafların avans olarak tespitine ve yükleniciye verilmesi gereken (9) nolu bağımsız bölümün satışı için davacı tarafa yetki verilmesine karar verilmesi istemiyle açılmış...

Borçlar Kanunu'nun 97/1. maddesi gereğince, bir şey yapma borcunu borçlu yerine getirmezse alacaklı, giderleri borçluya yükletilmek üzere, borcun kendisine yerine getirilmesine izin verilmesini isteyebilir, onun her türlü zarar ve ziyan davası hakkı da saklıdır. Bu yasa hükmüne göre, alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere, borcun kendisi tarafından ifasına, yani nama ifaya izin verilmesi isteminin mahkemece kabul edilebilmesi için şu koşulların birlikte gerçekleşmesi zorunludur: a.Öncelikle yanlar arasındaki sözleşmenin yürürlükte olması gerekir.

b.Yüklenici, ediminin ifasında borçlu temerrüdüne düşmüş olmalıdır (BK m. 101-107)

c. Nama ifaya izin, yanlar arasındaki sözleşmeye dayanılarak istenebileceğinden, borçlunun "yapma borcu" için nama ifa talep edilebilir. Yapma borcu olmayan işler için nama ifa istenemez. Nama ifaya izin istemi değerlendirilip hükümle sonuçlandırılırken mutlaka sözleşme hükümleri gözetilmeli ve karşı yanın da hakları korunmalıdır. Mahkemece, açıklanan bu yasal koşulların gerçekleşmiş olduğu saptanın ve nama ifaya izin talebi kabul edilirse; kurulacak hükümde, iznin hangi eksiklikler için verildiği ve bunların avans niteliğindeki tahmini tamamlama giderlerinin ne olduğu, tek tek açıklanıp gösterilmelidir. Eğer istenmişse, nama ifaya izin davasında tahmini maliyet gideri de avans olarak hüküm altına alınmalıdır..." Y. 15. HD. 06.02.2012 T., 2011/3280 E., 2012/609 K.

devredilmesi taahhüt edilmiş olan bağımsız bölümlerin işi tamamlama masraflarını karşılayacak kısmının üçüncü kişilere satılmasına da izin vermektedir; böylece işin arsa sahibi tarafından tamamlanması için gerekli finansman sağlanmaktadır¹⁶⁷.

Eseri bizzat tamamlayan ya da üçüncü bir kişiye tamamlatan arsa sahibi geciken ifa nedeniyle veya işin yüklenici tarafından bizzat yerine getirilmemiş olması nedeniyle, eserin tamamlanması için gerekli olan masraflar dışında başka zararlara uğramışsa TBK m. 113/1, c. son hükmü gereğince bu zararların tazminini de yükleniciden isteyebilecektir¹⁶⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan tazminatı talep hakkı TBK m. 112'ye dayanan bir haktır. Hükme göre; borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. TBK m. 125/2' de alacaklının, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini isteyebileceği veya sözleşmeden dönebileceği öngörülmüştür.

İstenebilecek gecikme tazminatı ise gecikme sebebiyle arsa sahibinin uğradığı tüm zararlar olup, uygulamada ise asgari olarak gecikilen her ay için mahrum kalınan rayiç kira geliri, yoksun kalınan kar kapsamında talep edilmektedir. Sözleşmede gecikme tazminatı belirlenmemiş olsa dahi, en az aylık rayiç kira seviyesinde gecikme tazminatının istenmesi mümkündür¹⁶⁹.

Eser sözleşmelerinde genellikle teslim tarihine uyulmaması halinde yüklenicinin bir cezai şart (ceza koşulu) ödeyeceği kararlaştırılmaktadır. Bu durum arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Teslim gününün geçirilmesiyle ceza işlemeye başlar; aksine anlaşma olmadıkça, cezai şartın işlemeye başlaması için yükleniciyi temerrüde düşürmek için gerekli ihtarın yapılmış olması gerekmez; gecikme cezasının ödenmesi için iş sahibinin gecikmeden dolayı bir zararının oluşması gerekmez (TBK m. 180/1)¹⁷⁰. Başka bir söyleyişle cezai şartın talep edilebilmesi için arsa sahibinin bir zarara uğraması ve zararı ispat etmesi gerekli değildir. Ancak aksi şart edilmedikçe, yüklenici gecikmede

¹⁶⁷ Kırmızı, s.684.

¹⁶⁸ Kurt, s. 208.

¹⁶⁹ Kırmızı, s.688, Y. 15. HD. 6.12.2011 T., 2011/515 E. 2011/7200 K.; Y.15. HD. 24.01.2011 T., 2009/6894 E., 2011/227 K.

¹⁷⁰ Tandoğan, 135.

kusuru bulunmadığını, gecikmenin kendisinden kaynaklanmadığını kanıtlayarak cezayı ödemekten kurtulabilir¹⁷¹.

Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez (TBK m. 182/2, c. 2)¹⁷².

Arsa sahibinin uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşyorsa arsa sahibi, yüklenicinin kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez (TBK m. 180/2).

Taraflar sözleşmede yüklenicinin yüklenimini gecikme ile yerine getirmesi hali için ceza koşulu kararlaştırmışlarsa, sözleşmenin tamamen yerine getirilmemesi (inşaatın kısmen yapılması) dolayısıyla fesih halinde ceza koşulu istenemez. Eş söyleyişle ifaya eklenen cezai şartın talep edilebilmesi için, sözleşme ilişkisinin sonlandırılmamış ya da ihtirazi kayıtla sonlandırılmış olması gerekir; aksi takdirde fer'i hak olan cezai şartın talep edilebilmesi mümkün değildir¹⁷³.

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, yüklenicinin gecikmeli ifasını çekincesiz olarak kabul etmiş olan arsa sahibi gecikme cezasını isteme hakkını kaybeder (TBK m. 179/2). Arsa sahibi söz konusu hakkından feragat niyetinde olmasa da açıkça saklı tutmadıkça, bu hakkı ortadan kalkar¹⁷⁴. Bunun gibi arsa sahibi bu haktan açıkça feragat ettiğinde de gecikme cezasını isteme hakkını kaybeder (TBK m. 179/2).

b. İfadan Vazgeçip Müspet Zararın Tazmini

TBK m. 125/2 hükmü karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının aynen ifadan vazgeçerek, müspet zararının tazminini isteme hakkını düzenlemektedir. Hükme göre; alacaklı, borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini isteyebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, aynen ifadan vazgeçip müspet zararının (borcun ifa edilmemesinden

¹⁷¹ Tandoğan, 135.

¹⁷² Büyükay, s. 214.

¹⁷³ “....Davacı-iş sahibi, ihtarında, ek sözleşmede belirtilen tarihlerde dahi asansörlerin yapım işinin tamamlanmadığından bahisle, sözleşmeyi feshettiğini bildirmiştir. Eldeki bu davada, eksik bırakılan işlerin yapım bedeli ile sözleşmedeki gecikme halinde ödenmesi kabul edilen cezai şartı istemiştir. Kural olarak, sözleşmeyi fesheden taraf BK'nın 96 ve 108. maddeleri hükmünce, menfi zararlarını isteyebilir. Menfi zarar, akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zarara ilişkindir. Sözleşmenin feshi halinde, sözleşme ortadan kalktığından sözleşmeye dayanılarak zarar istenemez. Bir başka anlatımla, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan müspet zarar fesih halinde talep edilemez. Eksik imalat bedeli akdin ifasına yönelik olumlu zarar niteliğinde olduğu gibi, akdin süresinde ifa edilmemesi nedeni ile kararlaştırılan ceza da ifaya ekli olup fesih halinde istenemez...” Y.15. HD. 5.12.2011 T., 2011/829 E. 2011/7161 K.

¹⁷⁴ Tandoğan, s. 136.

doğan zararın) tazminini isteyebilir. Bu durumda arsa sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmekle birlikte, sözleşmenin konusu değişmektedir. Arsa sahibi müspet zararını talep ettiğinde, taraflar karşılıklı edimleri yerine getirmekten kurtulmuş olacaktır. Müspet zarar sözleşme ifa edilseydi, uğranılmayacak olan zarardır. Bu zarar, fiili zararı ve kar mahrumiyetini içine alır¹⁷⁵.

c. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini

TBK m. 125/2-3 hükmü, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sözleşmeden dönerek, menfi zararının tazmini isteme hakkını düzenlemektedir. Hükme göre; sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse, alacaklı sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin edimini yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi, sözleşmeden dönerek, menfi zararının eş deyişle sözleşme hiç yapılmamış olsaydı içinde bulunacağı durumun tazminini isteyebilir. Bu halde, taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.

Sözleşmeden dönme, edimin ifasının alacaklı için faydasız bir hal aldığı veya tazminat istenmesi halinde de bunu yerine getirip getirmeyeceği şüpheli olan bir borçluya karşı alacaklıyı koruma amacı taşır. Sözleşmeden dönmenin amacı, sözleşme yapılmamış olsaydı, alacaklı hangi ekonomik durumda bulunacaksa o durumu sağlamaktır¹⁷⁶.

Dönme yenilik doğuran, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan hak olduğundan, karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına ihtiyaç göstermez. Muhatabına ulaşmakla hukukî sonuçlarını kendiliğinden doğurur. Fakat Yargıtay, eser sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını tek taraflı irade beyanı ile kullanılabileceğini kabul etmekle birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını ancak yüklenicinin kabulü ile kullanılabileceğine, yüklenici dönmeye muvafakat etmediği takdirde ise mahkeme kararıyla bu hakkını kullanılabileceğine istikrarlı bir biçimde hükmetmektedir. Buna göre yüklenici sözleşmenin

¹⁷⁵ Eren, s. 1116 vd

¹⁷⁶ Eren, s. 1119 vd.

sona erdirilmesini kabul etmezse, arsa sahibinin dava açması gerekecek, hakim dönme hakkının koşullarının bulunduğu sonucuna varırsa, borç ilişkisi mahkemenin vereceği bozucu yenilik doğuran bir kararla geriye, istisnai durumlarda ise ileriye etkili olarak sona erecektir¹⁷⁷.

5. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğu ve Arsa Sahibinin Hakları

a. Genel Olarak

Yüklenici eseri sözleşmede öngörülen vasıfları haiz olarak tamamlayıp, ayıpsız bir şekilde arsa sahibine teslim etmelidir¹⁷⁸. Şayet teslim edilen eser ayıplı ise, yüklenici ayıp sebebiyle arsa sahibine karşı sorumlu olacaktır¹⁷⁹.

b. Yüklenicinin Ayıp Nedeniyle Sorumluluğunun Şartları

1. İnşaata Teslim Edilmiş Olması

Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun doğması için öncelikle, sözleşme konusu inşaatın tamamlanmış ve arsa sahibine teslim edilmiş olması gereklidir. Tamamlanmamış inşaat noksan olacağından ve edimin ifası amacıyla teslim edilemeyeceğinden, böyle bir inşaatın ayıplı olmasından bahsedilemez.

Bilindiği üzere, noksan inşaat ile ayıplı inşaat birbirinden farklı kavramlardır. Noksan inşaat bina tamamlanmamıştır. Ayıplı inşaat ise bina tamamlanmış olmakla

¹⁷⁷ "...Kural olarak, eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı olmadığı için, bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran hak kendiliğinden, hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden, TMK'nın 706., BK'nın 213., Noterlik Kanunu'nun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkmıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır. O halde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir." Y. 15 HD., 14.4.2008 T., 2007/1276 E., 2008/2431 K.

¹⁷⁸ Büyükkay, s. 90.

¹⁷⁹ "...Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine isabet eden bağımsız bölümleri yükleniciden teslim alıp kabul ettikten sonra üçüncü kişiye satmış ise, bu durumda kural olarak yeni malik yükleniciye karşı hiçbir talepte bulunamaz, çünkü yüklenici edimini arsa sahibine karşı yerine getirip inşaatı teslim etmekle borcundan kurtulur. Üçüncü kişi satın ve teslim aldığı inşaatın bazı ayıpların bulunduğunu saptarsa ancak satıcısı arsa sahibinden satış sözleşmesi nedeniyle ayıba karşı tekkeffül hükümlerine dayanarak süresinde istemde bulunabilir. Bu durumda mahkemece, davacının, davaya konu bağımsız bölümleri inşaat aşamasında mı, yoksa inşaatın bitim tarihinde mi satın aldığı belirlenip, inşaat aşamasında satıldığına tespiti halinde arsa sahibi M.'nin 18.08.2006 tarihli arsa payı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan haklarını dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 163. maddesi gereğince yazılı olarak davacıya temlik edip etmediği araştırılıp varsa yazılı temlik sözleşmesinin sunulması sağlandıktan sonra yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda sonuca gidilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır..." Y. 23. HD., 12.9.2013 T., 2013/3327 E., 2013/5337 K.

birlikte sözleşmede kararlaştırılan vasıfları taşımamaktadır¹⁸⁰. Yargıtay'da bu ayrımı kabul etmiş ve ayıplı iş ile eksik iş için farklı sonuçlar öngörmüştür¹⁸¹.

İnşaatta ufak tefek ayıpların bulunması, inşaatın teslim alınmamasını haklı kılmaz. Bu durumda arsa sahibinin inşaatı teslim almaktan kaçınarak, yükleniciyi temerrüde düşürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir.

Yüklenicinin ayıplı ifadan kaynaklanan sorumluluğu, inşaatı teslim borcunun tamamlayıcısıdır¹⁸². Teslimle beraber arsa sahibinin fiili hâkimiyetine geçen inşaatı kontrol ve sözleşmeye uygun olarak inşa edilip edilmediğini tespit imkânı doğar. Kontrol neticesinde inşaatın ayıplı olduğu anlaşılırsa arsa sahibi TBK m. 475 hükmüne dayanarak yüklenicinin sorumluluğuna gidebilir.

2. İnşaatın Ayıplı Olması

Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğuna başvurulabilmesi için inşaatın ayıplı olması gerekmektedir. Teslim edilen inşaat, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerle birlikte açıkça veya örtülü olarak öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli nitelikleri de taşımalıdır. Sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri ve sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli nitelikleri taşımayan inşaat ayıplı sayılır¹⁸³. Bunun gibi dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken niteliklerin meydana getirilen inşaatın bulunmaması da inşaatın ayıplı olduğu anlamına gelir¹⁸⁴. Bu husus Yargıtay içtihatlarında da vurgulanmıştır¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Atamulu, s. 70.

¹⁸¹ "...Uygulamada, ayıp, gizli-açık ayıp ayırımına da tabi tutulmaktadır. Gizli ayıp, eserin tesliminden sonra genellikle kullanım sonucu kendini gösteren ve o eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olmaması gereken farklılıklardır. Açık ayıp ise yine sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre eserde olması gerektiği halde fiilen mevcut olmayan vasıf eksikliğidir. Ancak bunlar eserin iş sahibine teslimi sırasında kolaylıkla görülebilir. Bu özelliğinden dolayı arsa sahibinin yapılan şeyi teslim aldıktan sonra işin mutad seyrine göre muayene etmesi ve açık ayıpları yükleniciye bildirmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Eksik işler ise hiç yapılmamış iş olduğundan bunların teslimi ve muayenesi söz konusu edilemeyeceğinden eksik işler bedeli zamanasımı süresince istenebilir..." Y. 15. HD. 21.6.2004 T., 2003/6321 E., 2004/3464 K.

¹⁸² Kanber, Kemal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatındaki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 1997/3, s. 37.

¹⁸³ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 121;

"...Eserdeki ayıbın ne olduğu ve iş sahibinin hakları Borçlar Kanununun 360. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre şayet meydana getirilen eser iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya sözleşmede kararlaştırılan koşullara aykırı ise o eser ayıplıdır. Eserin ayıplı halinde iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları olan; eseri kabulden kaçınma, ayıplı işten uygun bir bedel indirimini veya ayıpların giderilmesini isteme yetkisine sahiptir. Kuşkusuz eserin açık veya gizli ayıplı olması durumunda BK'nın 359. ve 362. maddelerinde öngörülen ayıbın iş sahibi tarafından yapılması gerekir..." Y. 14. HD. 16.1.2012 T., 2011/14460 E., 2012/257 K.

¹⁸⁴ Tandoğan, s. 161; Gümüş, s. 49; Şenocak, s. 93; Kurt, s. 85;

¹⁸⁵ "...Eserdeki ayıp, sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfların meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Ayıbın bir ayrımı da, açık-gizli ayıp olarak yapılmaktadır. Eserdeki açık ayıpların B.K.nun 359 uncu maddesi gereğince imar olunan şeyin teslim edildikten sonra iş sahibi tarafından işlerin mutad cereyanına göre imkan bulunur bulunmaz yükleniciye bildirilmesi gerekir. Gizli ayıplar ise, yapılan şeyin kullanımı sırasında ve zaman içinde

İnşaatin ayıplı olması halinde, yüklenici edimini yerine getirmiş olduğundan, yüklenicinin temerrüt sebebiyle sorumluluğuna gidilemez. Çünkü ayıplı ifa halinde, yüklenici edimini gereği gibi olmasa da ifa etmiştir¹⁸⁶.

Yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bir malzeme yerine daha niteliklisini fazladan bedel talep etmeksizin kullanması halinde dahi eser teknik olarak ayıplıdır¹⁸⁷. Bu gibi durumlarda yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna gidilebilmesinin gerekçesi; arsa sahibinin sadece sözleşmede kararlaştırılan vasıftaki bir binaya sahip olmak istediğinin kabulüdür. Arsa sahibi kararlaştırılardan daha vasıfsız yahut daha vasıflı bir bina talep etmemektedir. Arsa sahibinin menfaati, ancak sözleşmeye uygun bir binanın kendisine teslim edilmesiyle gerçekleşir.

Binadaki ayıplar açık-gizli ayıp, maddi-hukuki ayıp, önemli-önemsiz ayıp ve asli-tali ayıp şeklinde çeşitli tasniflere tabi tutulabilir¹⁸⁸.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamının belirlenmesinde ayıbın açık-gizli olması farklı sonuçlar doğurur. Açık ayıplar, arsa sahibinin binanın teslimini takiben yapacağı dikkatli ve özenli bir gözden geçirme sonrasında bütün kapsamı ve önemi ile görebileceği ve anlayabileceği ayıplardır¹⁸⁹. Eş söyleyişle, açık ayıplar, binanın arsa sahibine teslimi anında binada var olan ve arsa sahibinin gözle görüp, dokunma ile fark edebileceği ayıplardır. Binanın dış cephesinde, iç kısımlarında, kapısında, penceresinde gözle görülür eksiklikler yahut mutfak dolaplarında kullanılan malzemenin açıkça kararlaştırılardan farklı vasıfta olması açık ayıba örnektir. TBK m. 474/1'de belirtildiği üzere açık ayıplar, teslimden sonra imkân bulunur bulunmaz yükleniciye bildirilmezse, bu ayıplar sebebiyle yüklenicinin sorumluluğuna gidilemez. Yargıtay içtihatlarında da açık ayıpların teslimden hemen sonra yükleniciye ihbar edilmesi gerektiği, süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığında, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğundan kaynaklanan

ortaya çıkacağından Borçlar kanununun 562 nci maddesi uyarınca öğrenilir öğrenilmez yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Aksi takdirde yüklenici gerek açık gerekse gizli ayıplı işlerin mesuliyetinden kurtulur. Eksik iş ise, ayıplı işten farklıdır. Eksik iş, işin yapılmayan bölümü sayılacağından, eksik işin varlığı halinde ayıp ihbarı gerekmez...." Y. 14. HD. 25.10.2011 T., 2011/10346 E., 2011/12661 K.

¹⁸⁶ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 121.

¹⁸⁷ Erman s. 122. Turanboy' a göre kararlaştırılan niteliklerin üzerinde bir eser oluşturulmuşsa eser ayıplı sayılmaz. Turanboy, Asuman, "Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, s. 159

¹⁸⁸ Çalışma konumuz bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sona ermesinde önemli olan ve uygulamada daha geniş yer tutan açık-gizli ayıp kavramlarına değinmekle yetineceğiz. Eserdeki ayıbın tasnifi hakkında detaylı bilgi için bkz. Uçar, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 129 vd.

¹⁸⁹ Uçar, s. 130; Canbolat, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009, s. 76

hakların kullanılamayacağı belirtilmiştir¹⁹⁰. Gizli ayıplar, eserin teslimi anında olağan bir inceleme sonucu anlaşılmayan, özel ve teknik inceleme neticesinde veya zaman içerisinde kullanım sonucu ortaya çıkan ayıplardır¹⁹¹. Binanın ısı yalıtımının, mozaik taşlarının, alt yapısının sözleşmede kararlaştırıldığı gibi olmadığının sonradan anlaşılmasını yahut döşenen parkenin kararlaştırıldan farklı olduğu için kabarma yapmasının gizli ayıplardan olduğu Yargıtay içtihatlarında belirtilmiştir¹⁹². Açık ayıpların aksine gizli ayıplar için binanın teslim edilmiş olmasına rağmen derhal ayıp ihbarında bulunulmamış olması yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (TBK m. 477/1). Ancak sonradan ortaya çıkan ayıbın arsa sahibi tarafından gecikmeksizin yükleniciye bildirilmesi gerekir; bildirilmezse bina kabul edilmiş sayılır. (TBK m. 477/3).

Ayıp yüklenicinin kullandığı yardımcı şahıslar ve yapının bazı kısımlarını inşa eden alt yüklenicilerin çalışmalarından kaynaklansa da arsa sahibi ayıp nedeniyle yine TBK m. 474 hükmünden yararlanarak yükleniciyi sorumlu tutabilecektir¹⁹³.

3. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfeti Yerine Getirilmiş Olması

Arsa sahibi, binanın tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz binayı gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Arsa sahibi gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır (TBK m. 477). Arsa sahibinin yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurabilmesi için binanın gözden geçirilmesi ve ayıp bildiriminin yapılmış olması gerekmektedir; aksi takdirde yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğuna başvurulabilmesi, gizli ayıplar ve yüklenicinin kasten sakladığı ayıplar dışında kural olarak mümkün olmayacaktır¹⁹⁴.

Gözden geçirme, binanın sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri veya sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, normal bir binada bulunması gereken unsurları taşıyıp taşımadığını tespit amacıyla yapılan incelemedir¹⁹⁵. Arsa sahibi binayı uzman bir kişiye incelemek zorunda değildir. Arsa sahibinin kendisinden beklenebilecek özeni göstererek,

¹⁹⁰ "...Ayıp, bir malda sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozukların bulunmasıdır. Gözle görülebilir ayıplar açık ayıplardır. Açık ayıpların teslimden hemen sonra yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Gözden geçirme ile tespit edilemeyen ayıplar ise gizli ayıplardır. Bu nevi ayıpların da öğrenilir öğrenilmez ihbar edilmesi gerekir. Süresinde ayıp ihbarında bulunulmazsa iş sahibi yasadan kaynaklanan haklarını da kullanamaz..." Y. 15. HD. 21.11.2007 T., 2007/7141 E., 2007/7376 K.

¹⁹¹ Büyükay, s. 99.

¹⁹² YHGK 27.3.1991 T., 1990/15-554 E., 1991/159 K.; Y. 15. HD. 14.1.2013 T., 2012/7336 E., 2013/82 K.

¹⁹³ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 121.

¹⁹⁴ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 127.

¹⁹⁵ Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 145-146.

binayı incelemesi, gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesi bakımından yeterlidir¹⁹⁶. Bunun yanında taraflardan her biri TBK m. 474/2 hükmü gereği bedelini kendisi karşılamak şartıyla, binanın bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve neticenin bir raporla tespitini isteyebilir.

TBK m. 474/1 hükmünden kaynaklanan gözden geçirme ve bildirim külfeti, arsa sahibi açısından bir borç niteliğinde değil; ayıp sebebiyle sorumluluktan doğan haklardan yararlanabilme koşuludur.

Arsa sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfeti inşaatın teslimi ile başlamaktadır. Sözleşmede kısmi teslimler öngörülmüşse, teslim edilen her kısım için ayrı ayrı gözden geçirme ve bildirim külfeti söz konusu olur¹⁹⁷.

TBK m. 474' de yer alan gözden geçirme yükümü eserdeki açık ayıplar bakımından söz konusu olur; buna karşılık eserdeki gizli ayıplar ve yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar hakkında arsa sahibinin gözden geçirme yükümlüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Gizli ayıp zaten niteliği gereği olağan bir muayene ile anlaşılabilen ayıp olduğundan, ileride ortaya çıktığında yükleniciye bildirilecektir¹⁹⁸ (TBK m. 477/3).

Arsa sahibinin TBK m. 475' de öngörülen haklarını kullanabilmesi için ayıpları yükleniciye zamanında bildirmesi gerekir. Ayıp ihbarı basit bir gözden geçirme ile anlaşılabilen açık ayıplar ve sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar için yapılmalıdır. Buna karşılık yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar bakımından, bunlar ister açık, ister gizli ayıp olsun, arsa sahibinin ihbar yükümünü zamanında yerine getirmemesi TBK m. 475'de düzenlenmiş olan ve yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğundan kaynaklanan hakların ortadan kalkmasına neden olmaz¹⁹⁹.

Gözden geçirmenin ne kadar zamanda yapılması gerektiğine dair açık hüküm bulunmamakla birlikte, TBK m. 474/1'de "işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz" ifadesi ile çerçeve bir düzenleme getirilmiştir. Süre tayini somut olayın özelliğine göre hâkimin takdirine bırakılmıştır. Yargıtay içtihatlarında inşaatın niteliğine ve somut olayın özelliklerine göre teslimden itibaren on iki²⁰⁰ ve on yedi²⁰¹ gün geçtikten sonra yapılan ayıp bildirimlerinin makul sürede olduğu belirtilmiştir. Ancak teslimden kırk

¹⁹⁶ Seliçi, s. 147.

¹⁹⁷ Tandoğan, s. 169; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 131.

¹⁹⁸ Kırmızı, s.695.

¹⁹⁹ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 134.

²⁰⁰ Y. 15. HD. 20.1.1994 T., 1994/452 E., 1994/171 K.

²⁰¹ Y. 15. HD. 10.3.1983 T., 1983/497 E., 1983/504 K.

gün²⁰² sonra gerçekleştirilen gözden geçirme ve ayıp bildiriminin makul sürede yapılmadığına karar verilmiştir.

Ayıp bildirim şekle tabi değildir. Yazılı veya sözlü yapılabilir. Hatta Yargıtay bir kararında²⁰³ e-maile yapılan ayıp ihbarının, geçerli bir ihbar olduğunu kararlaştırmıştır. Ancak ispat açısından ihbarın telgraf, taahhütlü mektup veya noter aracılığıyla yapılması, uyumsuzluk çıkması halinde, ayıp nedeniyle sorumluluk hükümlerinden faydalanılabilmesi için arsa sahibine kolaylık sağlayacaktır²⁰⁴.

c. Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluktan Doğan Hakları

Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibinin seçimlik hakları TBK m. 475 hükmünde düzenlenmiş olup, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve somut olayın özelliklerine göre kıyas yoluyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır²⁰⁵.

1. Genel Olarak

TBK 475/1 hükmü, eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibinin kullanabileceği seçimlik hakları düzenlemektedir. Bu seçimlik haklar; sözleşmeden dönme, bedel indirimi isteme ve ayıbın giderilmesini (bedelsiz onarım) isteme hakkıdır.

Bu haklar, geri alınamaz ve yenilik doğuran hak niteliğinde²⁰⁶ olup, tek taraflı, varması gerekli, geçerlilik şekline tabi olmayan, açık veya örtülü²⁰⁷ bir irade beyanı ile kullanılır.

Maddede sayılan seçimlik hakların amacı, edimler arasında sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ve ayıplı ifa ile bozulan synallagmatik dengenin yeniden sağlanmasıdır. Bu nedenle söz konusu hakların kullanılması yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir²⁰⁸.

²⁰² Y. 15. HD. 25.5.1987 T., 1986/4443 E., 1987/2341 K.

²⁰³ "...Somut olayda davalı şirket adına gönderilen e-mailin ayıp ihbarı niteliğinde olduğu, yüklenici tarafından bu e-maile karşılık olarak aynı tarihte gönderilen e-maile ayıp iddialarının kabul edildiği dikkate alınmadan ve davalı tarafların tanıkları dinlenmeden ayıp ihbarının süresinde yapılmadığı ve yazılı olmadığı gerekçesiyle bu savunma dikkate alınmayıp karar verilmesi doğru olmamıştır..." Y. 15 .HD. 31.10.2012 T., 2012/6364 E. 2012/6664 K.

²⁰⁴ Turanboy, s. 165, Kanber, s. 366.

²⁰⁵ Kırmızı, s. 697

²⁰⁶ Şenocak, s. 33

²⁰⁷ Gümüş, s. 60.

²⁰⁸ Şenocak, s. 33.

Arsa sahibi TBK m. 475/1'deki seçimlik hakları zamanaşımı süresi içinde kullanabilir; burada TBK m. 125'de düzenlenen borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklıya tanınan seçimlik hakların kullanılmasında olduğu gibi süreler söz konusu değildir. Arsa sahibi yaptığı ayıp ihbarında TBK m. 475/1'deki seçimlik haklarından hangisini kullandığını yükleniciye bildirebilir²⁰⁹.

2. Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

Eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa, iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabileceği gibi, sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir (TBK m. 475/1, b. 1).

Eserin, iş sahibine ait taşınmaz üzerinde yapılmış olmasının ve sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurması durumlarında iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağına dair TBK m. 475/3 hükmü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Şayet arsa üzerindeki yapının sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuruyorsa, arsa sahibi dönme hakkını kullanamayacak, hükümde sayılan diğer haklardan birisini kullanabilecektir.

a. Ayıbın Arsa Sahibinin Kabule Zorlanamayacağı Derecede Önemli Olması

İnşaattaki ayıp, inşaatı arsa sahibi açısından kullanılamayacak bir duruma getiriyorsa sözleşmeden dönülebilecektir. Burada aranan söz konusu ayıbın inşaatı tamamen ve kesin olarak kullanılamayacak hale getirmesidir. Ayrıca, inşaatteki ayıp çok büyük masraflar gerektirmeyen bir onarımla giderilebilecekse, sözleşmeden dönme yoluna gidilemeyecektir²¹⁰.

Arsa sahibinin hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı derecede bir inşaat karşısında bulunulup bulunulmadığı, somut olayın koşulları göz önüne alınarak, tarafların karşılıklı çıkarlarının hakkaniyete göre tartılması suretiyle belirlenir. Sözleşmede açıkça belirtilen niteliklerin inşaatı bulunmaması halinde de dürüstlük kurallarına uygun olarak değerlendirme yapılmalı ve arsa sahibinin inşaatı kabul etmesinin gerekip gerekmediği araştırılmalıdır²¹¹.

²⁰⁹ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 141.

²¹⁰ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 134.

²¹¹ Tandoğan, s. 181; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 144; Aral/Ayrancı, s. 360

b. Yapının Yıkılmasının ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zararı Gerektirmemesi

İş sahibi, TBK m. 475/1, b. 1 hükmünden kaynaklanan sözleşmeden dönme hakkını, eserin, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olması ve sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurması durumlarında kullanamayacaktır (TBK m. 475/3).

İnşaattaki ayıp, TBK m. 475/1, b. 1 kapsamına girecek şekilde önemli nitelikte değilse, dönme hakkı kullanılamayacağı için TBK m. 475/3 hükmünün uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık yapıdaki ayıp TBK m. 475/1, b. 1 kapsamına girecek şekilde önemli ise bu durumda sözleşmeden dönebilmek için ayrıca TBK m. 475/3 hükmünde öngörülen şartların varlığı aranacaktır²¹². Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin karakteristik özelliğini ve inşa edilen yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracağını göz önüne aldığımızda, arsa sahibi, ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine başvurduğunda, dönme hakkını kullanamayabilir.

TBK m. 475/3 hükmünün getirilmesindeki temel amaç yaratılmış olan değer in korunması ilkesidir; ayrıca bu hükümle sözleşmeden dönme nedeniyle yüklenicinin aşırı zarara uğraması da önlenmektedir²¹³.

Yargıtay iş sahibinin arsası üzerine yapılan yapının iş sahibinin kullanamayacağı ve adalet kavramına göre kabule zorlanamayacağı oranda kusurlu (ayıplı) olması halinde BK m. 360/1 (TBK m. 475/1) uygulanarak sözleşmenin feshedilebilmesini ve binanın yıktırılıp yükleniciden tazminat istenebilmesini kabul etmektedir²¹⁴. Yapıdaki ayıplar kullanmayı tamamen engelliyorsa, eserin değerini büyük ölçüde ortadan kaldırıyorsa, tehlikeli bir durum yaratıyorsa iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir²¹⁵.

Ayıptan kaynaklanan sorumluluk hükümleri, tamamlanmış ve teslim edilmiş eserler bakımından uygulama alanı bulacağından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin ayıp sebebiyle genellikle dönme hakkını kullanması mümkün olmayacaktır²¹⁶. Arsa sahibi yapıdaki ayıpların TBK m. 475/1, b. 1 kapsamına girecek şekilde önemli nitelikte olduğunu ispatlamak zorundadır; buna karşılık yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracağını ispat yükü yüklenicidedir²¹⁷.

²¹² Kırmızı, s. 699.

²¹³ Tandoğan, s. 183; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 145.

²¹⁴ Y. 15. HD. 12.3.1980 T. 1980/268 E. 1980/613 K.

²¹⁵ Erman, Arsa Payı, 2010, s.145.

²¹⁶ Erman, Arsa Payı, 2010, s.146.

²¹⁷ Erman, Arsa Payı, 2010, s.146.

3. Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı

Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibinin kullanabileceği diğer bir hak da eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkıdır (TBK m. 475/1, b. 2).

Bedel indirimi hakkı iş sahibinin tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullandığı değiştirici yenilik doğurucu bir haktır²¹⁸. Bu hakkın kullanılmasıyla eser sözleşmesinin muhtevası değişikliğe uğrar; iş sahibinin borçlandığı ücret, eserdeki kıymet noksanı oranında daha düşük bir miktara iner²¹⁹.

Bedel indirim hakkı dava dışında da kullanılabilir; bu hakkın iş sahibinin yükleniciye ulaşan tek taraflı irade beyanıyla ileri sürülmesi indirimin gerçekleşmesi için yeterlidir; bu beyan herhangi bir şekle tabi değildir; ayrıca yüklenicinin rızasına veya mahkemenin yenilik doğurucu bir karar vermesine gerek yoktur²²⁰. Mahkeme yalnızca tarafların uyumsuzluğu halinde indirim tutarının doğru hesaplanıp hesaplanmadığını tespitle yüklenicinin ücretin ödenmesine ilişkin davasını kısmen veya tamamen reddedecektir.

Bedelin indirilmesi hakkının kullanılması için ayıptan kaynaklanan sorumluluğun genel şartlarından başka ayıplı eserin değerinin, ayıpsız haliyle taşıyacağı değerden (piyasa satış değeri) objektif olarak daha düşük olması şartının da gerçekleşmiş olması gereklidir²²¹.

İndirilecek tutarın hesaplanmasında satış sözleşmesinde satış bedelinden indirilecek tutarın hesaplanmasında olduğu gibi *nispi metodun*²²² uygulanması gerektiği kabul edilmekte ve buna göre hesaplananın; “*Ödenecek (indirilmiş) Ücret=Kararlaştırılan Ücret x Ayıplı değer/Ayıpsız değer*” formülüne göre yapılacağı kabul edilmektedir.

Ücret indiriminin diğer yöntem olan *mutlak yöntemle* hesap edilmesi halinde, ücretten herhangi bir orantıya gitmeden teslim edilen eserdeki değer eksikliği tutarında bir indirim yapılmaktadır²²³.

Özellikle inşaat işlerinde Yargıtay'ın genellikle uyguladığı yöntem, ayıbın giderilmesi için yapılacak masrafların esas alınması yöntemidir. Buna göre, değer düşüklüğü, ayıpları giderme masraflarına göre hesaplanmaktadır; ancak bu yöntemin uygulanabilmesi için ayıbın giderilmesinin mümkün olması gerekir; eğer ayıbın

²¹⁸ Tandoğan, s. 186; Yavuz/Acar/Özen, 10. Bası, s. 462; Büyükay, s. 131.

²¹⁹ Şenocak, s. 57.

²²⁰ Şenocak, s. 58.

²²¹ Tandoğan, s. 188; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 150.

²²² “TBK m. 475/I b. 2 ayıp oranında demekle nispi metoda işaret etmiştir” açıklama için bkz. Gümtüş, s. 63-64.

²²³ Şenocak, s. 63.

giderilmesi mümkün değilse bedel indiriminin nispi yöntem uygulanarak hesaplanması zorunlu olmaktadır²²⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise arsa sahibinin edimi bedel olarak belirlenmediğinden, TBK m. 475/1, b. 2'de öngörülen bedelde indirim hakkı, ayıplı ifa oranında yüklenicinin hak edeceği arsa payının arsa sahibi tarafından indirilmesi suretiyle kullanılacaktır.

4. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı

Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibinin kullanabileceği diğer hak ise, aşırı masraf gerektirmediği takdirde, masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkıdır (TBK m. 475/1, b. 3).

Eserde bulunan ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın arsa sahibinin sözleşmeden dönmesini haklı gösterecek derecede bir ağırlığının olmaması ve aşırı bir masrafı gerektirmemesi halinde arsa sahibi, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkını kullanabilecektir. Bu hakkın kullanılabilmesi için, eserin teslim edilmiş ve ayıplı olması, eseri gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmiş olması, eserdeki ayıbın iş sahibine isnat edilememesi şeklindeki genel şartların da gerçekleşmiş olması gerekir²²⁵.

Eserde bulunan ayıbın giderilmesinin aşırı bir masrafı gerektirmesi ve eserdeki ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olmaması durumlarında bu hakkın kullanılması söz konusu olmayacaktır²²⁶.

Ayıbın giderilmesini talep hakkı arsa sahibine tanınmış bir hak olup, yüklenicinin (sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa) kendiliğinden böyle bir yola gitme hakkı yoktur; buna karşılık, arsa sahibi ayıbın giderilmesi yoluna gittikten sonra, bu beyanından tek taraflı olarak geri dönüp diğer seçimlik haklarını da kullanamaz²²⁷.

Yüklenicinin ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibi ona uygun bir süre verir ve bu süre içinde de ayıp giderilmezse, süre sonunda arsa sahibi TBK m. 125' deki seçimlik hakları eser sözleşmesinin özellikleri göz önünde

²²⁴ "...Durum böyle olunca yukarıda açıklanan doğrultuda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve ilkin, yanlar arasında kurulan eser sözleşmesinin konusu nesnenin (şeyin) ayıpsız objektif değeri ve sonra ayıplı objektif değeri belirlenmeli ve "nisbi metod" uygulanarak eser ücretinden indirilmesi gereken tutar, böylece bilirkişiler tarafından ortaya konulmalıdır..." Y. 15. HD, 23.10.1976 T., 1976/1644 E., 1976/3316 K.

²²⁵ Şenocak, s. 37.

²²⁶ Zevkililer/Gökyayla, s. 522.

²²⁷ Tandoğan, s. 193; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 154.

bulundurarak kullanabilir²²⁸. Buna göre arsa sahibi her şeyden önce ifada yani ayıbın giderilmesinde (eserin onarılmasında) ısrar edebilir; bunun yerine ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönüp menfi zararının tazmini isteyebilir; ancak sözleşmeden dönme hakkını TBK m. 475/1, b. 1 ve m. 475/3 ' teki şartların gerçekleşmiş olması halinde kullanabilir²²⁹.

5. Tazminat Hakkı

TBK m. 475/2 hükmüne göre iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. Buna göre arsa sahibi, edimini gereği gibi yerine getirmeyen (ayıplı eser teslim eden) yükleniciden, ayıplı ifadan doğan zararlarının giderilmesini genel hükümlere göre isteyebilir. (TBK m. 112) Yüklenici, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, arsa sahibinin, ayıplı ifadan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

d. Yüklenicinin Ayıptan Kaynaklanan Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller

1. Ayıbın Arsa Sahibine Yüklenecek Bir Sebepden Doğması

Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, arsa sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple arsa sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz (TBK m. 476). Burada ispat yükü yükleniciye ait olup, ayıbın arsa sahibine yüklenebilecek bir sebepten meydana geldiğini, uyarma ve bildirim yükümünü yerine getirdiğini ya da böyle bir uyarma ve bildirim yükümü bulunmadığını kanıtlamalıdır²³⁰.

2. Eserin Kabulü

Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur (TBK m. 477/1).

Eserin kabulü, eserin teslimi olayından farklı bir kavram olup iş sahibinin yüklenicinin yaptığı işin sözleşmeye uygun olduğuna ve ayıp iddiasında bulunmayacağına ilişkin bir irade açıklamasıdır²³¹. Kabul beyanı karşı tarafa varmakla hukuki sonuç doğuran ve onun onayına bağlı olmayan, tek taraflı bir irade açıklamasıdır. Bu beyan açık ya da

²²⁸ Aral/Ayrancı, s. 363.

²²⁹ Tandoğan, s. 199; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 156.

²³⁰ Şenocak, s. 137; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 162.

²³¹ Tandoğan, s. 217; Erman, Arsa Payı, 2010, s. 163.

örtülü olabilir. Kabul beyanının hukuki sonucu ise, eserde bulunabilecek ayıplara rağmen, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmiş sayılmasıdır²³².

Eserin arsa sahibi ya da onun yetkili temsilcisi tarafından kabul edilmesi gerekir. Eserin arsa sahibi ya da onun yetkili temsilcisi tarafından kabul edildiğini ve ayıp nedeniyle sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığını ispat yükleniciye düşmektedir²³³.

Arsa sahibinin eseri kabul etmesi ile yüklenicinin açık ayıplar bakımından sorumluluğu sona ermekte, gizli ayıplar ya da yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplar bakımından ise sorumluluğu devam etmektedir²³⁴. Yüklenici kendisi tarafından bilinen ve öğrenildiği takdirde arsa sahibince de ihbarsız bırakılmayacağı kabul edilen ayıpları saklarsa, kasten gizlemenin unsurları gerçekleşmiş olur. Buna karşılık yüklenici hal ve şartlara göre (piyasa durumu, sıkı şahsi ilişkiler vs.) arsa sahibinin ayıpları öğrenmesi halinde bunlara aldırmayacağını ümit edebilecek durumdaysa gizleme kasten değildir. Yüklenici kasten gizlemeyle yetinmeyip aksine arsa sahibini ayıpların varlığı üzerinde yanıltacak önlemler almışsa, bu takdirde sadece bildirme süresinin değil aynı zamanda TBK m. 478'deki zamanaşımı süresinin de uygulanmayacağı kabul edilmektedir²³⁵.

Eserin teslimi sırasında ilk bakışta görülebilen veya usulüne uygun bir muayene sonucu fark edilebilen ayıplar (açık ayıplar) bakımından arsa sahibinin eseri açıkça veya zımnen kabul etmesiyle yüklenici sorumluluktan kurtulur; arsa sahibi açısından da bu ayıplardan doğan haklar düşer. Eserin teslimi sırasında ilk bakışta görülemeyen ve usulüne uygun bir muayene ile de ortaya çıkarılamayacak olan ayıplar (gizli ayıplar) ise, eserin tesliminden sonra ortaya çıkarsa ve arsa sahibi bu ayıbı öğrenince durumu derhal yükleniciye bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır (TBK m. 477/3) . Dolayısıyla gizli ayıplar bakımından ayıptan doğan seçimlik haklarını, ayıp sonucu oluşan zararlarını tazminini isteme hakkını kaybeder; buna karşılık yüklenicinin kötü niyetle sakladığı ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder²³⁶.

Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Arsa sahibinin kabulüyle ayıptan doğan bütün seçimlik hakları ve ayıp sonucu oluşan zararın tazminini istemek hakkı düşer. Ancak arsa sahibi eseri kabul

²³² Erman, Arsa Payı, 2010, s. 163.

²³³ Büyükay, s. 106.

²³⁴ Aral/Ayrancı, s. 357.

²³⁵ Becker, Herman, Arsa Payı, 2010, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çeviren Dr. A. Suat Dura, Yargıtay Yayınları No:24, s. 622.

²³⁶ Tandoğan, s. 220.

ederken bazı haklarını, örneğin bazı ayıpların giderilmesini talep etme hakkını saklı tutmuş olabilir. Ayrıca arsa sahibinin ayıba ilişkin olmayan hakları, örneğin geç teslim nedeniyle tazminat isteme hakkı da kabulden etkilenmez²³⁷.

e. Zamanaşımı

Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK m. 478).

TBK m. 478 hükmü arsa payı inşaat sözleşmelerine uygulandığında da, yüklenici ayıplı bir yapı meydana getirdiğinde, arsa sahibi tarafından bu sebeple açılacak dava hakkı, teslim tarihinden başlayarak beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

B. ARSA SAHİBİNİN BORÇLARI VE SORUMLULUĞU

1. Arsa Payını Devir Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yüklenicinin asli borcu olan bina inşası ve teslimine karşılık, arsa sahibinin asli borcu da sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye ya da onun göstereceği üçüncü kişilere devretmektir²³⁸.

Arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye ya da onun göstereceği üçüncü kişilere ne zaman devretmesi gerektiği konusunda öncelikle sözleşme hükümlerine bakmak gerekir. Sözleşmede bu konuda bir tarih belirlenmiş olacağı gibi inşaatın belirli aşamalarında belirlenen arsa paylarının devri (kademeli devir) de öngörülmüş olabilir. Sözleşmede belirlenen tarihin gelmiş olması ya da inşaatın belirli aşamaya gelmiş olmasına rağmen arsa sahibinin arsa paylarının belirlenen kısımlarını yükleniciye devretmemesi borçlunun temerrüdü (TBK m. 123-126) sonucunu doğurabilir ve bu durumda yüklenici sözleşmeye göre hak ettiği kısım için tescil davası açabilir²³⁹.

Sözleşmede arsa paylarının yükleniciye devri bakımından bir tarih veya kademeli devir metodu belirlenmemişse, TBK m. 479/1 hükmü uygulanmalıdır. Buna göre arsa

²³⁷ Tandoğan, s. 218.

²³⁸ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 53.

²³⁹ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 53.

paylarının yükleniciye devri borcu, yüklenicinin sözleşmeye göre belirlenen edimini yerine getirmesi durumunda muaccel hale gelecektir. Eş söyleyişle, yüklenici kendi edimini yerine getirmediği, arsa sahibinin karşı edimi olan arsa paylarının devrini talep edemeyecektir.

2. Arsa Sahibinin Diğer Borçları

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimini yerine getirebilmesi için öncelikle arsa üzerine inşaat yapılmasına hukuki veya fiziki engel bulunmamalı ve arsa yükleniciye inşaat yapmaya elverişli bir şekilde teslim edilmiş olmalıdır. Yüklenicinin yüklendiği ediminin ifası doğrultusunda bina inşaatına başlayabilmesi için öncelikle arsa sahibi tarafından yükleniciye yer tesliminin yapılması gerekmektedir. Çünkü karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer teslimi arsa sahibinin öncelikli edim borcudur (TBK m. 91). Bu nedenle, arsanın ayıpsız ve inşaat elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaat başlaması beklenemez²⁴⁰. Binanın inşa edileceği arsa, sözleşmenin yapıldığı sırada inşaat yapılmaya objektif olarak elverişli değilse, sözleşme TBK m. 27/1 hükmünce başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olacaktır. Buna karşılık sözleşmede öngörülen inşaatın yapılması objektif olarak sonradan imkânsız hale gelmişse (örneğin imar planındaki değişiklik nedeniyle) sonraki imkânsızlık söz konusu olur ve duruma göre TBK m. 136 ve m. 112 hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir²⁴¹. Sözleşmede inşaat öncesi (temel ve temel üstü inşaat ruhsatı alma vs.) işlemlerin yüklenici tarafından yapılması ve arsa sahibinin bu işlemleri yapabilmesi için yükleniciye vekâlet vermesi kararlaştırılmışsa, arsa sahibinin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir²⁴².

²⁴⁰ Y. 15 HD. 5.5.2004 T.,2003/5372 E.,2004/2508 K.

²⁴¹ Erman, Arsa Payı, 2010, s. 55.

²⁴² Erman, Arsa Payı, 2010, s. 57.

İKİNCİ BÖLÜM

BORCUN SONA ERMESİ

§ 5. BORCU SONA ERDİREN SEBEPLER

A. GENEL OLARAK

Borcun sona ermesi, bir edimi yerine getirme yükümlülüğünün ortadan kalkmasını ifade eder. Böylelikle borçlu borcundan kurtulur, alacaklının da talep edebileceği bir alacağı kalmaz²⁴³. Bu anlamda borcun sona ermesi, geniş anlamda borç (sözleşme) ilişkisinin sona ermesinden farklıdır. Borç ilişkisinin niteliğine göre, bazen borç ilişkisinin sona ermesi, o borç ilişkisinden doğmuş bir borcun sona ermesine sebep olur. Örneğin kira sözleşmesi sona erince kiralayanın borcu da sona erer. Fakat kiracının kira sözleşmesinden kaynaklanan kira borcu varsa, kira ilişkisi sona erse dahi, işlemiş kira bedelini ödeme borcu devam eder.

Borcun sona erdiren sebeplere Türk Borçlar Kanunu'nun 131 ile 161. maddeleri arasında yer verilmiştir. Ancak kanun koyucu, bu kısımda yalnızca dar anlamda borcun sona erdiren sebepleri düzenlemiş, buna karşılık borç ilişkisini, özellikle de sözleşme ilişkisini sona erdiren sebepleri düzenlememiştir²⁴⁴. TBK m. 138'de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü ise, borçlunun dönme veya fesih hakkını kullanarak sözleşme ilişkisinin sona erdirmesini düzenlemektedir.

Öncelikle borç (sözleşme) ilişkisini bir bütün olarak sona erdiren sebepler, sonra da dar anlamda (bireysel) borcun sona erdiren sebepler incelenecektir.

B. GENİŞ ANLAMDA BORCUN SONA ERMESİ

Geniş anlamda borçtan kasıt salt sözleşme konusu edimin ifası olmayıp, borç ilişkisinin bütünüdür²⁴⁵. Borç ilişkisi meydana getiren en önemli kaynak sözleşmelerdir. Taraflar, akdettikleri sözleşme ile aralarında bir hukukî ilişki meydana getirir. Bu ilişkiye

²⁴³ Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 549.

²⁴⁴ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 984 vd; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1995, s. 410 vd; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976 s. 1153 vd; İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1984, s. 492 vd.

²⁴⁵ Eren, Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 1257.

sözleşme ilişkisi (akdi ilişki) denir²⁴⁶. Sözleşme ilişkisini sona erdiren sebepler, ifa, ikale sözleşmesi, fesih, dönme, geri alma ve iptal olarak sayılabilir²⁴⁷.

Taraflardan birinin ölmesi, kural olarak sözleşme ilişkisini sona erdirmez; ölenin yerine külli halefleri (mirasçıları) geçer ve murisin edimini ifa eder. Ancak kişiye bağlı (şahsi) edimleri içeren sözleşmelerde şahsi edimi yerine getirmekle yükümlü borçlunun ölmesi halinde sözleşme ilişkisi sonraki imkânsızlık sebebiyle sona erer (TBK m. 136/1). Zira şahsi edimlerin mirasçılar tarafından ifa edilmesi mümkün değildir. Örneğin hizmet sözleşmesinde işçinin, eser sözleşmesinde yüklenicinin, vekâlet sözleşmesinde ise vekilin ölmesi halinde kural olarak bizzat iş görme yükümlülüğü öngörülmüş olduğundan durum böyledir. Fiil ehliyetinin kaybı bazı sözleşme ilişkilerinde (örneğin vekâlet sözleşmesinde) sözleşmeyi sona erdiren sebepler arasında yer alır (TBK m. 513/1). Süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesi; bozucu şarta bağlı sözleşme ilişkilerinde bozucu koşulun gerçekleşmesi de borcu sona erdiren sebeplerdendir. Bazı sözleşmelerde taraflardan birinin iflâsı da borç ilişkisini sona erdirir (TBK m. 370, 513). Sözleşmenin sonradan ortaya çıkan yeni şartlara uyarlanması halinde de hâkimin sözleşmeyi feshetmek suretiyle borç ilişkisini sona erdirmesi mümkündür.

1. İfa

İfanın tanımı TBK' da yer almamakla birlikte ifa, borçlanılan edimin sözleşmeye uygun olarak, tam ve doğru şekilde bir şekilde yerine getirilmesi yoluyla alacaklının menfaatinin karşılanması şeklinde tanımlanabilir²⁴⁸. Borcun tam ve doğru (ifa modalitelerine uygun) bir şekilde ifasına borcun gereği gibi ifası denir. Ahde vefa ilkesi gereğince her borç veya borç ilişkisi gereği gibi ifa edilmek üzere kurulur, en azından tarafların bu amaçla hareket ettikleri kabul edilir. Borç ilişkisinden doğan bütün borçların ifası, borç ilişkilerinin doğal sona erme biçimidir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sona erme sebeplerinin başında, tarafların borçlanmış oldukları edimleri karşılıklı olarak ifa etmeleri, edimlerin değiş-tokuş edilmesi gelmektedir. İfa, sözleşmeyi sona erdiren genel sebeplerdendir. Sözleşmelerin ifası, TBK m. 83-111 arasında düzenlenmiş olup, genel hüküm niteliğinde olduğundan her türlü borç ilişkisine uygulanır.

²⁴⁶ Eren, Fikret, Genel Hükümler, 2015, s. 1257.

²⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 410; Tunçomağ, s. 1156 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 984 vd; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 575.

²⁴⁸ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009, s. 867.

İfadan bazı durumlarda edim fiilinin yerine getirilmesi anlaşılırken, bazı durumlarda edim sonucunun yerine getirilmesi anlaşılır. Örneğin, eser sözleşmelerinde ve içtihatlarda eser sözleşmesinin bir türü olarak geçen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifa, edim fiiline değil, edim sonucuna yöneliktir. Bu sebeple yüklenicinin borcu, inşa işini görmesi ile değil, inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesi ile sona ererken, arsa sahibinin borcu da belirlenen arsa paylarını yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişiye devretmesi ile sona erer. Her ne kadar yüklenicinin sözleşme gereği üstlenmiş olduğu binayı yapma ediminin ifası, belli bir zaman dilimini ve ön çalışma yapmayı gerektiriyor olsa da, binayı meydana getirmek için görmüş olduğu inşa işi edim fiili olarak değil, ifaya hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir. Öte yandan hizmet sözleşmesinde işçi, vekâlet sözleşmesinde vekil, edim fiili olan iş görme edimini yerine getirerek borcunu ifa etmiş olur.

2. İkale Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olmakla birlikte, taraflar aralarında kurmuş oldukları bir sözleşmeyi irade serbestîsi ilkesi gereğince ortadan kaldıracırlar. Ancak, tarafların bu amaçla yeni bir sözleşme yapmaları gerekmektedir. Taraflarca akdedilen sözleşmenin ortadan kaldırılması amacıyla yapılan sözleşmeye "ikale (bozma) sözleşmesi" adı verilir²⁴⁹. Taraflar ikale sözleşmesi ile daha önce aralarında yapmış oldukları sözleşmeden doğan alacaktan ve borçtan karşılıklı olarak vazgeçmekte; alacaklı ve borçlu sıfatlarına kendi iradeleri ile son vermektedirler.

İkale sözleşmesi, sözleşmeden doğan alacak hakkını doğrudan doğruya etkilediği, hakkı ortadan kaldırdığı için hukukî niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemidir²⁵⁰.

İkale sözleşmesinin geçerliliği bakımından herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır²⁵¹. Taraflar ikale sözleşmesini diledikleri şekilde yapabilirler. Ortadan kaldırılacak sözleşmenin yapılmasının özel şekil şartına tâbi olduğu hallerde dahi, ikale sözleşmesinde şekil şartı aranmaz²⁵² (TBK m. 12).

²⁴⁹ Oğuzman/Öz, s. 410; Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1258.

²⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1258.

²⁵¹ Oğuzman/Öz, s. 410.

²⁵² "Öte yandan TBK m. 13 'te öngörülen sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin sözleşmenin, değiştirilecek (esas) sözleşmenin tâbi olduğu şekle tabi olmasına dair hükmün getiriliş sebebi, daha önce yapılan sözleşmenin değiştirilerek ayakta tutulmasıdır." Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1258.

3. Fesih

Sürekli sözleşme ilişkisini geleceğe etkili olarak sona erdiren sebeplerden bir diğeri de fesihdir. Fesih, hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran haklardandır²⁵³. Feshin hüküm ve sonuçları, fesih beyanının muhatabın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla geleceğe etkili olarak meydana gelir. Bu hak, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır; şarta bağlanamaz, kullanıldıktan sonra geri alınamaz. Sözleşme ilişkisinin fesih ile sona erdirilmesi ya sözleşmeden ya da kanundan kaynaklanır. Kanundan doğan fesih hakkı, niteliği gereği uzun süreli sözleşme ilişkisi meydana getiren sözleşme ilişkilerinde özellikle kira ve hizmet sözleşmelerinde öngörülmüştür. Kanunî feshi içeren hükümler genellikle düzenleyici (aksi taraflarca kararlaştırılabilen) hükümlerdir. Ancak bazı durumlarda kanun koyucunun ekonomik ve sosyal yönden zayıf olan tarafı korumak amacıyla emredici nitelikte kanunî fesih hükümleri koyması da mümkündür. Hizmet sözleşmelerinde işverene karşı işçiyi, kira sözleşmelerinde kiracıyı kiralayana karşı koruyan hükümler söz konusu olabilir²⁵⁴.

Fesih, olağan fesih, olağanüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan fesihte sözleşmeye dayalı ilişki, fesih beyanı muhataba ulaştıktan belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkar. Bu nedenle, olağan feshe "süreli fesih" de denilmektedir. Süreli fesihte sözleşme ilişkisinin fesihle sona erdirilebilmesi için herhangi bir haklı sebebe dayanılması şartı aranmamaktadır.

Olağanüstü fesihte ise sürekli sözleşme ilişkisi fesih beyanının muhataba ulaşmasıyla derhal sona erer²⁵⁵. Olağanüstü feshe, "süresiz fesih" de denilmektedir. Bu tür fesihte sürekli sözleşme ilişkisi haklı (önemli) sebeplere dayanılarak sona erdirilmektedir.

Fesih ister olağan, ister olağanüstü fesih olsun kural olarak ileriye etkili sonuçlar doğurur²⁵⁶. Bu nedenle, feshedilmiş bir sözleşmede fesihten önce doğmuş bulunan alacak ve borçlar varlık ve geçerliklerini yitirmez, talep ve dava edilebilir.

4. Dönme

Dönme hakkı, klâsik dönme görüşüne göre sözleşmeye dayalı ilişkiyi kural olarak geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dönme hakkı hak sahibinin tek taraflı ve muhataba varması gerekli irade beyanıyla

²⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 965; Serozan, Dönme, s. 121; Tunçomağ, s. 1158.

²⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1259.

²⁵⁵ Serozan, Dönme, s. 122.

²⁵⁶ Tunçomağ, s. 1158; Serozan, Dönme, s. 124; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1290; Oğuzman/Öz, s. 411.

kullanılır²⁵⁷. Hüküm ve sonuçlarını da muhatabın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla kendiliğinden doğurur, dönme hakkının yenilik doğurucu hak olma niteliği gereği hakkın kullanılması şarta tâbi tutulamaz ve hak kullanıldıktan sonra geri alınamaz.

Dönme hakkı, hakkın doğum şekline göre iradî dönme ve kanunî dönme olmak üzere ikiye ayrılır. Taraflar herhangi bir sözleşmeyi yaparken ileride sözleşmeden dönme haklarını saklı tuttıkları takdirde iradî dönme söz konusu olur²⁵⁸. Cayma parası iradî dönmeye örnek gösterilebilir. Kanunî dönme hakkı ise Türk Borçlar Kanunu'nun muhtelif maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından öngörülen dönme hakkının en klasik örneği, TBK m. 125'de düzenlenen ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya seçimlik hak olarak dönme hakkı tanıyan hükümdür. Yine alacaklının temerrüdü halinde borçluya TBK m. 110'a göre sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında da dönme hakkı düzenlenmiştir. İş sahibinin TBK m. 475/1'de öngörülen dönme hakkı, alıcının TBK m. 227/1'de öngörülen dönme hakkı örnek olarak gösterilebilir.

Klasik dönme görüşüne göre, dönme hakkının kullanılması kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Ancak, kısmen ifa edilmiş sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede dönme, taraflarca ifa edilen kısmın tasfiyesi –iadesi- mümkün olamayacağından, sözleşme ilişkisinin niteliği gereği geçmişe etkili değil, geleceğe etkili sonuçlar doğurur.

Doktrinde giderek ağırlık kazanan yeni dönme görüşüne göre ise dönme, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaz. Dönme hakkının kullanılması ile henüz ifa edilmemiş olan edimleri ifa borcu sona erer. Sona erme bu yönüyle geçmişe değil, geleceğe etkilidir. Daha önce ifa edilen edimler bakımından aynı sözleşme ilişkisi içerisinde iade borcu meydana getirir. Buradaki geri verme (iade) borcu, sözleşme ilişkisinden doğup, akdi bir nitelik taşır. Dönme beyanı ile sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin içeriğinde değişiklik meydana gelir. Dönme, ifa edilmeyen edimler bakımından borçluyu ifa borcundan kurtarıırken, sözleşme ilişkisini tasfiye ilişkisine dönüştürerek tarafları ifa edilen edimler konusunda iade borcu altına sokar. Bu yönüyle dönme hakkı, yeni dönme görüşüne göre, ifa edilen edimin iadesi yönünden niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır²⁵⁹.

²⁵⁷ Dönme, s. 62; Oğuzman/Öz, s. 411.

²⁵⁸ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1260.

²⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1261.

5. Geri Alma

Geri alma hakkının kullanılması yoluyla da sözleşme ilişkisi sona erdirilebilir. Geri alma hakkı şartları ve sonuçları itibariyle kısmen feshe, kısmen de dönmeye benzer. TBK. m. 296'ya göre bağışlama sözü vermenin geri alınması ve TBK m. 512' ye göre vekâletin geri alınması sonuçları bakımından feshe benzer. Buna karşılık, TBK. m. 295'e göre elden bağışlama ile yerine getirilmiş bağışlama sözünün geri alınması dönme benzeridir²⁶⁰.

6. İptal

İptal, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır²⁶¹. Sözleşme ilişkisi iptal hakkı kullanılana kadar baştan itibaren geçerlidir. İptal hakkı ya hak sahibinin kullanımı ile ya da dava yoluyla kullanılabilir. Sözleşmenin geçerliliği şekle tabi olsa dahi iptal hakkının geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.

C. DAR ANLAMDA BORCUN SONA ERMESİ

Türk Borçlar Kanunu 132 ile 161. maddeleri arasında borcu (dar anlamda) sona erdiren sebepleri düzenlemiştir. Bunlar; yenileme, borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi, ibra, takas, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı ve zamanaşımıdır. Her ne kadar borcu sona erdiren sebepler arasında açıkça sayılmamış olsa da, TBK m. 83 ve devamı maddelerinde düzenlenen ifa da bazı hallerde borcu, bazı hallerde de borç ilişkisini sona erdiren sebeplerdendir.

1. Borcun Yenilenmesi

Yenileme, borcu sona erdiren sebeplerden biridir. Mevcut bir borcun yerine yeni bir borç getirilerek eski borcun sona erdirilmesi sözleşmesine yenileme (EBK'da tecdit) denir²⁶². TBK m. 133-134'te düzenlenmiş bulunan yenileme, kural olarak dar anlamda borçta söz konusu olur²⁶³. Örneğin bir satış sözleşmesinde satış parası borcu yenilendiği

²⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1262.

²⁶¹ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1262.

²⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 989; Oğuzman/Öz, s. 417; Koyuncuoğlu, Tennur, Türk İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972, s. 49 vd; Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1263.

²⁶³ Geniş bilgi için bkz. Koyuncuoğlu, s. 50 vd.

takdirde satış sözleşmesi eskiden olduğu gibi geçerli bir şekilde varlığını devam ettirir, yenileme sözleşmesinden sadece satış parası borcu etkilenir.

Borcun yenilenmesi alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşir. Buna yenileme (borcun yenilenmesi) sözleşmesi denir. Bu sözleşme, tarafları mevcut eski borç yerine yeni bir borcu geçirme iradelerinin sonucu olarak meydana gelir²⁶⁴.

Borcun yenilenmesi için her şeyden önce taraflar arasında mevcut ve geçerli eski bir borç bulunmalıdır. TBK m. 27’de düzenlendiği üzere, kesin olarak hükümsüz sayılan borçlar yenilemeye konu olmaz. Kesin hükümsüzlük ile geçersiz borçlarda durum böyledir. Kısmi hükümsüzlük ile geçersiz borçlarda ise borcun geçerli kısmı için yenileme yapılabilir. Ancak, kısmi geçersiz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacağından, borcun geçerli kısmı da yenilemeye konu olmaz.

Zamanaşımına uğramış borçlar ile ahlâki ödevlerden doğan borçlar da geçerli fakat dava ve takip edilemeyen borçlar olduğundan, yenilemeye konu olabilir²⁶⁵. İptal edilebilir (örneğin irade sakatlığı altında yapılan) borçlarda borç, sözleşmenin kurulduğu andan iptal edildiği ana kadar geçerli olduğundan yenileme mümkündür. Buna karşılık, iptal edilen borç iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçersiz bir borç haline geldiğinden, böyle bir (geçersiz) borç yenilemeye konu olamaz²⁶⁶.

Borcun yenilenmesi için, borçlunun yenileme sözleşmesi ile yeni bir edim üstlenmesi ve böylece yeni bir borcun doğması gerekir. Yeni borç da TBK m. 27’de düzenlenen şartlara uygun ve geçerli olmalıdır. Yeni borcun doğması geçerlik yönünden bir şekil koşuluna bağlıysa, yenileme sözleşmesi bu şekil şartına uyularak yapılmalıdır. Yeni borç herhangi bir sebeple geçersizse, yenileme sözleşmesi geçerli olarak kurulamayacağı için eski borç da sona ermez.

Borcun yenilenmesi için, tarafların eski borç yerine geçecek yeni bir borç kurma iradesine sahip olmaları gerekir. Bu irade yeni bir borç kurmak suretiyle eski borcu ortadan kaldırma, eski borcu sona erdirme iradesidir. Yenileme iradesinin açık ve kesin olması gerekir. Kanun koyucu, TBK m 133/1’de “tarafların bu yöndeki açık iradesini” vurgulamak suretiyle yenileme sözleşmesinin şartını hükme bağlamıştır. Bu nedenle borcun

²⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1263.

²⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1263; Doktrinde evlenme sınırlılığından doğan borçların da yenilenebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 421. (TBK m. 78/3, m. 524)

²⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1264.

yenilenmesi, karine olarak kabul edilemez. TBK m. 133/2'de, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça, mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulmasının veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesinin yenileme sayılmayacağı düzenlenmiştir. Alacaklı adi alacağının yanında kambiyo senedindeki alacağa da sahip olur. Ancak kambiyo senedindeki alacak sona erince adi (asıl) alacak da sona erer²⁶⁷. Buna karşılık, TMK m. 910/1'e göre ipotekli borç senedinin veya irat senedinin düzenlenmesiyle birlikte dayanağı olan borç ilişkisi yenileme yoluyla sona erer. Yenilemenin açık iradeye dayanmadığı hallerde karine olarak kabulü yasak olduğuna göre, yenileme sözleşmesinin yapılmış olduğunu ispat yükü, bunu iddia edene düşer²⁶⁸.

TBK m. 134/1 'e göre çeşitli alacak kalemlerinin bir cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmez. Hesaba yazılan alacak devre sonuna kadar bağımsız varlığını sürdürür. Ancak, devre sonunda kesilen hesaptan taraflardan biri lehine arta kalan tutar (hesap bakiyesi) karşı tarafça kabul edildiği takdirde, borç yenilenmiş olur (TBK m. 134/2). Bu durumda yenilenen borç, artan tutar, yani hesap bakiyesidir.

Yenileme ile eski borç ortadan kalkarken, onun yerine geçecek yeni bir borç doğar. Yeni borç kendi bağımsız niteliğine bürünür. Yenilemeyle birlikte eski borçtan doğan def'iler de ortadan kalktığından, eski borca ait ödemezlik def'i ile zamanaşımı def'i yeni borç için ileri sürülemez. Aynı şekilde, yenileme ile eski borç ve alacağa bağlı faiz, ceza koşulu, rehin gibi fer'i haklar da sona erer²⁶⁹. Bunun tek istisnası cari hesaba dayalı yenilemede görülür. Nitekim TBK m. 134/3 gereğince eski borç hakkındaki güvenceler yenilenen borç hakkında da devam eder. Eski borç daha kısa bir zamanaşımına tâbi olsa bile yeni borç daima genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tâbi olur²⁷⁰.

2. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

TBK m. 135/1'e göre alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde borç sona erer. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, bir kimsenin aynı borcun hem alacaklısı hem de borçlusu olması halinde söz konusu olur²⁷¹. Kanunî veya atanmış mirasçılık, alacağın temliki, bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifi ile birlikte

²⁶⁷ Oğuzman/Öz, 2014, s. 562.

²⁶⁸ Oğuzman/Öz, s. 419.

²⁶⁹ Eski alacağa ait faizler saklı tutulmuşsa faiz alacağı sona ermez. Oğuzman/Öz, 2014, s. 563.

²⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1265.

²⁷¹ Tunçomağ, s. 1195; Oğuzman/Öz, s. 422 vd.

devralma, şirket birleşmesi sebepleriyle yahut herhangi bir sebeple, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde borç sona erer²⁷².

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde, alacak ve asıl alacağa bağlı fer'i haklar ve özellikle faiz, ceza koşulu ve teminat alacakları da sona erer. Buna karşılık, bağımsız bir alacak niteliği kazanmış olan veya üçüncü kişiye ait bulunan fer'i haklar birleşmeden etkilenmez. Örneğin bir alacak üzerinde üçüncü kişi lehine bir intifa, rehin hakkı yahut haciz şerhi varsa, alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide birleştiğinde dahi üçüncü kişinin haklarına halel gelmez²⁷³.

TBK m. 135/3 hükmü, taşınmaz rehini ile kıymetli evraka ilişkin özel hükümleri saklı tutmuştur. Borçlu borcunu ifa ederek ipotekli borç senedi ve irat senedinde rehinle temin edilmiş alacağı, edinse bile, bu alacak sona ermez. Bu düzenlemenin amacı kredi sağlamayı kolaylaştırmaktır. Rehin senedi hamili, edindiği alacağı, üçüncü bir kişiye (örneğin yeni bir ödünç verene) devretmek suretiyle o kişinin alacaklı sıfatını kazanmasını sağlayıp ondan ihtiyaç duyduğu krediyi elde edebilir. Kıymetli evraklar yönünden de durum aynıdır. Poliçeyi kabul eden ve asıl borçlu haline gelen muhatap, poliçe borcunu lehtara ödeyerek, poliçe alacağını edinmiş olur. Kredi ihtiyacı olduğunda da poliçeyi ciro suretiyle tedavüle çıkarır ve gerekli krediyi temin edebilir (TTK m. 681/3).

TBK m. 135/2'ye göre, borçluda birleşen alacaklı ve borçlu sıfatlarının geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasıyla, sona eren borç yeniden doğar. Bu sebeple, borçlunun şahsında alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle borcun sona ermesi, kesin bir sona erme değildir. Örneğin alacaklının mirasçısı olan borçlunun mirası reddetmesi, bozucu şarta bağlı olarak yapılan bir alacağın devrinde de koşulun gerçekleşmesi halinde birleşme ortadan kalkar²⁷⁴.

3. İbra

Taraflar arasında mevcut bir borcun kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması ile borçlunun borçtan kurtulmasına yönelik sözleşme ibra sözleşmesidir²⁷⁵. Bu özelliğiyle ibra sözleşmesi, borcu sona erdiren sebeplerden birini oluşturur.

²⁷² Oğuzman/Öz, 2014, s. 566.

²⁷³ İflas alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine engel değildir. Örneğin müflis bir alacaklıya mirasçı olursa alacaklı iflas masasına girer, alacaklı ve borçlu sıfatı iflas masasında birleşmiş olur. (İİK m. 184) Oğuzman/Öz, 2014, s. 567.

²⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1269.

²⁷⁵ Oğuzman/Öz, s. 414; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 985; Tunçomağ, s. 1172; İnan, s. 494; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 578; Turanboy, s. 26,

Alacaklı, sahip olduğu alacak hakkını borçludan talep edebileceği gibi bu hakkından feragat da edebilir. İbra, irade serbestisinin ve sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Ancak ibranın sözleşmesel niteliği gereği, alacaklı borçluyu borcundan ancak onunla yapacağı bir sözleşme ile kurtarabilir, alacaklının borçluyu tek taraflı irade beyanıyla ibra etmesi mümkün değildir²⁷⁶. Alacaklının alacağından vazgeçme iradesinin borçlu tarafından kabul edilmesi gerekir. Bu husus TBK m. 132'de, “ tarafların yapacakları ibra sözleşmesiyle” denilmek suretiyle açıkça hükme bağlamıştır.

İbra sözleşmesiyle alacaklı, malvarlığının aktifinde yer alan bir alacaktan kısmen veya tamamen vazgeçmekte, borçlu da edim borcunun ifade etmeden borçtan kurtulmakta; böylece borç sona ermektedir.

İbra yalnız dar anlamdaki borcu, edim borcunu sona erdirir. Buna karşılık geniş anlamda borç ilişkisi ibra ile sona erdirilemez. Geniş anlamda borç (sözleşme) ilişkisinin sona erdirilmesi için taraflarca bozma (ikale) sözleşmesi yapılmalıdır²⁷⁷.

İbra sözleşmesi ile alacaklının alacak hakkına doğrudan ve kesin olarak etki edilip, mevcut bir alacak hakkı ortadan kaldırıldığından, ibra sözleşmesi bir tasarruf işlemidir²⁷⁸. Bu sebeple alacaklının fiil ehliyeti ile birlikte tasarruf yetkisine de sahip olması gerekir.

İbra sözleşmesinin geçerliliği için, tarafların belli bir borcun ibrasına (alacağın ortadan kaldırılmasına) yönelik karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun şekilde açıklanması gerekir. Tarafların ibra iradelerinin açık veya örtülü olarak beyan edilmesi mümkündür.

İbra edilen borcun, bütün kapsamı açıkça ve net olarak belirtilmelidir. İçeriği tam belli olmayan ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalıdır.

İbra sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi, tarafların ilke olarak fiil ehliyetine sahip olmalarına bağlıdır (TMK m. 9). Özellikle tarafların ibra sözleşmesini ivazlı olarak yaptığı hallerde, bu ehliyet şarttır. Buna karşılık, ivazsız ibra sözleşmesinde borçlu bir borç altına girmeyip, aksine bir borçtan karşılıksız olarak kurtulduğu için, borçlunun ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Fiil ehliyetine sahip olmayan borçlunun ivazlı ibra sözleşmesinde kanunî temsilcisinin rızası yahut icazeti gereklidir (TMK m. 16).

TBK m. 132' ye göre ibra sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Hatta borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile, ibra sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değildir. Buna karşılık, kanun koyucunun şekil şati

²⁷⁶ Oğuzman/Öz, s. 416; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 986; Turanboy, s. 55 vd.

²⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1270.

²⁷⁸ Oğuzman/Öz 2014., s. 557

öngördüğü özel hükümler saklıdır. Örneğin TBK m. 420'ye göre işçinin işverenden olan alacaklarına ilişkin ibranın geçerliliği yazılı şekle tâbidir²⁷⁹.

İbra, alacak ve borcu doğrudan ve kesin olarak ortadan kaldırır. Tam ibrada borcun tamamı, kısmî ibrada ise borcun ibra edilen kısmı sona erer. Doğal olarak borçlu da borcundan kısmen veya tamamen kurtulur. İbra, sözleşmede aksine hüküm yoksa asıl alacakla birlikte faiz, rehin, ceza koşulu gibi yan hakları da sona erdirir. Ancak, alacaklı, işlemiş faiz veya gerçekleşmiş ceza koşulu alacağını saklı tutmuşsa, ibraya rağmen bunlar varlıklarını sürdürür²⁸⁰.

4. Takas

TBK m. 139/1'e göre, iki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlandıkları takdirde, her iki borç da muaccel ise, iki taraftan her biri karşı tarafa olan borcunu, alacağı ile takas edebilir. Bunun sonucunda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç miktarı kadar sona erer²⁸¹.

Taraflar, birbirine karşı aynı türden borç altına girdikleri takdirde, tarafların borçtan kurtulabilmeleri için kural olarak her birinin diğerine, ayrı ayrı ifade bulunması gerekir. Ancak, tarafların birbirlerine ayrı ayrı ifade bulunması, zaman kaybına, masrafa ve külfete yol açar. Bunun yerine taraflar tek bir hukukî işlemle aynı türden karşılıklı borçlarını sona erdirerek, ayrı ayrı masraf yapmaktan ve külfete girmekten kurtulabilir. Böylelikle karşılıklı borçlar daha azı oranında sona erer. Takas hakkının kullanılması, taraflara böyle bir imkân sağladığı için takas, borcu sona erdiren ekonomik bir sebeptir. Takas sadece ifa masrafını bertaraf etmekle kalmaz, tarafları kendi borcunu ifa etmesine karşılık alacağını tahsil edememe tehlikesinden de kurtarır²⁸².

Takas, hukukî niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Borçlu takas hakkını tek taraflı, şekle bağlı olmayan ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır²⁸³.TBK m. 143/1'e göre takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya

²⁷⁹ TBK m. 420/2'ye göre, "İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksatsız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür."

²⁸⁰ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1273.

²⁸¹ Oğuzman/Öz, s. 434; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1012; İnan, s. 499; Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s. 1; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 591.

²⁸² Oğuzman/Öz, 2014, s. 584.

²⁸³ İnan, s. 502; Oğuzman/Öz, s. 434; Aral, Takas, s. 11, 16.

bildirmesiyle gerçekleşir. Takas hakkı yenilik doğurucu hak olduğundan, takasın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi karşı tarafın kabulüne veya onayına bağlı değildir.

Takas ile borçlu hem kendi alacağını hem de karşı tarafın alacağını borçlardan az olan oranında sona erdirdiği, dolayısıyla her iki alacak üzerinde tasarrufta bulunduğu için, takas hakkının kullanılması aynı zamanda bir tasarruf işlemidir.

Takas, akdî takas ve kanunî takas olmak üzere ikiye ayrılır. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen takas, kanunî takastır. Takasın şartları, hüküm ve sonuçları kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bunun yanında Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte, taraflar dilerse takas sözleşmesi yapabilirler ve kanunda düzenlenmemiş takas hallerini kararlaştırabilirler. Bu şekilde kararlaştırılan takas akdî takastır. Takas sözleşmesinin kurulması ve geçerliliği, sözleşmenin kurulması ve geçerliliği hakkındaki genel hükümlere tâbidir. Akdî takasta takas edilecek alacakların aynı türden olması, karşılıklı ve muaccel bulunması şartı aranmaz. Taraflar akdi takas hakkının şartlarını, hüküm ve sonuçlarını kanuna aykırılık teşkil etmemek kaydıyla serbestçe belirleyebilirler²⁸⁴. Akdî takasın hüküm ve sonuçları kanunî takasın doğurduğu sonuçlardan farklı olmayacaktır.

Takasın söz konusu olabilmesi için, öncelikle tarafların birbirlerine karşı aynı zamanda hem alacaklı, hem de borçlu olmaları gerekir. Taraflar, birbirlerinin dışında bulunan üçüncü bir kişiye, aralarında karşılık ilişkisi bulunmadığı için, takas beyanında bulunamazlar. Bu nedenle bir borç ilişkisinde kefil, borçlunun alacaklıya karşı haiz olduğu bir alacağı, alacaklı ile arasında karşılık ilişkisi bulunmadığından, kefaletten doğan borcuyla takas edemeyecektir. Ancak kanun koyucu TBK m. 140'de kefalete ilişkin ve kefil koruyucu özel düzenleme getirmiştir. TBK m. 140 hükmüne göre asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulunduğu sürece, kefil alacaklıya ödemede bulunmaktan kaçınabilir. Burada hüküm altına alınan kefilin takas hakkı değil, ifadan kaçınabilme hakkıdır. Aynı şekilde üçüncü kişi yararına sözleşmede de, üçüncü kişi yararına borçlanan borçlu, borcunu sözleşmenin karşı tarafının kendisine olan borcuyla takas edemez (TBK m. 141). Müteselsil borçlarda da borçluların birinin, diğer müteselsil borçlulardan birinin alacağını, alacaklının alacağı ile takas etmesi, aralarında karşılık ilişkisi bulunmadığından mümkün olamayacaktır. Temsilci, temsil olunan adına ve hesabına işlem yaptığından, üçüncü kişiye olan borcu ile temsil olunanın bu kişiden olan alacağını takas edemez. Zira burada da alacaklı ve borçlu arasında karşılık ilişkisi mevcut değildir.

²⁸⁴ Oğuzman/Öz, s. 435; Aral, Takas, s. 7 vd.

Takas anında henüz doğmamış veya doğup da sona ermiş alacaklar takas edilemez. Zira bu gibi hallerde birbirini sona erdirecek alacaklardan birisi mevcut değildir.

Bir işletme, çeşitli şubelere sahip bulursa bile şubelerin ayrı tüzel kişilikleri olmadığı sürece, o işletme şubeleri ile birlikte tek bir kişi sayılır. Bu sebeple bu şubelerden birine borçlu diğerinden alacaklı olan bir kimse veya bu kimseye karşı işletme, alacak ve borcunu takas edebilir.

Karşılık ilişkisinin tek istisnası alacağın devrinde görülür. TBK m. 188/2' ye göre borçlu, alacağın devrini öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir. Böylece kanun koyucu, borçlunun onayına bağlı olmayan alacağın devrinden, borçlunun zarar görmesini engellemek istemiştir²⁸⁵.

Takas beyanında bulunabilmek için, takas edenle karşı tarafın birbirlerine karşı sahip oldukları alacak ve borçların özdeş (aynı türden) olması gerekir. Para borçlarında tarafların birbirine karşı borçlu oldukları para birimi aynı ise, bu borçlar özdeştir. Efektif (aynen) ödeme kaydını içeren yabancı para borcu ile milli para borcunun birbiriyle takası tartışmalıdır²⁸⁶. Buna karşılık TBK m. 99/2 hükmüne göre, efektif (aynen) ödeme kaydını içermeyen yabancı para borcu, milli para borcu ile takas edilebilir²⁸⁷.

Çeşit borçlarında takas hakkının kullanılabilmesi için tarafların borçlarının konu ve nitelik itibariyle aynı türden olması gerekir. Aynı türden misli eşyada bu özdeşlik kolayca gerçekleştirilebileceğinden takas mümkündür. Ancak parça borçları, nitelikleri itibariyle bireysel ve belirli olup, özdeş olmadıklarından, birbirleriyle takas edilemezler²⁸⁸. Para borçları ile hizmet veya maddî edim borçları da özdeş olmadıkları için birbirleriyle takasları mümkün değildir²⁸⁹. Her iki alacağın konusu aynı cinsten olmakla beraber vasıfları farklı takas hakkı kullanılamaz²⁹⁰.

Borçlar, doğdukları anda özdeş olmasalar dahi, takas hakkının kullanıldığı anda mutlaka özdeş (aynı türden) olmaları gerekir. Borçların sonradan aynı türden olmalarına, konu itibariyle farklı (sözleşmeden, haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden

²⁸⁵ Oğuzman/Öz, 2014, s. 584.

²⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1276;

TBK m. 99/2'de düzenlenen "ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir" hükmü dikkate alındığında, efektif para borcunun ifasının ancak kararlaştırılan para cinsi üzerinden yapılabileceğini, efektif para borcu ile ülke parası üzerinden kararlaştırılan borcun özdeş olamayacağını ve bu sebeple takas edilmeyeceğini düşünüyoruz. Aynı yönde görüş için bkz. Oğuzman/Öz, 2014, s. 588.

²⁸⁷ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1276.

²⁸⁸ Aral, Takas, s. 36.

²⁸⁹ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1277.

²⁹⁰ Oğuzman/Öz, 2014, s. 588.

kaynaklanan) alacakların sonradan tazminat para alacağına dönüşmesi örnek olarak gösterilebilir. Takas edilecek alacaklardan birinin özel hukuktan, diğerinin ise kamu hukukundan doğması da mümkündür²⁹¹. Ancak, kamu alacağının özel alacakla takas imkânı sadece kamu kurumlarına tanınmıştır. Kişinin kamu idaresinden olan özel alacağını, kamu alacağı ile takas etmesine izin verilmemiştir.

Karşılıklı borç ve alacakların tamamının çekişmesiz olması şart değildir. Her ikisinin veya yalnız birisinin çekişmeli olması, takas hakkının kullanılmasını engellemez. TBK m. 139/2'ye göre, alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir. Aksi kabul edilmiş olsa idi, takastan kurtulmak isteyen borçlu hemen bir uyuşmazlık çıkararak amacına ulaşabilirdi²⁹².

Takas için her iki borcun da muaccel olması şart değildir. Takas yapmak isteyen alacağının muaccel olması, buna karşılık diğer borcun (karşı tarafın borcunun) ifa edilebilir olması yeterlidir²⁹³. Bunun istinası ise TBK m. 142'de düzenlenmiştir. Hükme göre, borçlunun iflâsı halinde alacaklılar, alacaklarını, muaccel olmasalar bile, müflise olan borçları ile takas edebilirler. Kanun koyucu bu hükümle, müflisin alacaklılarını, iflasın olumsuz sonuçlarından korumayı amaçlamıştır.

Takas hakkını ileri sürenin alacağı, dava ve takip edilebilir bir alacak olmalıdır. Şayet bu hak, kanuna göre dava ve takip edilemeyecek (eksik) borçlardan, örneğin kumar ve bahisten, evlenme simsarlığından yahut ahlaki ödevlerin ifasından doğmuşsa, takas hakkını ileri süren bu hakka dayanamayacaktır²⁹⁴. Ancak TBK m. 139/3 bu konuda bir istisna getirmiştir. Buna göre, zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması şartıyla ileri sürülebilir. Kişi, eksik borcunu ifa edebileceği gibi, karşı tarafın eksik alacağı (kendisinin eksik borcu) ile kendi alacağını takas da edebilir²⁹⁵.

Ödemezlik def'i gibi erteleyici def'ilere tâbi alacaklar, def'i hakkı kullanıldığı sürece muaccel hale gelmeyeceğinden, takas hakkı ileri sürülemeyecektir.

TBK m. 145'e göre, borçlu takas hakkından önceden feragat edebileceği gibi takas hakkının doğumundan sonra da feragat edebilir. Şayet taraflar takastan feragat sözleşmesi ile takas hakkının ileri sürülmeyeceğini kararlaştırmışlarsa, bu durumda takas hakkı kullanılamayacaktır.

²⁹¹ Aral, Takas, s. 33.

²⁹² Oğuzman/Öz, 2014, s. 591.

²⁹³ Aral, Takas, s. 37.

²⁹⁴ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1278.

²⁹⁵ Oğuzman/Öz, s. 438; Aral, Takas, s. 54

Kanun koyucu TBK m. 144'te saydığı alacaklarda takas hakkının kullanılmasını alacaklının kabulüne bağlamıştır. Bu tür alacaklarda ancak alacaklı kabul ettiği takdirde borçlu takası ileri sürebilir. Bu alacaklar şunlardır:

1-Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar,

2-Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar,

3-Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan doğruya alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.

Kanun koyucu TBK m. 144/1,b.3 hükmünde sayılan hakkın alacaklılarını korumayı amaçlamıştır. Gerçekten de maddede sayılan nafaka alacağı, işçinin ücret alacağı nitelikleri gereği kişilerin geçimini sürdürmeleri için zorunlu olan alacaklardır. Ancak bunlar alacaklının geçim ihtiyacından fazla olduğu takdirde, fazla kısmın takas edilmesi mümkündür.

Kanun madde metninde örnek kabilinden saymış olmakla birlikte, ömür boyu gelir alacağı, ölünceye kadar bakmada bakım alacaklısının hakkı, bedensel zarara uğrayanın tazminat alacağı, destekten yoksun kalma tazminatı alacağı da özel niteliği gereği, doğrudan doğruya alacaklıya verilmesi gereken alacaklardır²⁹⁶.

Borçlu takas iradesini beyan ettiğinde, özdeş her iki borç da takas edilebilecekleri andan itibaren az olan borç tutarında sona erer. Takas edilen alacakla karşı alacak birbirine eşitse, takas sonunda her iki alacak da tamamen ortadan kalkar. Takas edilen alacak karşı alaktan az veya çok ise, alacaklar az olan alacak oranında sona erer.

TBK m. 143/1'e göre takas hakkının, takas edilen alacakla asıl alacağı sona erdireceği an olarak, takas edilen alacak hakkının takasa elverişli olduğu an kabul edilmiştir. Esasen takas yenilik doğuran bir hak olduğundan, hüküm ve sonuçlarını, takas beyanının karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda doğurması ve alacakların bu anda sona ermesi gerekirdi²⁹⁷. Ancak TBK m. 143/1'de takas beyanına geçmişe yürüyen bir etki tanınmıştır²⁹⁸. Bu sebeple asıl hakka bağlı fer'i haklar (faiz, ceza koşulu vs) da borçların takas edilebilecekleri andan itibaren sona erecektir.

Takas beyanında bulunan kimse ile karşı taraf arasında takas edilebilecek birden çok karşılıklı alacak ve borç varsa, takasta bulunan kişi, hangi alacağını hangi borcu ile takas ettiğini takas beyanında açıklamalıdır.

²⁹⁶ Oğuzman/Öz, 2014, s. 596.

²⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1280.

²⁹⁸ Oğuzman/Öz, 2014, s. 597.

TBK m. 143/2 hükmü, cari hesaptaki takas hakkına ilişkin ticari teamülleri saklı tutmaktadır. Buna göre cari hesapta yer alan alacak ve borçların takasının ne zaman hüküm ifade edeceği ticari teamüllere göre belirlenecek, şayet bir teamül yoksa Türk Ticaret Kanunu'nun 90 vd maddelerinde düzenlenen cari hesaba ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Uygulamada cari hesapta yer alan alacak ve borçlar topluca takas edilmekte ve bu takas bakiyenin karşı tarafça kabulü ile hüküm ifade etmektedir²⁹⁹.

5. Zamanaşımı

Zamanaşımı borcu gerçek anlamda sona erdiren bir sebep olmamakla birlikte, kanun koyucu alacağın istenebilir hale gelmesinden itibaren belirli bir zaman içerisinde talep edilmemesinin alacağı zayıflayacağını, hatta borçlu yerine getirmediği sürece alacaklının devlet organları vasıtasıyla alacağını talep etme, borçluyu ifaya zorlama hakkını süresiz olarak yitireceğini düzenlemiştir. Bu sebeple zamanaşımı, borcun nispi sona erme sebebidir³⁰⁰.

Geniş anlamda borç ilişkisi değil, bundan doğan dar anlamda borç ilişkisi zamanaşımına tabidir. Bu sebeple sözleşme zamanaşımına uğramazken, sözleşmeden doğan her bir borç için zamanaşımı söz konusu olur³⁰¹.

Zamanaşımı, borçluya, zamanaşımı def'ini ileri sürebilme hakkını verir. Alacaklının alacağının verilmesine yönelik açmış olduğu davada borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürdüğü takdirde, alacak zamanaşımına uğradığından davanın reddine karar verilir. Zamanaşımına uğramış borç ise eksik borç haline dönüşür. Bu durumda zamanaşımı borcu doğrudan doğruya sona erdirmez; ancak alacaklının elinden, borçlu istemediği takdirde alacağı dava yoluyla takip ve tahsil etme imkânını (dava edilebilirliğini) alır.

Zamanın haklar üzerinde iki türlü etkisi vardır. Bunlardan birincisi, zamanın hakkı düşüren etkisi; ikincisi ise hakkı engelleyen etkisidir. Birincisinde belirli bir zamanın geçmesiyle hak kesin olarak yitirilir. Buna zamanın hak düşürücü etkisi denir. Hak düşürücü süre niteliği itibarıyla itiraz mahiyetindedir. Bununla talep edilen hakkın ortadan kalktığı ileri sürüldüğü için bu bir olaydır ve taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkemece re'sen nazara alınır. İkincisinde ise, hak düşmez, yok olmaz; ancak hak sahibinin bunu ileri sürmesi halinde, hak engellenir, yerine getirmekten kaçınılabılır. Zamanaşımı, hukuki

²⁹⁹ Oğuzman/Öz, 2014, s. 598.

³⁰⁰ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1281.

³⁰¹ Oğuzman/Öz, 2014, s. 601.

niteliği itibariyle kesin def'i mahiyetinde olduğundan TBK m. 161 gereği ancak hak sahibi tarafından ileri sürülebilir, mahkemece res'en nazara alınamaz. Zamanaşımı sadece alacak haklarında söz konusu olur. Hak düşürücü süre ise, borç ilişkileriyle benzeri ilişkilerde, yenilik doğuran haklarda etkilidir. Zamanaşımı, zamanaşımını durduran ve kesen sebeplere tâbi olduğu halde, hak düşürücü sürenin durması ve kesilmesi söz konusu olmaz. Zamanaşımı kesildiği takdirde ilke olarak yeni bir süre işlemeye başladığı halde, hak düşürücü sürede böyle yeni bir sürenin işlemesi söz konusu olmaz³⁰².

Zamanaşımı, taraflar arasındaki borç ilişkisini değil, yalnızca münferit bir borcu, alacağı etkiler. Zamanaşımına uğramış alacak dışındaki borç ilişkisi bir bütün olarak varlığını devam ettirir.

Alacak hakkı dışındaki haklar kural olarak zamanaşımına uğramaz. Aynı haklar, kişilik hakları, fikri haklar ve yenilik doğuran haklar için zamanaşımı söz konusu olmaz. Aynî haklarda zamanın, hak düşürücü veya hakkı zayıflatıcı etkisi dışında bir de kazandırıcı etkisi vardır. Taşınır³⁰³ ve taşınmaz³⁰⁴ mallara zilyetlikte belirli bir sürenin geçmesi ve kanunda öngörülen diğer şartların da gerçekleşmesi halinde mülkiyet hakkı kazanılmaktadır.

Zamanaşımına ilişkin kurallar, kural olarak özel hukuk ilişkilerinden doğan alacak haklarına uygulanır. Kamu hukukundan doğan alacaklarda zamanaşımı hususunda özel hükümler öngörülmüştür (6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun).

Zamanaşımı yoluyla borcun ifasından kaçınılabilmesi için zamanaşımına tâbi bir alacak ile zamanaşımı süresinin geçmesine ihtiyaç vardır.

Zamanaşımına kural olarak nispî haklar ve özellikle alacak hakları tâbidir. Her alacak, kural olarak zamanaşımına tâbidir. Bu alacak, hukukî muameleden doğabileceği gibi, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğabilir. Keza aile hukukundan ve miras hukukundan doğan alacak hakları da zamanaşımına tâbidir. Ancak bazı alacaklar

³⁰² Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1283.

³⁰³ TMK m. 777: Başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olur.

³⁰⁴ TMK m. 712: Geçerli bir hukukî sebep olmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişi, taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle ve iyiniyetle sürdürürse, onun bu yolla kazanmış olduğu mülkiyet hakkına itiraz edilemez.

TMK m. 713: Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir.

Aynı koşullar altında, maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan veya yirmi yıl önce (...) (1) hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazın tamamının veya bölünmesinde sakınca olmayan bir parçasının zilyedi de, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir.

zamanaşımına tâbi değildir. Taşınmaz rehiniyle yahut gemi ipoteğiyle güvence altına alınan alacaklar, rehin devam ettiği sürece, zamanaşımına uğramaz (TMK m. 864). Buna karşılık, taşınır rehniyle temin edilecek alacaklar zamanaşımına tâbidir. Gerçekten TBK m. 159'a göre, alacağın bir taşınır rehni ile güvenceye bağlanmış olması, bu alacak için zamanaşımının işlemesine engel olmaz; bununla birlikte alacaklının, hakkını rehinden alma yetkisi devam eder.

Zamanaşımının gerçekleşmesi belirli bir sürenin geçmesini gerektirir. Zamanaşımı süreleri TBK' da ve diğer kanunlarda düzenlenmiştir³⁰⁵. TBK m. 149'a göre zamanaşımı süreleri, kural olarak alacak muaccel olduğu zaman işlemeye başlar. Ancak, alacağın muacceliyeti bir bildirim koşuluna bağlı ise, zamanaşımı bu bildirim yapılabileceği günden itibaren işlemeye başlar. TBK m. 151/1'e göre ise zamanaşımı süresi hesaplanırken zamanaşımının başladığı gün sayılmaz ve zamanaşımı ancak sürenin son günü de hak kullanılmaksızın geçince gerçekleşmiş olur.

Sözleşmeden doğan ifa taleplerinde zamanaşımı borcun muaccel olduğu anda işlemeye başlar. Haksız fiilden doğan tazminat alacaklarında zamanaşımı, iki yıllık süre bakımından, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği anda; on yıllık zamanaşımı bakımından ise zarar verici fiilin işlendiği anda, uzun süreli ceza zamanaşımında ise, suç teşkil eden fiilin işlendiği anda işlemeye başlar (TBK m. 72). Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarda da iki yıllık süre, alacaklının geri isteme hakkının olduğunu öğrendiği tarihten itibaren, on yıllık süre ise, zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar (TBK m. 82).

TBK m. 148'de sürelerin kesinliği kuralı öngörülmüştür. Hükme göre, TBK m. 146 ve 147'de belirlenen on yıllık ve beş yıllık zamanaşımı süreleri sözleşmeyle değiştirilemez. Bu madde niteliği itibariyle emredici bir hükümdür. Söz konusu madde ile "zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı" öngörülmüştür. Değiştirme yasağı, zamanaşımı sürelerinin hem uzatılması hem de kısaltılması yönünden geçerlidir³⁰⁶.

TBK m. 148'de öngörülen değiştirme yasağı, Türk Borçlar Kanunu m. 146 - 147 'de düzenlenen zamanaşımı süreleri hakkında geçerli olup, bu maddeler dışında yer alan zamanaşımı süreleri değiştirilebilir.

TBK m. 130/1'e göre, sürelerin hesaplanmasında zamanaşımının başladığı gün nazara alınmaz ve zamanaşımı ancak sürenin son günü kullanılmaksızın geçtiği takdirde

³⁰⁵ TBK m. 146'da on yıllık zamanaşımına, m. 147'de beş yıllık zamanaşımına tabi alacaklar düzenlenmiştir.

³⁰⁶ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1287.

gerçekleşir. Borçların ifasına ilişkin sürelerin hesaplanmasına dair kurallar burada da uygulanır. Zamanaşımı süresinin son günü kanunen tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, süre, kendiliğinden bu günü takip eden ve tatil olmayan ilk güne uzar. Ancak, taraflar bunun aksine sözleşme yapabilirler (TBK m. 93).

Zamanaşımı süreleri, olağan süre ve olağanüstü süre olmak üzere ikiye ayrılır. TBK m. 146'ya göre Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tâbidir. On yıllık süre olağan zamanaşımı süresidir. On yıllık sürenin dışında Kanun tarafından özel olarak düzenlenen zamanaşımı süreleri olağanüstü süredir. TBK m. 147'de genel kuralın istisnası düzenlenmiştir. Buna göre bazı alacaklar beş yılda zamanaşımına uğrar. Bunun haricinde sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı ile haksız fiilden doğan alacak hakkında iki ve on yıllık süre öngörülmüş olup, bu süreler olağanüstü sürelerdir. Miras sebebiyle istihkak davalarında öngörülen (TMK m. 639) yirmi yıllık süre de olağanüstü zamanaşımı süresidir.

Zamanaşımı süresinin, TBK m. 153/1'de sayılan sebeplerden herhangi birisinin varlığı sebebiyle işlemeye başlamamasına veya işlemeye başlamışsa, durmasına, zamanaşımının durması denir. Böylece zamanaşımı süresi, işlemeye başlamadığı veya işlemeye başlayıp da sonradan durduğu sürece uzamış olmakta, kesilmenin aksine işlemiş olan zamanaşımı süresi durma halinde borçlu aleyhine kaybolmamaktadır.

TBK m. 153/1'de düzenlenen ve zamanaşımını durduran sebepler iki ana kısma ayrılabilir. Birinci grup³⁰⁷ sebeplerde alacaklı ile borçlu arasında ya yakın bir bağlantı ya da bir bağımlılık ilişkisi vardır. İkinci grupta³⁰⁸ ise, alacaklı bazı objektif sebeplerle borçlu aleyhine bir Türk mahkemesi önünde dava açma imkânı bulamamaktadır.

TBK m. 153/2 gereğince, zamanaşımını durduran sebeplerin ortadan kalktığı günün bitiminde zamanaşımı işlemeye başlar veya durmadan önce başlamış olan işlemini sürdürür.

TBK m. 154'te sayılan sebeplerin³⁰⁹ varlığı halinde zamanaşımı kesilir. Zamanaşımının kesilmesiyle daha önce işlemiş olan süre ortadan kalkar ve kesilen

³⁰⁷ TBK m. 153/1'de sayılan sebepler;

1. Velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için. 2. Vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devlettten olan alacakları için. 3. Evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için. 4. Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için.

³⁰⁸ 5. Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece. 6. Alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece. 7. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece

³⁰⁹ TBK m. 154'de sayılan sebepler;

zamanaşımı süresi, kesilmeden itibaren yeniden işlemeye başlar. Böylece kesilme sonunda zamanaşımı süresi uzamış olur. Bu süre, kural olarak kesilen zamanaşımı süresi kadardır. Örneğin, kesilen süre beş yıl ise, yeni süre de beş yıl olacaktır. Ancak borç bir senette ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre daima on yıldır (TBK m. 156).

TBK m. 155'e göre, zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur. Buna karşılık kefile karşı kesilen zamanaşımı, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz.

Zamanaşımını kesen sebepler ya alacaklının ya da borçlunun fiilinden kaynaklanır. Borçlunun fiiline dayanan kesilme sebepleri, borçlunun borcu kabule yönelik irade açıklamasında bulunması halinde söz konusu olur. Borçlunun borcu ikrar etmesi, faiz ödemesi, kısmen ifada bulunması, rehin vermesi veya kefil göstermesi zamanaşımını keser. Borçlu borcu açıkça veya örtülü olarak ikrar edebilir³¹⁰.

Alacaklının fiiline dayanan kesilme sebepleri de alacağını dava ve talep etmesi, tahsile girişmesi halinde söz konusu olur. Alacaklının alacağıyla ilgili dava açması, tahkime başvurması, alacağının tahsili için icra takibinde bulunması ya da iflas masasına başvurması zamanaşımını keser.

Zamanaşımının kesilmesi için davanın açılmış olması yeterlidir. Dava, bir tespit davası olabileceği gibi, belirsiz alacak davası veya eda davası ya da inşai dava da olabilir. Davanın yetkili mahkemede, geçerli bir şekilde açılmış olması yeterlidir. Mahkemeden delil tespiti istemek dava açılması anlamına gelmeyeceğinden zamanaşımını kesmez.

Dava açıldıktan sonra hâkimin her kararından ve tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden sonra zamanaşımı yeniden işlemeye başlar (TBK m. 157/1). Def'i de bulunma halinde de aynı sonuçlar doğar.

Alacaklının alacağı hakkında borçlu aleyhinde icra takibine başvurması zamanaşımını keser. İcra takibiyle kesilen zamanaşımı, alacağın takibine ilişkin her işleminden sonra yeniden işlemeye başlar (TBK m. 157/2).

1. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse. 2. Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa.

³¹⁰ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1293.

Zamanaşımı, iflas masasına başvurma sebebiyle kesilmişse, iflasa ilişkin hükümlere göre alacağın yeniden istenmesi imkânının doğumundan itibaren yeniden işlemeye başlar (TBK m. 157/3).

Dava veya def'i, işe bakan mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması sebebiyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir (TBK m. 158) .

Zamanaşımından önceden feragat edilemez. Önceden feragattan amaç, borç ilişkisi kurulmadan önce veya borç ilişkisiyle aynı anda taraflar arasında yapılan feragat anlaşması veya borçlunun tek yanlı feragat beyanıdır. Buna karşılık, borçlu borç zamanaşımına uğradıktan sonra zamanaşımı def'ini ileri sürmekten feragat edebilir (TBK m. 160/1).

Müteselsil borçlulardan birinin feragat etmiş olması, diğerlerine karşı ileri sürülemez. Bölünemez bir borcun borçlularından birinin feragat etmiş olması durumunda da aynı hüküm uygulanır. Asıl borçlunun feragati de kefile karşı ileri sürülemez. (TBK m. 160/2, 3).

Türk Borçlar Kanunu, zamanaşımını borcu sona erdiren sebepler arasında düzenlenmiş olsa da zamanaşımı, diğer sona erme sebeplerine oranla nispi nitelikte bir sona erme sebebidir. Zira zamanaşımı süresinin geçmiş olması, alacak ve borcu kendiliğinden sona erdirmemekte, borçluya sadece bir def'i (ifadan kaçınma) hakkı vermektedir. Borçlu, alacaklıya karşı bu def'i hakkını ileri sürdüğü takdirde, münferit borç eksik bir borç haline gelmektedir. Zamanaşımı def'inin doğurduğu en önemli sonuç, zamanaşımına uğramış borcun borçlusuna borcu ifadan kaçınma hakkı vermesidir³¹¹.

Zamanaşımına uğrayan borç, borçluya bir zamanaşımı def'i vermektedir. Zamanaşımı def'i, niteliği itibariyle karşı haklardan olup, kesin ve tam def'iler arasında yer alır. Borçlu zamanaşımı def'ini bir irade beyanıyla açıklar (TBK m. 161). İrade beyanının yazılı veya sözlü olması mümkündür.

Zamanaşımına uğramış bir alacak, borçlunun zamanaşımı def'inden sonra da alacaklıya bu alacak üzerinde eksik bir alacak hakkı verir. Bunun sonunda borç da eksik bir borç haline gelir. Borç, eksik de olsa varlığını devam ettirdiğinden, borçlu bu borcu ifa ederse, bu bir bağışlama teşkil etmediği gibi, sebepsiz zenginleşme de teşkil etmez, dolayısıyla borçlu bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyemez³¹².

³¹¹ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1297.

³¹² Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1299.

6. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık

Borcu sona erdiren sebeplerden birisi de borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık sebebiyle edimin ifa edilememesidir. TBK m. 136/1'e göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Borçlunun sorumlu olmadığı ve borcu sona erdiren sonraki imkânsızlığa, doktrinde "kusursuz sonraki imkânsızlık" denilmektedir³¹³.

Genel olarak imkânsızlık, borçlanılan edimin yerine getirilemez oluşudur. İmkânsızlık, ortaya çıkış nedenlerine göre bazı ayrımlara tabi tutulmaktadır. İmkânsızlığı, ortaya çıkış sebeplerine göre, maddi imkânsızlık, hukuki imkânsızlık, ekonomik imkânsızlık şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Öte yandan imkânsızlığın yarattığı etki bakımından objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımı yapılmaktadır. İfa imkânsızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkânsızlık, şayet imkânsızlık sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan kaynaklanmışsa buna da sübjektif imkânsızlık denir³¹⁴. İmkânsızlığın ortaya çıkış anına göre ise; eğer imkânsızlık sözleşmenin kurulma anından önce ortaya çıkmışsa başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmışsa sonraki imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Borçlanılan edimin yerine getirilmesinin sonradan ortaya çıkan olaylar nedeniyle objektif ve sürekli olarak mümkün olmamasına sonraki imkânsızlık hali denir. Sonraki imkânsızlığın meydana gelmesinde tarafların kusurunun bulunup bulunmamasına göre; imkânsızlık taraflardan birinin kusurundan kaynaklanmışsa kusurlu imkânsızlık, tarafların kusuru olmadan meydana gelmişse kusursuz imkânsızlık olacaktır.

Borçlunun kusuru olmadan ve sonradan ortaya çıkan ifa imkânsızlığı, borcu sona erdirir. Bu halde imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmeli, borçlunun temerrüdünden önce var olmalı ve imkânsızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusuru bulunmamalıdır (TBK m. 136).

Öncelikle borçlanılan edimin ifası objektif olarak imkânsızlaşmalıdır. Edim borçlu da dâhil hiç kimse tarafından ifa edilemiyorsa, objektif imkânsızlık söz konusu olur. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı edimlerde borçlunun edimi ifa etmesi imkânsız hale gelirse, edimini niteliği gereği sübjektif değil, objektif imkânsızlık söz konusu olur. Bunun sebebi, böyle bir edimin ifasının borçlunun kişiliği ve nitelikleriyle doğrudan ilişkili olması, dolayısıyla

³¹³ Oğuzman/Öz, s. 426 vd.

³¹⁴ Karadağ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 458.

edimin borçludan başka hiç kimse tarafından yerine getirilemeyecek olmasıdır³¹⁵. Çeşit (cins) borçlarında "çeşit (cins) yok olmayacağından", kural olarak imkânsızlık söz konusu olmaz.

Borcun sona ermesi için sonraki imkânsızlık halinin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Geçici imkânsızlık halinde borç sona ermez.

İmkânsızlığın kısmi olması hali TBK m. 137/1' düzenlenmiştir. Hükme göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşması hali ise 137/2'de düzenlenmiştir. Hükme göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır.

Borçlanılan edim, sözleşmenin kurulmasından sonra imkânsız hale gelmelidir. İfa imkânsızlığı sözleşme kurulmadan önce (başlangıçtaki imkânsızlık) mevcutsa ve bu olgu herkes bakımından aynı sonucu meydana getirmekte ise sözleşme kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 27/1)³¹⁶.

Borçlu, edimin imkânsız hale gelmesinden sorumlu tutulamamalıdır. Edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebepler borçluya yükletilebiliyorsa borçlu sonraki imkânsızlıktan sorumlu olacaktır. Öte yandan edimin imkânsızlaşmasına alacaklı kendi kusuruyla neden olursa, borç borçlu yönünden sona erer; borçlu sorumlu olmadan borçtan kurtulur.

TBK m. 136'da açıkça sayılmamakla beraber, borçlunun ifa imkânsızlığını alacaklıya dürüstlük kuralı gereğince bildirmesi gerekir. TMK m. 2'den doğan bir yan yükümlülük söz konusudur. Şayet borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, alacaklının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlü olacaktır.

Sonraki imkânsızlığın en önemli sonucu, borcun sona ermesidir. Borçlu sonraki imkânsızlıktan sorumlu olmadığını ve borcun ifa edilmemesinde herhangi bir kusurunun

³¹⁵ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1301.

³¹⁶ Karadağ, s. 458.

bulunmadığını ispat ederse, hiçbir tazminat ödemedi borçtan kurtulur (TBK m. 136/1) . Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde karşı edimi ifa borcu da kural olarak sona erer. Bu husus TBK m. 136/2'de açıkça hükme bağlanmıştır. Gerçekten, sözü geçen maddeye göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık nedeniyle borcunu ifadan kurtulan borçlu, kendisine henüz ifa edilmemiş olan karşı edimi isteme hakkından yoksun kalır, karşı taraftan almış olduğu edim varsa da aldığı edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlüdür. Bu kural, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasındaki karşılıklı ve edimlerin değişimi ilkesinin sonucudur. Sonraki kusursuz imkânsızlık halinde taraflar, birbirlerinden aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edecek, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybedecektir. Çünkü bu halde karşı edimin hukukî sebebi sonradan ortadan kalkmış bulunmaktadır (TBK m. 77). Ancak kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır (TBK m. 136/2). Hükme göre, imkânsızlık nedeniyle kendi edimini ifa borcu sona eren borçlunun istisnai olarak karşı edim henüz ifa edilmemişse, bunun ifasını isteme; edim daha önce ifa edilmişse muhafaza etme hakkı vardır. Böyle bir halde karşı edim hasarına artık borçlu değil, alacaklı katlanmalıdır.

D. BERCUN SONA ERMESİNİN YAN HAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Borç ilişkisi asıl hakla birlikte bazı yan (fer'i) hakları da içerir. Borç ilişkisinin içerdiği asıl hak, alacak hakkı; yan haklar ise, ceza koşulu, faiz, kefalet, rehin, hapis hakkı gibi haklardır.

Yan hak, alacak hakkının bir kısmı, bir parçası değildir; bununla beraber, onunla birlikte doğar; varlığını sürdürür ve onunla birlikte sona erer. Kural, asıl borçla birlikte buna bağlı yan hakların da sona ermesidir. Nitekim TBK m. 131/2'e göre asıl borç, ifa veya diğer sebeplerden biriyle sona erdiği takdirde bu borca bağlı kefalet, rehin gibi yan haklar da sona erer. Buna karşılık, yan hakların sona ermesi asıl alacağı sona erdirmez³¹⁷.

³¹⁷ Eren, Genel Hükümler, 2015, s. 1306.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 6. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi karşılıklı edimlerin gereği gibi ifa edilmesiyle sona erer. Bu sebeple yüklenici yapımını üstlendiği inşaatı sözleşmeye uygun şekilde inşa ve teslim eder; arsa sahibi de yükleniciye devri kararlaştırılan arsa paylarını sözleşmeye uygun olarak yükleniciye yahut onun göstereceği üçüncü kişilere devrederse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifa sebebiyle kendiliğinden sona erecektir.

Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi³¹⁸ gereği, sözleşmelerin ifa ile kendiliğinden sona ermeleri arzulanan sona erme sebebi olsa da, bazı sebeplerin varlığı halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ifa dışı nedenlerle sona ermektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa dışı sona erme sebepleri; arsa sahibinin ve yüklenicinin tek taraflı irade beyanlarıyla sözleşmeyi sona erdiren sebepler ile diğer sona erme sebepleri olarak tasnif edilebilir³¹⁹.

Arsa sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirdiği haller; ifa süresi içinde sözleşmeden dönülmesi (TBK m. 473/1), tazminat karşılığı sözleşmenin feshedilmesi (TBK m. 484), ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönülmesi (TBK m. 475/1) ve yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi sebebiyle genel hükümlere göre sözleşmeden dönme hakkının (TBK m. 125) kullanılmasıdır.

Yüklenicinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiği haller; götürü ücretli sözleşmelerde beklenmedik durumların ortaya çıkması sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi (TBK m. 480/2) ile arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi (TBK m. 110, 125) ve borçlu temerrüdüne düşmesi sebebiyle genel hükümlere göre sözleşmeden dönme (TBK m. 125) hakkının kullanılmasıdır.

³¹⁸ Ahde vefa ilkesi, geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin ileride koşullar ne olursa olsun kurulduğu andaki şekliyle varlığını sürdürmesini ve hükümlerine uyulmasını öngörür.

³¹⁹ Ergezen, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 59, Seçer, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016, s. 169, Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 676.

Diğer sona erme sebepleri ise; ifa, tarafların anlaşması (ikale) ve ifanın imkânsız hale gelmesidir.

B. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNDE DÖNME VE FESİH HAKKI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme sebeplerine geçmeden önce, sözleşmenin herhangi bir sebeple taraflardan biri tarafından tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi halinde, sona ermenin tarafların edimleri üzerinde yaratacağı etki ve doğacak geri verme borcunun hukuki niteliği konusunda, doktrinde ileri sürülen görüşlere ve yargı kararlarındaki uygulamaya değinmek yerinde olacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sona erdiren sebeplerin gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin tasfiye edilmesi gerekir. Kanun koyucu eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde eser sözleşmesini sona erdiren sebepleri düzenlemekle yetinmiş, sözleşmenin tasfiyesine ilişkin düzenleme getirmemiştir. Özellikle yüklenicinin edim borcunun ifasında kusurlu olarak temerrüde düşmesi sebebiyle arsa sahibi tarafından sonlandırılmak istenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik irade beyanının sözleşmeden dönme kapsamında mı yoksa sözleşmenin feshi kapsamında mı değerlendirileceği ve doğacak geri verme borcunun hukuki niteliği, birden fazla görüşün ileri sürüldüğü tartışmalı bir konudur³²⁰. İleri sürülen görüşler ve Yüksek Mahkeme içtihatları, çoğunlukla yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi haline ilişkin olsa da, doktrindeki görüşlerin ve içtihatların diğer sona erme sebeplerini de hiç şüphesiz uygulanabileceği ve varılan sonucun diğer sona erme

³²⁰ Çalışmamamızda “fesih” kavramı sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye yönelik yenilik doğurucu hak olarak, “dönme” kavramı ise sözleşme ilişkisinin geriye etkili ortadan kaldırmaya yönelik yenilik doğurucu hak olarak kullanılmıştır. Nitekim 6098 sayılı TBK’da bu yöntemi benimsemiştir. (TBK 125, 126, 138, 179, 475, 480, 482, 484 vs.) Ancak Yargıtay, TBK’ daki ayrıma rağmen, sözleşmenin geçmişe etkili sonlanması durumunu, “geriye etkili fesih” olarak nitelendirmektedir.

“...Yanlar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kesinleşen mahkeme kararıyla “geriye etkili sonuç doğurur” şekilde fesih olunduğuna ve yüklenici kooperatif tarafından yapılan inşaat yasal yapı niteliğinde bulunduğuna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği...” Y. 15. HD. 17.1.2013 T., 2012/5568 E. 2013/165 K.

“...Somut olayda da; davacının güven sarsıcı işlem ve davranışları karşısında iş sahibi sözleşmeyi “geriye etkili sonuç doğurur şekilde” fesh etmesinde haklıdır...” Y. 15. HD. 3.12.2012 T., 2012/2356 E., 2012/7573 K.

“...Arsa sahibi ve yüklenici arasında imzalanan 25.06.2004 tarihli düzenleme şeklinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshine karar verilmiş, kararda sözleşme konusu inşaatın seviyesi %63 olarak belirlenmiş ve anılan karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir...” Y. 23. HD. 11.9.2013 T., 2013/3525 E., 2013/5279 K.

“... davalı yüklenicinin B blok inşaatına hiç başlamadığı, A bloğun eksik kalan kısımları ve B blokun arsa sahiplerince yaptırıldığı, sözleşmenin taraflarının geriye etkili fesih için sözleşme yaptıkları, inşaatın % 50'sinin yapıldığı böylece fesih koşullarının oluştuğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle davacı arsa sahipleri ile davalı yüklenici arasındaki 20.3.2008 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflar arasında geriye etkili feshedilmiş olmasına ve dava tarihi itibarıyla sözleşme gereği yapılacak bloklardan birine hiç başlanmamış, diğerinin ise % 50 fiziki seviyede tamamlanmış olduğunun tarafların kabulünde olmasına göre davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir...” Y. 23. HD. 7.4.2016 T., 2014/10528 E., 2016/2190 K.

sebeplerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de yol gösterici olacağı söylenecektir. Esasen bu konudaki tartışmaların kaynağını, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki menfaat dengesi oluşturmaktadır³²¹. Dönme görüşü benimsendiğinde sözleşme geçmişe etkili olarak, baştan itibaren ortadan kalkacağından, yüklenici sadece yapılan inşaatın arsa sahibinin malvarlığında oluşturduğu artış kadar sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecek, sözleşmedeki karşı edim olan arsa payına ilişkin kısmen de olsa talepte bulunamayacaktır. Arsa sahibinin iradesi, dönme olarak değerlendirildiğinde, ortaya çıkan sonuç hiç şüphesiz yüklenici aleyhine olacak, hatta yüklenicinin iktisadi mahvına sebep olabilecektir. Öte yandan arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi fesih olarak değerlendirildiğinde, sözleşme fesih anından ileriye etkili olarak sona erecektir. Yüklenici de o ana kadar gerçekleştirmiş olduğu edim oranında, karşı edim talebinde bulunabilecektir. Bu durumda yüklenicinin binayı tamamlamamış olmasına rağmen, yaptığı kısım ile orantılı talep hakkına kavuşması, arsa sahibinin aleyhine olacaktır³²².

Doktrinde ileri sürülen görüşleri izah etmeden önce “dönme” ve “fesih” kavramlarına kısaca değinmek faydalı olacaktır. Fesih hakkı, kural olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde uygulama alanı bulan ve borç ilişkisini ileriye etkili bir şekilde sona erdiren, ifa edilmiş edimlerin geçerliliğini etkilemeyen bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanabilir³²³. Doktrinde fesih çeşitli kıstaslara göre “sürelili fesih-süresiz fesih” ve “olağan fesih-olağan üstü fesih” şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır³²⁴. “Dönme” hakkını ise kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen ve ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, tarafların henüz ifa etmedikleri edim yükümlülüklerini ortadan kaldıran, daha önce ifa edilen edimlerin de iadesi borcunu doğuran yenilik doğurucu hak olarak tanımlamak mümkündür³²⁵. Dönme hakkı, edim ve karşı edimin tamamen ortadan kaldırılıp, sözleşmenin kurulmasından önceki duruma getirilmesini sağlar³²⁶.

Dönme görüşünü savunan yazarlar, sözleşmeden dönme anından önce tarafların aldıklarını iade etmelerinin hukuki dayanağı ve iade borcuna uygulanacak zamanaşımı

³²¹ Dayınlar, s. 144 vd; Büyükay s. 217 vd.; Yüklenicinin asli edim yükümlülüğü olan inşaatı yapma ve teslim borcunun niteliği de sona erme iradesinin doğuracağı sonuçlarla ilgilidir. Eğer ani edim borcu kabul edilirse dönme iradesi, sürekli edim borcu olarak kabul edildiğinde fesih iradesi olduğu sonucuna varılır. Atamulu, s. 143.

³²² Öz, Dönme, s. 187; Atamulu, s. 143.

³²³ Buz, Vedat: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 81; Öz, Dönme, s. 26.

³²⁴ Buz, Dönme, s. 81; Serozan, s. 121-122.

³²⁵ Buz, Dönme, s. 65; Öz, Dönme, s. 31; Ergezen, s. 50-52.

³²⁶ Buz, Dönme, s. 66.

konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Ancak ileri sürülen görüşlerdeki ortak özellik, dönme hakkının kullanılmasıyla amaçlanan durumun, taraflar arasında mevcut olan sözleşme ilişkisinin sonuçlarıyla beraber ortadan kaldırılması, sözleşmenin kurulduğu andaki durumun yeniden sağlanmasıdır³²⁷. Dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte tarafların karşılıklı olarak alacakları sona erer, daha önce ifa edilen edimleri geri verme yükümlülüğü doğar. Yüklenici ücretini³²⁸ almışsa bunu faiziyle, iş sahibi de eseri ondan elde ettiği yararlarla birlikte geri verecektir³²⁹.

Bu konudaki en eski görüş olan klasik dönme görüşüne³³⁰ göre, sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, hakkın kullanılması ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve borç ilişkisi hiç kurulmamış gibi olur³³¹. Baştan itibaren ortadan kalkan sözleşme gereğince yerine getirilen edimleri iadesi, daha önce karşı tarafa devredilen hak aynı hak dahi olsa, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (TBK m. 77 vd.) ve iade talebine dayanan şahsi hakkın ileri sürülmesi suretiyle talep edilebilir³³². İade borcu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak talep edilebildiğinden, dönme beyanının ulaşmasından itibaren iki yılın ve her hâlde edimin ifası tarihinden başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. TBK m. 79'da sebepsiz zenginleşenin, onun iyiniyetli olmasına veya iyiniyetli olmamasına göre farklı şekilde düzenleyen hükümler, dönme sonrası iade borcunun kapsamının belirlenmesinde uygulama alanı bulacaktır. Dönme hakkı kullanılmadan önce iade borçlusu kural olarak iyiniyetli sayılacağından, iade borçlusu zenginleşmenin artık mevcut olmadığını ve zenginleşmeyi iyiniyetli olarak kısmen veya tamamen elinden çıkardığını ileri sürerek, iade konusu edimden sadece elinde kalanı vermek suretiyle iade borcundan kurtulabilecektir³³³.

³²⁷ Öz, Dönme, 225.

³²⁸ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ücret alacağı yerine arsa payı alacağı kararlaştırıldığından, yüklenici arsa payı alacağını almışsa, arsa payını ondan elde ettiği yararlarla geri verecektir.

³²⁹ Uçar, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 182; Ergezen, s. 121

³³⁰ Öz, Dönme, s. 39; Buz, Dönme, s. 118; Şahin, s. 281; Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 63.

Dönme görüşünü savunan yazarları gerekçeleri, a) eser sözleşmesi ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli olduğundan, ani edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için öngörülen TBK m. 117-125 hükümleri uygulama alanı bulacak olması, b) temerrüde düşen yüklenicinin tamamladığı kısım orantılı karşı edim talebinin hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesi, c) yüklenicinin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin temerrüdü halinde uygulanmasının mümkün olmaması, d) TBK m. 486 hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün bulunmaması, e) temerrüde düşen yüklenicinin sözleşme konusu arsaya ve binaya arsa sahibi ile paydaş olmasının sakıncası olarak sıralanmıştır. Detaylı açıklama için bkz Atamulu, s. 144-153.

³³¹ Buz, Dönme, s. 118-119.

³³² Kırca, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ankara 2007, s. 83; Coşkun, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Ankara, 2010, s. 127; Buz, Dönme, s. 119.

³³³ Yener, Arsa Payı 2007, s. 111; Karşı görüş için, Tandoğan, Mes'uliyet 505.

Yasal (kanuni) borç ilişkisi görüşü³³⁴, temelde klasik dönme görüşü ile aynı esaslara dayanmakla birlikte, iade alacaklısının sebepsiz zenginleşmenin 2 yıllık kısa zamanaşımı süresinden kurtarılması için ortaya atılmıştır. Bu görüş, iade borçlarının doğrudan kanundan (TBK m. 125) doğan borçlar olduğunu ve özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğini, bu sebeple iade borçlarının 10 yıllık genel zamanaşımı süresine bağlı olduğunu savunmaktadır.

Aynı etkili dönme görüşüne³³⁵ göre, sözleşme ilişkisi bozucu yenilik doğuran dönme hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Ancak klasik dönme görüşünden farklı olarak, bu sözleşme ilişkisi nedeniyle yapılan tasarruf işlemleri de bundan etkilenecektir. Bunun sonucu olarak da geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemi gerektirmeyen (illi olmayan) tasarruf işlemlerinin, dönme üzerine sebepsiz zenginleşme niteliği kazanacağı, öte yandan geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığına bağlı olan, sebebe bağlı (illi) tasarruf işlemlerin ise, sözleşmeden dönülmesi halinde geçersiz hâle geleceği savunulmaktadır. Bu sebeple, tasarruf işleminin hükümsüz olacağı ve ifa edilen edimlerin iadesinin aynı hakka dayanacağı belirtilmektedir. Örneğin TMK m. 1015 gereği hukuki sebebe bağlı bir tasarruf işlemi olan tescil işlemi, hukuki sebebin sonradan ortadan kalkmasıyla yolsuz bir tescil haline gelecek ve aynı hakka dayanılarak yolsuz tescilin düzeltilmesi talep edilebilecektir³³⁶.

³³⁴ Kırca, s. 84; Coşkun, s. 128. Gümüş Borçlar Özel C. 2., s. 78.

³³⁵ Öz, Dönme, s. 39 ve 240; Öz, İnşaat, s. 150; Buz, Dönme, s. 121

³³⁶ Buz, Dönme, s. 139; Öz, Dönme, 241; Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Yayınlanmış Doktora Tezi, İzmir 2008, s. 253.

“...Somut olayda; davalı H. Teker, diğer davalı yükleniciden pay satın almış olup, yükleniciye pay temlik eden davacıya göre, 2. el konumundadır. Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler T.M.K.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 iyiniyetli 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 defi değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı gerek 8.10.1991 tarih 1990/4 esas 1991/13 karar sayılı içtihadı birleştirme kararında ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Oysa davalının yüklenicinin inşa edeceği binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Bu davalı, 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 dolayısıyla 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 iyiniyet 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...” Y. 23. HD. 18.9.2013 T., 2013/3436 E., 2013/5497 K. Benzer yönde Y. 23. HD. 14.1.2013 T., 2013/5665 E., 2013/2 K.

Son dönemde Türk/İsviçre Hukuku'nda daha çok taraftar toplayan ve bizim de katıldığımız yeni dönme (dönüşüm) görüşüne³³⁷ göre dönme hakkının kullanılması, borç ilişkisini geriye etkili olarak ortadan kaldırmayıp, sözleşmenin içeriğini değiştirerek onun tasfiye ilişkisine dönüşmesini sağlamaktadır³³⁸. Bu haliyle dönme hakkı, “değiştirici yenilik doğuran bir hak” olarak görünür. Dönme anına kadar edimlerin ifasını gerektiren borç ilişkisi, içerik değiştirerek tasfiye amacına yönelir. Tarafların aldıklarını iade borcu, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisidir. Bu görüşte dönme, ifa edilmemiş edimler için bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, borçları sona erdirmekte; ifa edilmiş edimler için de değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, geri verme borcunu oluşturmaktadır. Bu görüşe göre; geçerli olarak kurulmuş bulunan bir sözleşme nedeniyle, bu sözleşmenin hukuken bağlayıcı olduğu sırada ifa edilen edimler, ifa edildikleri sırada, geçerli sebeplere dayandıklarından, daha sonra herhangi bir sebeple sözleşmeden dönülmesi halinde, sebepsiz yere ifa edilmiş sayılamazlar. Bu sebeple sözleşmeden dönme, yalnızca taahhüt işlemlerine etki etmekte, ifa edilmiş tasarruf işlemlerinin (aynı hakların) geçerliliğini etkilememekte, sadece şahsi bir talep hakkı doğurmaktadır³³⁹. Dolayısıyla borcun ifası bir tasarruf işlemiyle gerçekleşmişse, geçerli bir tasarruf işlemi bulunduğundan mülkiyet iktisap edene geçecektir. İade talebine muhatap olan taraf, TBK m. 112 vd. hükümleri gereğince aldığını geri vermek zorundadır. Bu görüşte iade yükümlülüğü, sebepsiz zenginleşmeye değil, dönme ile sona ermeyen ancak içerik değiştiren sözleşmeye dayanmaktadır. İade borçları sözleşmesel borçlar olarak kabul edildiğinden, iade taleplerinde uygulanacak zamanaşımı süresi 10 yıldır³⁴⁰.

Sona ermeyi, fesih hakkının kullanılması olarak nitelendiren görüşe³⁴¹ göre, arsa sahibinin sona ermeye yönelik irade beyanı, sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirecektir. Bu görüşteki yazarlar, fesih beyanına kadar sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını savunur. Fesih beyanından sonra taraflar sözleşmeye dayanarak talepte bulunamaz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanacak hükümler

³³⁷ Kurt, s. 302-303; Buz, Dönme, s. 128; Öz, Dönme, s. 37.

³³⁸ Serozan, s. 72 vd.; buz, Dönme, s. 123.

³³⁹ Kırca, s. 84.

³⁴⁰ Kurt, s. 295, Coşkun, s. 129.

³⁴¹ Sungurbey, İsmet, “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapımını Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt)”, s. 173-194.

İleriye etkili sona ermeyi kabul eden yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini yapısı gereği ani sürekli karmaşığı sözleşme olarak kabul eder. Erman, Arsa Payı, 2007, s. 101.

belirlenirken, sözleşmenin yapısı gereği sürekli borç ilişkilerine dair hükümlerin de göz önünde bulundurulması gerekir³⁴².

Eser sözleşmesinin bir çeşidi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde dönmenin etkisi ile ilgili bir görüşe³⁴³ göre, inşaatın tamamlanma oranı ne olursa olsun, sözleşmeden dönülmesi mümkündür. Diğer bir görüş ise³⁴⁴, şayet inşaat önemli ölçüde tamamlanmışsa, dönme halinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi hakkaniyete aykırı sonuç doğuracağından, bu durumda dönmenin yerini feshin alacağını savunmaktadır. Doktrindeki üçüncü bir görüşe³⁴⁵ göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden olduğu, bu sebeple sözleşmenin ancak ileriye etkili olarak feshedilebileceği, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, arsa sahibinin TBK m. 125 uyarınca sözleşmeden dönmesinin ileriye etkili olarak sona ermiş sayılması gerektiği savunulmaktadır³⁴⁶.

Doktrindeki yine bir başka görüş³⁴⁷, arsa sahibinin TBK m. 125/2-3 gereğince sözleşmeden dönmesi üzerine sözleşmenin kural olarak geçmişe etkili olarak (ex tunc) sona ereceğini, ancak bu kuralın bazı istisnai durumlarda sınırlandırılması gerektiğini, sözleşmeden dönme anında, işin bir kısmı yapılmışsa, arsa sahibi işin yapılan kısmını alıkoyarak ve bu kısmın karşılığını vererek, sözleşmeyi ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdirebileceğini savunmaktadır. Böylece yüklenici eserin tamamlanmayan kısmını tamamlamak, arsa sahibi de bu kısmın karşılığını vermek yükümlülüğünden kurtulacaktır.

Buna karşılık, doktrinde bir görüşe³⁴⁸ göre, binanın tamamlanma oranının sona erme bakımından olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumların belirlenmesinde

³⁴² Fesih görüşünü savunan yazarların gerekçeleri; a) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani-sürekli karmaşığı yapısı gereği sürekli borç ilişkisine uygulanacak özgü kuralların göz önünde bulundurulması gerekliliği, b) yüklenicinin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin temerrüdü halinde de uygulanabileceği, c) yüklenicinin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin temerrüt halinde uygulanmasının arsa sahibine tazminat talep hakkı tanınması sebebiyle hakkaniyete aykırılık oluşturmaması, d) Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin temerrüt halinde uygulanmasının TBK m. 486 hükmüne halel getirmemesi, e) KMK m. 25 sebebiyle arsa sahibi ile temerrüde düşen yüklenicinin müşterek malik olmasının problem teşkil etmemesi, f) yüklenicinin emeğinin temerrüt halinde korunması gerekliliği olarak sıralanmıştır. Detaylı açıklama için bkz. Atamulu, s. 154-160.

³⁴³ Tandoğan, Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması s. 35.

³⁴⁴ Kurt, s. 380; Yener, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 104.

³⁴⁵ Erman, Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, İstanbul Barosu Dergisi, s. 215.

³⁴⁶ Seçer, s. 155.

³⁴⁷ Böylece, inşaatın tamamlanan kısmı arsa sahibi için kullanılabilir ise, arsa sahibi yüklenicinin temerrüde düşmesinden zarar görmeyebilir. Aynı şekilde inşaat arsa sahibinin arsası üzerine inşa edildiğinden ve özellikle inşaat önemli ölçüde tamamlanmışsa, sözleşmenin ileriye etkili sona erdirilmesi yüklenicinin de yararına olacaktır. Bu durumda dönmenin fesih olarak değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Aral/Ayrancı, s. 350.

³⁴⁸ Atamulu, s. 177. Atamulu'ya göre, eğer yüklenici temerrüde kusuru ile düşmüşse, somut olayın özelliğine göre, inşaatın % 90'ı tamamlanmış olsa bile sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdirilebilir. Benzer şekilde inşaat % 90'ın altında kalsa dahi, yüklenicinin temerrüde düşmede kusuru yoksa sözleşme ileriye etkili sona erdirilebilir (Benzer yönde, Öz, Dönme, s. 210 vd.). Yine birden fazla parsel üzerinde bina inşası kararlaştırıldığında, toplam inşaat oranı % 90'ı bulmasa bile, inşaatın tamamlanan kısmı arsa sahibinin sözleşmeye uygun şekilde kullanımına elverişli ise, sözleşmenin

yol gösterici olabileceği ancak bunun feshin sonuçları bakımından tek kıstas olmasının isabetli olmadığı, inşaatın fiziki gerçekleşme oranına göre yapılan değerlendirmenin her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar vermeyebileceği, bu oranın öncelikle objektifleştirilmesi ve sonrasında diğer başka ölçütlerle desteklenmesi gerektiği, örneğin inşaattan çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almış olduğu hallerin, yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olup olmadığının da önem arz ettiği ileri sürülmektedir³⁴⁹.

Yargıtay, birçok kararında, klasik dönme görüşünü benimsediğini ve sözleşmeden dönme ile sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkacağını, iade borçlarının tespiti bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını açıkça belirtmektedir³⁵⁰. Fakat dönme hakkının kullanılmasından önce taşınmazların devri sonucunu doğuran edimler ifa edildiğinde, edimlerin iadesi konusunda, aynı etkili dönme görüşünü benimsemektedir³⁵¹. Dönme öncesinde devredilen arsa paylarının iş sahibi adına tesciline yönelik davalarda, üçüncü kişilerin iktisaplarının kötüniyetli oldukları gerekçesiyle korunmaması, yine dönülen sözleşme gereği daha önce karşı tarafa devredilen taşınmaz mülkiyetinin, sözleşmeden dönme ile birlikte tekrar devreden şahsa döneceğine karar verilmesi aynı etkili dönme görüşünün benimsendiğini göstermektedir³⁵². Uygulanacak zamanaşımı hususunda da, iadenin hukuki dayanağı sözleşmenin ihlali olduğundan, iade talebinin 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu belirtilmiştir³⁵³.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu³⁵⁴, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin sona ermesi hususunda verdiği kararda; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla iş belli bir zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin arsa sahibi tarafından sona erdirilmesi halinde,

feshi yoluna gidilmelidir. Yine bloklar halinde bina inşası kararlaştırılan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de, tamamlanan inşaatın fiziki gerçekleşme oranı % 90'ın altında kalsa da, tamamlanmış blokların mevcudiyeti ve bunların arsa sahibinin kullanımına elverişli olması halinde sözleşmenin ileriye etkili sona erdirilmesi hakkaniyete, taraf menfaatlerine uygun olacaktır.

TBK m. 126'da düzenlenen ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının, sözleşmeyi fesih hakkı, kısmen de olsa sürekli edimli borç ilişkisi taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sona ermesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

³⁴⁹ Seçer, s. 156; Yener, s. 108.

³⁵⁰ "...Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlarda sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınılabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de Borçlar Kanununun 63 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir..." Y. 15. HD. 09.12.2004 T., 2003/7040 E., 2004/6389 K.; Y. 15. HD. 21.4.1993 T., 1993/3812 E., 1993/1871 K.

"...Dönme işlemi ise ayrıca zarar giderimi talep etme imkanı vermez, ancak akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan menfi zararın tazmini imkanı verir. Bu çerçevede ise ancak verilenler haksız iktisap kurallarına göre geri istenebilir..." YHGK. 24.11.1999 T., 1999/13-967 E. 1999/ 990 K.

³⁵¹ Buz, Dönme, s. 129.

³⁵² Ayan, s. 269.; Y. 15. HD. 21.4.1993 T., 1993/3812 E., 1993/1871 K.

³⁵³ YHGK, 2.2.1955 T., 1955/15 E, 1955/14 K.

³⁵⁴ YİBGK 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (RG. 27.21984).

uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108 (TBK m. 123 vd.) maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğini; ancak, olayın niteliğinin ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, özellikle inşaatın önemli ölçüde tamamlandığı hallerde TMK madde 2/2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı belirtmiştir³⁵⁵.

Yargıtay sonraki tarihli kararlarında ise, ileriye etkili feshin kabul edilebilmesi için, inşaatın fiziki tamamlanma oranının %90 ve üzerinde olması gerektiğine karar vermiştir³⁵⁶.

YİBK kararı karşısında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatın önemli ölçüde (%90 ve üzeri fiziki gerçekleşme oranında) tamamlanmasına rağmen teslim gününde kendi kusuruyla işi bitiremeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle,

³⁵⁵ "...iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesinin genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edildiği, ancak istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun zaman sürecine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekeceği, Kanunda, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara da yer verildiği, bu sebeple Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici-sürekli karmaşığı" bir özellik taşıdığı görüşünün isabetli olduğu, ancak Borçlar Kanununun 106-108 maddelerinin, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlendiği, bu açıklamalar neticesinde uyumsuzluğun müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, feshin geriye mi, ileriye mi etkili sonuç doğuracağı noktasında toplandığı belirtilmiştir.

BK 106-108. maddelerinin, tüm olaylara aynen uygulanması halinde, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara³⁵⁵ neden olabileceği ve bu kanun hükümlerinin tatminkar olmaktan uzak kalabileceği belirtilmiş ve bu meselenin objektif bir şekilde çözümünün, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağından" yararlanmak suretiyle mümkün olabileceğine, çünkü hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağladığına değinilmiştir.

Sonuç olarak ise, 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, artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliğinin de sonucu etkilemeyeceği, ancak, olayın niteliğinin ve özelliğinin (uyuşmazlığa BK m. 106-108 hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçların) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmesi gerektiği, 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 olacağı görüşüne varılmıştır..."

³⁵⁶ "...Dairemizin uygulamasına göre, davadan sonra inşaatın % 90' nın üzerinde bir seviyeye getirilmesi halinde, artık geriye etkili biçimde feshe (dönme) karar verilemez. Bu fesih, ileriye etkili olmalıdır. Mahkemece her ne kadar, ileriye ve geriye etkili olmaması koşuluyla sözleşme feshedilmiş ise de bila bedel feshe karar verilmiş olmakla, geriye etkili feshe hükmedilmiş demektir.

Bu durumda, ileriye etkili feshe karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken, yüklenicinin mahvına sebep olacak ve geriye etkili sonuç doğuracak biçimde feshe hükmedilmesi doğru olmamış; kararın, açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir..." Y. 15. HD. 10.6.1999 T., 1999/1658 E. 1999/2438 K.; Benzer yönde Y. 15. HD. 2.6.2011 T., 2011/192 E., 2011/3284 K.; Y. 15 HD. 18.1.2011 T., 2010/25 E., 2011/71 K.; Y. 15. HD. 4.2.2005 T., 2004/7507 E., 2005/505 K.; Y. 15. HD. 8.5.2002 T., 2002/139 E., 2002/2397 K.

Öte yandan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun hukuki müzakere toplantısında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kural olarak geriye etkili olarak feshedileceği ve kural olarak geriye etkili fesihle sözleşme tasfiyesinin para, ileriye etkili fesihle ise sözleşmenin tasfiyesinin arsa payı ile yapılacağı, feshin etkisi konusunda mahkemece inşaatın gerçekleşme oranının tespit edileceği, söz konusu oran % 90'ın altında ise ve teslim süresi geçmekle yüklenici temerrüdü gerçekleşmişse hâkimin taraflar arasındaki sözleşmeyi sanki sözleşme hiç yapılmamış gibi, geriye etkili olarak feshedeceği, bu durumda tarafların durumu sözleşme öncesindeki hale döneceği, arsa sahibinin arsa payı devri yapılmışsa bunu geri alacağı gibi yüklenicinin de yaptığı imalat yasal ve arsa sahibinin işine yarayacak durumda bir inşaat ise yaptığı işin bedelini isteyebileceği, geriye etkili fesihle yalnızca menfi zarar istenebileceği, gecikme tazminatı veya cezai şart istenemeyeceği, ileriye etkili feshin, inşaatın % 90 ve üzerinde tamamlanmış olması yüklenicinin süresi içerisinde inşaatı bitirememesi nedeniyle temerrüdü gerçekleşmişse söz konusu olacağı, inşaat belirtilen oranda bitirilmiş yasal ise hakimin bilirkişiden rapor almak suretiyle inşaatın seviyesine göre yüklenicinin hak ettiği bölüm sayısını ve bu bölümlerin hangileri olduğunu tespit edeceği ve sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedeceği görüşü benimsenmiştir.

sözleşmenin arsa sahibi tarafından feshi halinde, feshin kural olarak ileriye etkili sonuç doğuracağı ve yüklenicinin orantılı arsa payı talep edebileceği kabul edilmelidir³⁵⁷. Ancak Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 11.6.2013 tarihli bir kararında, sözleşmenin ileriye etkili sonlandırılabilmesi için binanın % 90 ve üzerinde tamamlanmış olmasının yanı sıra, eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmamasını da aramıştır³⁵⁸. Yargıtay 23. HD. bir başka kararında³⁵⁹ ise inşaatın fiziki gerçekleşme oranı % 85 olmasına karşın, tarafların sözleşmenin ileri etkili feshedilmesi ve tasfiyenin ileriye etkili olarak yapılmasını istemesi karşısında, yüklenicinin gerçekleştirdiği ve davacı yanca temyiz edilmeyerek kabul edilen % 85 fiziki gerçekleşme oran esas alınarak yüklenicinin sözleşmeye göre alması gereken bağımsız bölüm adedinden, indirim yapılmak suretiyle hak ettiği bağımsız bölümlerin adet ve yerlerinin saptanarak varsa alması gereken bağımsız bölümlerin yüklenici adına tesciline karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, sona ermenin kural olarak geriye etkili şekilde sonuç doğurmasıyla birlikte, öncelikle ifa edilmemiş edimler ortadan

³⁵⁷ Erman, s. 215; Ayan, s. 293.

“...Sözleşmenin feshi geriye dönük etkili olur. Taraflar arasındaki ilişki ilk haline döner. Bir başka anlatımla, hiç sözleşme kurulmamış gibi olur. Bu durumda taraflar birbirlerinden aldıklarını geri vermekle yükümlüdürler. Bu kuralın bir istisnası kat karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili 25.1.1984 gün ve E.3 K.1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla getirilmiştir. İnşaatın büyük oranda (%90 ve üzerinde) tamamlanması durumunda Medeni Kanununun 2. maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir. Bundan amaç, yüklenicinin hak ettiği oranda tapu payını elde edebilmesidir...” Y. 15 HD. 14.1.2004 T., 2003/3057 E., 2004/88 K.

“...İnşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede değil ise de (25.1.1984 gün 3/1 İBK)davalı arsa sahibi borcunun tapu devredilmesi suretiyle ifasını kabul ettiğinden alacaklı durumunda bulunan yükleniciler, yapılan imalat için bedel değil, sözleşmedeki paylaşım oranında kendilerine isabet edecek bağımsız bölümlerin tapu kayıtlarının iptâl ve adlarına tescilini isteyebilirler. Arsa sahibi sözleşmedeki borcunu bu şekilde ifa etmeyi kabul ettiği sürece davacıların imalat bedelini TL cinsinden talep etmeleri sözleşmeye aykırılık teşkil eder...” Y. 15. HD. 9.3.2005 T., 2004/4582 E., 2005/1338 K.

³⁵⁸ “...25.1.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda T.M.K.nun 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek Yargıtay 15. HD.nin ve Dairemiz’in gerekse Yargıtay H.G.K.’nin kararlarında inşaatın tamamlanma seviyesi %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı...” Y. 23. HD. 11.6.2013 T., 2013/4203 E., 2013/3983 K. ; Benzer yönde, Y. 23. HD. 19.10.2012 T., 2012/3906 E., 2012/6187 K., Y. 23. HD. 8.11.2013 T., 2013/4564 E., 2013/6948 K.

³⁵⁹ “...Mahkemece, taraflar arasında 19.3.2008 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karar tarihi itibarıyla ileriye etkili olacak şekilde feshine karar verilmiştir.

Ne var ki, her dava ilke olarak dava tarihindeki şartlara göre değerlendirileceğinden ve eldeki davada da sözleşme konusu inşaatın fiziki gerçekleşme oranı dava tarihi itibarıyla belirlendiğinden ileriye etkili feshe de dava tarihi itibarıyla karar verilmesi gerekirken karar tarihinden itibaren ileriye etkili feshe karar verilmesi doğru olmamıştır.

Bunun yanında, tarafların mahkemece verilen ileri etkili fesih kararını benimsedikleri anlaşılmaktadır. Bu tür bir karar verilmesi halinde kural olarak, mahkemece tasfiyenin de yapılması gerekmektedir. Hatta davalı da yargılama sırasında ileri etkili fesih kararına göre tasfiyenin yapılmasını istemiştir. Bu durumda, mahkemece, yüklenicinin gerçekleştirdiği ve davacı yanca temyiz edilmeyerek kabul edilen % 85 fiziki gerçekleşme oranı esas alınarak, bu oran dahilinde; yüklenicinin sözleşmeye göre alması gereken bağımsız bölüm adedinden, indirim yapılmak suretiyle hak ettiği bağımsız bölümlerin adet ve yerlerinin saptanarak varsa alması gereken bağımsız bölümlerin yüklenici adına tesciline karar verilmesi gerekirken, bu hususun da nazara alınmaması hatalı olmuştur...”Y. 23. HD. 7.4.2016 T., 2014/10493 E., 2016/2188 K.

kalkacaktır³⁶⁰. TBK m. 125/3 gereği arsa sahibi, ifa olarak verdiği arsa payını geri isteyebilecektir³⁶¹. Aynı şekilde yüklenici de ediminin ifa ettiği kısmının karşılığını talep edebilecektir³⁶².

Arsa sahibi, sözleşmeden dönme neticesinde menfi zararının tazminini ancak yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise talep edebilecektir³⁶³. Menfi zarar sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır³⁶⁴. Dolayısıyla arsa sahibi sözleşmeyi akdetmeseydi ne durumda bulunacaksa o duruma getirilmelidir. Fark teorisine göre; sözleşme kurulmasaydı alacaklının içinde bulunduğu durum ile malvarlığının hali

³⁶⁰ Ayan, s. 254.

³⁶¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici kural olarak, binayı teslim ettiğinde, arsa payı devrini talep edebilir. Dolayısı ile yüklenicinin arsa payını iade yükümlülüğü, ancak binanın tesliminden önce arsa payının yükleniciye devrinin kısmen veya tamamen kararlaştırıldığı ve gerçekleştirildiği hallerde söz konusu olacaktır.

³⁶² Ayan, s. 255. Ancak yüklenicinin ediminin ifası kapsamında, arsa sahibinin arazisi üzerine bina inşa ettiğinden, bu binayı geri istemesi fiilen mümkün değildir. Ayrıca mütemmim cüz kuralı gereği bina artık arsa sahibinin mülkiyetindedir. Bu durumda yüklenici sadece malzeme ve emeğinin karşılığını talep edebilecektir. Taraflar dönmenin sonucu olarak sözleşmenin kurulmasından önceki duruma geri döneceğinden, yüklenici kar payı isteyemeyecektir. Bkz. Ayan, s. 258.

³⁶³ Kurt, s. 355; Ayan, s. 278.

³⁶⁴ "...Sözleşmeden haklı dönen taraf, temerrüde düşmekte kusurlu olan taraftan BK'nın 108. maddesi uyarınca ancak menfi zarar talep edebilir. Gerçekten, BK'nın 108/II. maddesi uyarınca "...borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir." Doktrinde hakim olan görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar genel bir anlatımla hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın mal varlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Müsbet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müsbet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müsbet zarar, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir. Binaların bitirilmiş olması halinde getirmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa nedeniyle ifaya bağlı ceza (BK. m. 158/II), seçimlik ceza (BK. m. 158/I), eksik işler bedeli, kâr kaybı müspet zarar kapsamındaki alacak kalemlerindedir..." Y. 23. HD. 2.4.2013 T., 2013/329 E., 2013/2078 K.

"...TBK'nın 125/3. maddesinin son cümlesine dayanılarak, borçlu direnimi sebebiyle sözleşmeden dönülmesi üzerine taraflar, TBK'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesi uyarınca ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Ancak, karşısındaki kişiye güvenerek sözleşme akdetmiş olan ve haklı durumda bulunan tarafın, bu sözleşmenin karşı tarafça yerine getirilmemesinden kaynaklanan hayal kırıklığının yanında ayrıca, malvarlığında da eylemli bir azalma meydana gelmektedir. İşte, bu eylemli azalmaya, olumsuz zarar (negative interesse) denilir. Bu zararın tazminine dair yasal dayanak, TBK'nın 125/3. maddenin son cümlesidir.

Olumsuz zarar; sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması sebebiyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Dolayısıyla, karşı tarafın malvarlığına girsin veya girmesin, sözleşme sebebiyle alacaklının cebinden (malvarlığından) çıkan ve yasal olarak harcanan paradır. Doktrinde hakim olan görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar genel bir anlatımla hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın malvarlığına girmese bile o sözleşme sebebiyle cepten çıkan paradır. Müspet zarar ise, sözleşme sebebiyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi sebebiyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir. Binaların bitirilmiş olması halinde getirmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa sebebiyle ifaya bağlı ceza (TBK 179/2), seçimlik ceza (TBK 179/1.), eksik işler bedeli, kâr kaybı, gecikme tazminatı (TBK 125/1) müspet zarar; inşaatın yapımı süresince oturulacak ev için ödenmesi gereken kira bedeli ile yıkılan binanın enkaz bedeline yönelik talepler menfi (olumsuz) zarar kapsamındaki alacak kalemlerindedir. Olumsuz zarar, sözleşmeden dönen alacaklının haklı olması halinde, kusurlu borçludan isteyebileceği, diğer anlatımla, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi sebebiyle sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkan zarardır. Sözleşmenin feshini isteyen ve fesihte haklı olan tarafın TBK'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi uyarınca menfi zararını talep etme hakkı vardır..." Y. 23. HD. 3.12.2015 T., 2014/6623 E, 2015/7866 K; Y. 23. HD. 20.5.2013 T., 2013/1835 E, 2013/3659 K.

hazırdaki durumu arasındaki farkın belirlenmesi söz konusudur³⁶⁵. Menfi zarar, fiili zarar³⁶⁶ ile üçüncü bir kişi ile daha elverişli koşullarda sözleşme akdetme fırsatının kaçırılmasından doğan zararları kapsar³⁶⁷.

İstisnai hallerde, YİBGK kararında belirtildiği şekilde olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda³⁶⁸ sözleşmenin ileriye etkili olarak sonlandırılması halinde yüklenici inşaatın kalan kısmını tamamlama, arsa sahibi ise kalan kısma karşılık arsa payını devir borcundan kurtulacaktır. Buna göre yüklenici inşasını gerçekleştirdiği kısımla orantılı olarak bedele hak kazanacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu bedel hiç şüphesiz arsa payıdır³⁶⁹.

C. ARSA SAHİBİNİN TEK TARAFLI İRADE BEYANIYLA SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ

1. İFA SÜRESİ İÇİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

TBK m. 473/1'e göre yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple

³⁶⁵ Kurt, s. 355; Şahin, s. 306.

³⁶⁶ Fiili zarar, arsa sahibinin sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yaptığı masraflardır. Öz, Dönme, s. 288; Ayan, s. 279, Şahin, s. 288. Tandoğan, Mes' uliyet s. 427-428.

"...Davacının 13.11.2008 tarihli makbuzlarla yatırdığı karar pulu, damga pulu ve sözleşme bedelinin on binde beşi oranında Ziraat Bankasına davalı Üniversite hesabına yaptığı ödemelerin de istirdadını talep etmiştir. Söz konusu alacak kalemleri sözleşmenin karşı tarafça yerine getirileceği inancıyla resmi kurumlara yatırılmış giderler olup, güvenin boşa çıkması sebebiyle uğranılan eylemli zarar, menfi zarar niteliğindedir. Sözleşme iş sahibinin temerrüdü ve kusuru sebebiyle feshedildiğinden davacı yüklenici B.K.nın 108/11. maddesi hükmüne menfi zararlarının da ödetilmesini isteyebilir.

Bu durumda davacının kanıtlandığı menfi zarar kalemleri ile ilgili isteminin de kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu bu talebin reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir..." Y. 15. HD 2.5.2011 T., 2010/2716 E. 2011/2614 K.

³⁶⁷ Gümüş, Borçlar Özel, C. 2, s. 85.

"...Görülüyor ki, sözleşme, işin tasdikli projesine aykırı yapılması, teslim gününde de bitirilmemesi sonucu davacı tarafından haklı olarak feshedilmiştir. Bu durumda davacı BK' nun 108/II. maddesi uyarınca uğradığı menfi zararını isteyebilir.

17.1.1990 tarih ve 13/392-1 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında tanımlandığı üzere menfi zarar "Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır". Başka bir deyişle, burada, alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Uygulamada, kaçırılan fırsatın tazmini şeklinde adlandırılan bu çeşit davalarda var ise, davalı ile sözleşme yapılmadan önce davacıya en yakın teklifte bulunan kimse ile şayet, böyle bir teklif yoksa, bilirkişinin bulacağı sözleşme tarihindeki muhtemel teklif fiyatı ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması sonucu, teklif fiyatı ve haklı fesih sonrası yapılan sözleşme fiyatı arasındaki fark menfi zararı oluşturur..." Y. 15. HD. 14.10.2002 T., 2002/3327 E. 2002/4594 K.

³⁶⁸ Bu noktada hakimlere takdir yetkisi verilmiştir.

³⁶⁹ "...mahkemece mahallinde uzman bilirkişi refakatinde keşif ve inceleme yapıp inşaat seviyesi araştırılmalı, 25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK'nın 2 nci maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek 15 HD'nin ve Dairemiz'in gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında inşaatın % 90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı..." YHGK, 5.6.2015 T., 2013/23-2351/E., 2015/1489 K. Benzer yönde Y. 23. HD. 29.5.2014 T., 2014/432 E., 2014/4157 K.; Y. 23 HD. 8.11.2013 T., 2013/4843 E., 2013/6922 K.;

ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilecektir. Bu hüküm, iş sahibinin temerrütten veya ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kaynaklanan haklarını ileri sürmek için eserin teslim edilmesinin beklemek zorunda kalmasını önlemek amacıyla gütmemektedir³⁷⁰.

Hükümde iş sahibinin işe başlamada veya yürütmede gecikmesi sebebine dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi için farklı ihtimaller öngörülmüştür. Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşmede belirlenen iş programına uymaması ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir nedenden dolayı gecikme yaşanması ihtimali düzenlenmiştir. Edimini ifasında yaşanan gecikme ile yüklenicinin bütün hal ve davranışları dikkate alındığında işin kararlaştırılan sürede bitmeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekir³⁷¹. Eserin herhalde kararlaştırılan zamanında tamamlanamayacağı, yüklenicinin iş görme edimindeki yetersizliğinden anlaşılması yeterlidir³⁷².

Hükme göre dönme sebepleri yüklenicinin kusuru olmadan ortaya çıkmış olsa dahi, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Buna göre işe zamanında başlamama, başlanılan işi geciktirme veya belirlenen tarihte teslim edilemeyeceğinin açıkça anlaşılması halinde durum yüklenicinin kusuru olmadan ortaya çıkmış olsa da, iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir³⁷³. Öte yandan işe zamanında başlamama, işi geciktirme ya da belirlenen tarihte teslim edememe haklı sebepten yahut iş sahibinden kaynaklanan bir sebepten ileri geliyorsa, iş sahibi dönme hakkını kullanamayacaktır³⁷⁴.

Hüküm, eser sözleşmesine ilişkin olarak getirilmişse de karma bir isimsiz sözleşme olan ve yüklenicinin asli edim yükümlülüğü bakımından eser meydana getirme borcu yükleyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da somut olayın niteliğine uygun düşüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanabilecektir³⁷⁵.

³⁷⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 1018.

³⁷¹ Seçer, s. 133.

³⁷² Gümüş, Borçlar Özel C. 2, s. 36.

³⁷³ Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, 52.

³⁷⁴ Hukukun genel ilkelerinden birisine göre de; kimse kendi kusuruna dayanarak bundan bir hak iddia edemeyecektir.

³⁷⁵ Erman, s. 77; "...Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi şerhinin terkinini istemine ilişkindir. BK'nın 358. maddesi hükmüne yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirmesi veya iş sahibinin kusuru olmaksızın gerçekleşen gecikmenin yüklenicinin işi belirli zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olması halinde iş sahibinin tayin edilen zamanı bekleme zorunluluğu olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi mümkün olup..." Y. 15. HD. 26.4.2011 T., 2010/2618 E., 2011/2549 K.

"...Bilindiği üzere, TBK'nın 473. maddesi uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle arsa sahibinin erken fesih isteminde bulunabilmesi için, oluşan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Somut olayda ise sözü edilen bu şart gerçekleşmediği gibi, sözleşmede ruhsat alınması ve işe başlanması için belirli bir vade kararlaştırılmamış, arsa sahiplerince, bu konuda yükleniciye gönderilen ihtarname tebliğ edilememiş, daha sonrasında da yüklenicinin işe başlaması yönünde uyarı amaçlı

TBK m. 473/1 uyarınca arsa sahibinin ifa süresi içinde sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, işe zamanında başlanılmaması veya başlanılan işin geciktirilmesi, gecikme sebebiyle eserin kararlaştırılan zamanda bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılması ve gecikmeyi haklı kılan sebebin bulunmaması gerekir. Ayrıca temerrüde ilişkim TBK m. 117-125 hükümleri kıyasen uygulanarak, süre verilmesi gereken hallerde, arsa sahibinin yükleniciye işin ifasına yönelik ve hacmine uygun bir süre vererek ihtarda bulunması gerekir³⁷⁶. İfaya yönelik süre verme işi, ihtarla birlikte yapılabilir. Verilen uygun süre sonunda dönme beyanının derhal yükleniciye bildirilmesi gerekir³⁷⁷. Yine genel hükümlere göre borcun ifasının sonradan ve objektif şekilde imkânsızlaşmaması da gereklidir (TBK m. 136).

a. İfa Süresi İçinde Sözleşmeden Dönülmesinin Şartları

aa. İşe Zamanında Başlanılmaması veya Başlanılan İşin Geciktirilmesi

Yüklenicinin eserin yapım işine zamanında başlaması ve başladığı yapım işini aralıksız sürdürmesi, eserin zamanında teslim edilmesi açısından önemlidir. Bu yüklenicinin özen ve sadakat borcunun da bir gereğidir.

İşe ne zaman başlanacağını ve işin ne zaman teslim edileceğini taraflar sözleşme yaparken kural olarak belirlerler. Eğer işe ne zaman başlanacağını, işin hangi tarihte hangi aşamaya getirileceği ve teslim tarihi bir iş programında önceden belirlenmişse, kuşkusuz iş bu belirlemeye uygun yürütülmelidir³⁷⁸. Yüklenici, iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir engeli olmamasına rağmen, belirlenen iş takvimine uygun şekilde işe zamanında başlamaz yahut başladığı işi geciktirirse iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmede işe başlama zamanı kararlaştırılmamışsa, yüklenici TBK m. 90 gereği sözleşmenin kurulmasından hemen sonra ve işin niteliği gereği iyiniyet kuralları çerçevesinde tayin edilecek en kısa süre içerisinde

herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır. Tüm bunlara ilaveten yukarda açıklandığı gibi mahkemece, işin kararlaştırılan vadede tamamlanabileceği tespit edilmiştir...” Y. 23. HD. 21.6.2013 T., 2013/1452 E., 2013/4306 K.

³⁷⁶ Karadağ, s. 448; Ergezen, s. 64.; Karşı görüş için Öz, Dönme, s. 61-62.

³⁷⁷ Aral/Ayrancı, s. 345.

³⁷⁸ “...BK.nun 358. maddesi uyarınca, yüklenici esere zamanında başlamazsa, sözleşme hükümlerine aykırı olarak işin yapımını geciktirirse veya iş sahibinin kusuru olmadan bütün tahminlere nazaran yüklenicinin belirlenen zamanda artık eseri bitiremeyeceği şekilde gecikme ortaya çıkarsa arsa sahibi teslim için öngörülen zamanı beklemeden sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Yanlar arasındaki 8.7.1999 günlü biçimine uygun düzenlenen sözleşmenin 4. maddesine göre inşaat başlama tarihi 1.8.1999, inşaatın anahtar teslimi şeklindeki teslim tarihi ise 31.8.2002'dir. Tespit suretiyle alınan 3.2.2002 günlü bilirkişi raporuyla arsa üzerinde herhangi bir imalat olmadığı saptanmış...” Y. 15. HD. 26.4.2011 T., 2002/4739 E., 2003/1044 K.

işe başlamalıdır³⁷⁹. İşe en kısa sürede başlamaz yahut işe başladığı halde iş görme faaliyetlerini benzer işlerdeki normal çalışma temposunda yürütmezse iş sahibi yine dönme hakkını kullanabilecektir³⁸⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eser için malzeme sağlanması veya proje çizdirilmesi ya da ruhsat alınması için resmi kurumlar nezdinde girişimlerde bulunulması da yüklenicinin işe başladığını gösterir³⁸¹. Çünkü her eserin meydana getirilmesi, hem hazırlık aşamasında hem de imalat sırasında az veya çok bir zamana ihtiyaç gösterir³⁸². Bu bakımdan, henüz imalat aşamasına geçmemiş olsa dahi arsanın imar mevzuatı ve inşaa faaliyeti açısından engelsiz hale getirilmesi için girişimlerde bulunan yükleniciye karşı işe zamanında başlamadığından söz edilerek sözleşmeden dönülmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz³⁸³.

Yüklenici işe başlamış olmakla birlikte, işi normal temposunun altında yürütmekte, işin sürdürülme şekli aynı nitelikteki iş yapan başka bir yüklenicinin temposu altında kalmakta ise yüklenici, o işi geciktiriyor demektir³⁸⁴. İşin yapımının sözleşmeye aykırı olarak geciktirilmesi, iş takvimine uyulmaması, ara vadelerin geçirilmesi, yeterli işgücü, araç ve gereçlerin sağlanmaması halinde söz konusu olacaktır³⁸⁵.

İşin yapımının ertelenmesi de işin geciktirilmesine girmektedir. İşin ertelenmesi eseri meydana getirmek için başlanan ve sürdürülen faaliyetlerin eser ortaya çıkarılmadan önce durdurulması demektir. Örneğin 5 kat olarak yapılacak binanın henüz 2 kat karkasına gelindiği halde inşaatın mevcut hali ile terk edilmiş olması işin yapımının geciktirilmesidir³⁸⁶.

İşin öngörülen tempoda yürümemesi nedeniyle iş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için, çalışmanın benzer işlere göre yavaş yürümesinin yanında, somut

³⁷⁹ Karadaş, s. 445; Öz, Dönme, s. 56; Aral/Ayrancı, s. 344; Yükleniciye hazırlık zamanı tanımak gerekmektedir.

³⁸⁰ Baygın, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 26.

³⁸¹ Karadaş, s. 445.

³⁸² Karadaş, s. 445.

³⁸³ Karadaş, s. 446.

“...tüm dosya kapsamından, davalı yüklenicinin ilgili mercilere gerekli başvuruları yaptığı inşaat ruhsatı alımı için gayret sarf ettiği uygulama imar planında önceleri otopark yeri olan arsanın 18.1.1994 tasdik tarihli nazım imar planı ile Şişli Belediyesince konut alanına çevrildiği ve bu planın onanmak üzere İstanbul Büyükşehir Belediyesine gönderildiği, Büyükşehir Belediyesince zemin etütleri yapıldıktan sonra değerlendirme yapılacağına dosyaya bildirildiği görülmektedir. Başka bir deyişle, sözleşme konusu arsada inşaat yapılabilmesi için imar mevzuatı açısından iş son aşamaya getirilmiş bulunmaktadır. Şu halde 22.11.1999 olan fesihte iyi niyetle bağdaşır bir yan yoktur...” Y. 15. HD, 06.11.2002 T., 2002/3513 E. 2012/4971 K.

³⁸⁴ Karadaş, s. 446-447.

³⁸⁵ Aral/Ayrancı, s. 345; Altaş, Sözleşmeden Dönme Hakkı, s. 103.

³⁸⁶ Karadaş, s.447; “...yükleniciye, işe başlaması için çekilen ihtarnın sonuçsuz kalması, yaptırılan tespit inşaatın süre sonunda bitirilmesi olanağının bulunmadığının saptanması, halihazır inşaatın % 20 seviyesinde kalması, yüklenicinin mali yönden aciz halinde olduğunun belirlenmiş olması karşısında sözleşmenin feshine, tapudaki şerhin terkinine karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi doğru değildir...” Y. 15. HD., 25.10.2001 T., 2001/2694 E., 2001/4801 K.

olayın özelliğine göre söz konusu işin daha hızlı yapılmasının mümkün olması da gerekir³⁸⁷.

Yüklenici tarafından işe zamanında başlanılmaması veya başlanılan iş geciktirilmesi halinde, arsa sahibi sözleşmeden dönebileceği gibi verilen sürenin dolmasını bekleyerek, süre sonunda yükleniciyi temerrüde de düşürebilir³⁸⁸.

bb. Eserin Kararlaştırılan Zamanda Bitirilemeyeceğinin Açıkça Anlaşılması

Arsa sahibine sözleşmeden dönebilmesi için, eserin tamamlanması için taraflarca belirli bir vadenin kararlaştırılmış olması ve eserin meydana getirilmesine yönelik iş görmenin eserin teslim tarihinde bitirilmesine engel olacak derecede gecikmesi gerekir³⁸⁹. Söz konu beklenmezlik hali, eserin gecikerek tamamlanmasının kaçınılmaz olarak görüldüğü herhalde mevcuttur³⁹⁰.

Tarafların teslim tarihi kararlaştırdığı sözleşmelerde, kural olarak arsa sahibi vadesi gelmeden işin teslimini isteyemez. Ancak vade gelmemiş olsa bile somut olayın özelliğine göre eserin zamanında bitirilemeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, arsa sahibi TBK m. 473/1'e dayanarak sözleşmeden dönebilir³⁹¹.

Arsa sahibinin sözü edilen dönme hakkını kullanabilmesi için, eserin teslim gününe yetişmeyeceği olasılığının bulunması dönme hakkının kullanılmasına için yeterli olmayıp,

³⁸⁷ Altaş Sözleşmeden Dönme Hakkı, s. 102.

³⁸⁸ Altaş, Sözleşmeden Dönme Hakkı, s. 102.

³⁸⁹ "...Mahkemece bilirkişilerden alınan rapora dayanılarak sözleşmede kararlaştırılan teslim süresinin dolmadığı, kalan sürede inşaatın tamamlanabileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de dosya kapsamından davacı arsa sahipleri tarafından davalı yükleniciye devredilen tapu kayıtları üzerinde yüklenici borcundan dolayı beş ayrı haciz uygulandığı, ayrıca 3.000.000,00 TL' lik ipotek tesis edildiği anlaşıldığı gibi davacıların dinlettiği şahitlerin ifadelerinden de 8-10 aydır inşaatla hiçbir faaliyette bulunmadığı ve inşaatın terk edildiği anlaşılmaktadır. BK'nın 358. maddesinde müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine, imkan vermeyecek derecede olursa iş sahibinin teslimi için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebileceği öngörülmüştür. Yukarıda da değinildiği gibi gerek yüklenicinin borçları sebebiyle uygulanan haciz ve ipotekler gerek işin terk edilmesi karşısında davacı arsa sahiplerinin teslim zamanını beklemeksizin akdi feshetme hakkı doğduğundan mahkemece sözleşmenin feshine, davalıya verilen tapu kaydının iptali ile davacıların hisseleri nispetinde adlarına tesciline karar verilmeli, tazminat ile ilgili istemin de esası incelenerek sonuçlandırılmalıdır. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan delillerin takdirinde yanılığa düşülerek davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmiştir..." Y. 15. HD. 10.7.2012 T., 2011/3843 E., 2012/5268 K.

³⁹⁰ Gümüş, Borçlar Özel, C. 2, s. 23.

³⁹¹ "...sözleşmeye göre inşaatın teslim tarihinin 3.6.2010 olduğu, davanın henüz işin bitirme süresi gelmeden 8.6.2009 tarihinde açıldığı, isteğin TBK m. 473/1 gereğince erken fesih talebi niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Alına bilirkişi raporları ile davalı yüklenicinin inşaatı %45,90 oranında imal ettiği, bu itibarla edimini yerine getirmediği, inşaatın süresi içerisinde bitirilemeyeceğinin anlaşıldığı bu sebeple erken fesih şartlarının oluştuğu, ne var ki, dava dilekçesinde fesih talebi ileri sürülürken davacı vekilince açıkça fesih talebine ilaveten öncelikle davalıya ait payın inşaat değeri tenkis edildikten sonra bakiyenin iptali ile davacı adına tescili istendiği, bu talebin hukuki niteliği itibari ile ileriye etkili fesih mahiyetinde olduğu, buna göre, taleple bağlı kalınarak hüküm tesisi gerekirken, sözleşmenin geriye etkili feshinin doğru olmadığı, bu itibarla, evvela yüklenici tarafından yapılmış olan tüm yasal imalatın değerinin bilirkişi marifetiyle hesaplatılarak en son fiziki seviyenin ulaştığı miktar tespit edilip, bu orana göre yükleniciye isabet etmesi gereken payların bağımsız bölümlerle ilişkilendirilerek tespit edilmesi, bu paydan fazla tapu kaydının davalı yüklenici ve onun devir yaptığı üçüncü kişiler adına kayıtlı bulunması durumunda o oranda tapu iptali ve tescil kararı verilmesi..." Y. 23 HD. 29.4.2014 T., 2014/54 E., 2014/3330 K.

zamanında teslim edilemeyeceğinin kesin olarak saptanması ve açıkça anlaşılması gerekir³⁹². Geçen süreye göre eser alt bir seviyede kalsa bile, kalan sürede hızlı bir tempo ile çalışma sonucu eserin teslimi vadesinde yapılabilecekse arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz³⁹³. Ancak bunu saptarken, her olayın özelliğine uygun hareket etmek, eserin mevcut seviyesine, hacmine, yüklenicinin sermaye ve makine gücü olarak eseri meydana getirme yetkinliğine sahip olup olmadığına bakarak karar vermek gerekir³⁹⁴.

cc. Gecikmeyi Haklı Kılan Sebepin Bulunmaması

Arsa sahibinin TBK m. 473/1'e dayanarak ifa süresi içinde sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, gecikmeyi haklı kılan bir sebep bulunmaması veya gecikme sebebinin arsa sahibinin riziko alanından (ilişki çevresinden, hâkimiyet alanından) kaynaklanmaması gerekir. Aksi halde arsa sahibi ifa süresi içerisinde dönme hakkını kullanamayacaktır. Yüklenicinin edimi objektif olarak imkânsızlaşmışsa, arsa sahibi alacaklı temerrüdüne³⁹⁵ düşmüşse veya yüklenici TBK m. 97³⁹⁶ ile TBK m. 98³⁹⁷ hükümlerine dayanarak işi yapmaktan kaçınabiliyorsa, gecikme haklı sebepten kaynaklanmaktadır.

TBK m. 473'e göre sözleşmeden dönülebilmesinin şartı olarak, özel hükümlerde bahsi geçmeyen temerrüdün diğer şartları olan TBK m. 117-125 hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Buna göre, yüklenicinin temerrüdü için süre verilmesi gereken hallerde, arsa sahibinin yükleniciye işin ifasına yönelik ve hacmine uygun bir süre vererek ihtarda bulunması gerekir³⁹⁸. İfaya yönelik süre verme işi, ihtarla birlikte yapılabilir. Verilen uygun süre sonunda dönme beyanının derhal yükleniciye bildirilmesi gerekir³⁹⁹. Ayrıca borcun ifasının, sonradan ve objektif şekilde imkânsızlaşmaması da gerekir (TBK m. 136).

Arsa payı inşaat sözleşmelerinde arsanın birden fazla paydaşı varsa sözleşmeden dönme iradesinin paydaşların tümü tarafından yükleniciye yöneltilmesi veya tüm paydaşların muvafakatinin alınması zorunludur (TMK m. 692).

³⁹² Karadaş, s. 448.

³⁹³ Karadaş, s. 448.

³⁹⁴ Karadaş, s. 448.

³⁹⁵ Aynı şekilde arsa sahibinin alacaklı sıfatıyla gerekli hazırlık ve işbirliği fiillerini yerine getirmemesi (örneğin arsa teslimini yapmaması, gerekli talimatları vermemesi) de gecikmeyi haklı kılacaktır.

³⁹⁶ Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.

³⁹⁷ Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.

³⁹⁸ Karadaş, s. 448; Ergezen, s. 64.; Karşı görüş için Öz, Dönme, s. 61-62.

³⁹⁹ Aral/Ayrancı, s. 345.

b. İfa Süresi İçinde Sözleşmeden Dönülmesinin Sonuçları

Arsa sahibi, TBK m. 473/1 hükmü sayesinde, teslim borcunun ifasında temerrüde düşen yükleniciye karşı harekete geçmek için, inşaatın teslim tarihini beklemek zorunda kalmaktan kurtulmuştur. Yukarıdaki şartların gerçekleşmesi halinde arsa sahibi, teslim için öngörülen tarihi beklemeden, ifa süresi içerisinde sözleşmeden dönebilir. Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi, kural olarak TBK m. 125'te öngörülen genel hükümlere uygun sonuçlar doğurur⁴⁰⁰. Arsa sahibi dönme hakkını kullandığında, sözleşme geçmiş etkili olarak ortadan kalkar; arsa sahibi kararlaştırılan arsa paylarının devri borcunu ifa etmeyi reddedebilir; daha önce ifa etmişse edimin iadesini isteyebilir. İnşaatın daha önceden teslim edilmiş kısmını iade eder⁴⁰¹. Bu durumda yüklenici, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse arsa sahibi, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.

Doktrinde son zamanlarda savunulan bir görüşe⁴⁰² göre, yapımına başlanmış olan eserlerde, iş sahibi sözleşmeden dönmek yerine, sözleşmeyi ileriye etkili olarak da sona erdirebilir. Bu durumda iş sahibi, karşılığını ödemek suretiyle, inşaatın yapılmış olan kısmını isteyebilir. Diğer taraftan, her ne kadar TBK m. 473/1'de iş sahibinin sadece dönme hakkının varlığından söz ediliyorsa da, diğer bir görüşe, bu hükmün TBK m. 125 vd. hükümlerine yollamada bulunan atıf hükmü olduğu yönündedir. Bu nedenle şartların varlığı, halinde arsa sahibi, sözleşmeyi (geriye veya ileriye etkili olarak) sona erdirmenin yanında, TBK m. 125'de öngörülen diğer iki imkâna da başvurabilecektir⁴⁰³.

Arsa sahibinin TBK m. 473/1'e dayanarak sözleşmeden dönmesi haksız ise, sanki keyfî olarak sözleşmeyi sona erdirmiş gibi TBK m. 484 uyarınca yüklenicinin bütün zararlarını gidermek zorunda kalacaktır⁴⁰⁴.

2. AYIPLI İFA NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

TBK m. 475/1'de inşaatın ayıplı olması halinde arsa sahibinin kullanabileceği üç seçimlik hak öngörülmüştür. Bunlar; sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme ve

⁴⁰⁰ Öz, Dönme, s. 48, "TBK m. 473/1 hükmünün borçlu temerrüdüyle bir ilişkisi olmadığından, borçlu temerrüdüne ilişkin diğer hakların bu hükme dahil edilmesi yerinde değildir."

⁴⁰¹ Aral/Ayrancı, s. 346; Tandoğan, Borçlar Özel C. 2, s. 346.

⁴⁰² Aral/Ayrancı, s. 346; Gökyayla, Emre, "Eser Ve Vekâlet Sözleşmeleri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 289.

⁴⁰³ Aral/Ayrancı, s. 346; Şenocak, s. 25.

⁴⁰⁴ Aral/Ayrancı, s. 346; Tandoğan, Borçlar Özel C. 2, s. 346.

inşaatın onarılmasını isteme haklarıdır⁴⁰⁵. Arsa sahibine tanınan bu haklar, nitelikleri bakımından seçimlik haklar olmakla birlikte, bazı hallerde iş sahibinin seçimlik hakları sınırlandırılmıştır.

Bu seçimlik hakların yanında, arsa sahibine genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı tanınmıştır (TBK m. 475/2). Ancak iş sahibinin tazminat isteyebilmesi, yüklenicinin kusurlu olmasına bağlıdır⁴⁰⁶.

Arsa sahibinin seçimlik hakları kullanmasına yönelik irade beyanı, yenilik doğurucu hakkın kullanılması niteliğindedir⁴⁰⁷.

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna başvurabilmek için ayıplı olarak meydana getirilen eserin, arsa sahibine tamamlanmış şekilde teslimi ve eserdeki ayıpların arsa sahibince muayene edilmesi ve yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Söz konusu şartlar gerçekleştiği takdirde, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu doğar. Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep bulunmadıkça, yüklenici eserdeki ayıplardan dolayı iş sahibine karşı sorumlu olacaktır⁴⁰⁸.

Yüklenici tarafından inşa edilip de arsa sahibine teslim edilen binadaki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumluluğuna gidilebildiği hâllerde, TBK m. 475/1 gereğince arsa sahibinin kullanabileceği seçimlik haklardan birisi sözleşmeden dönme hakkıdır⁴⁰⁹. Ancak kanun koyucu, eser sözleşmesinde arsa sahibinin ayıp sebebiyle dönme hakkını kullanmasını, ayıp sebebiyle sorumluluğun genel şartları yanında, bazı özel şartların varlığına bağlamıştır. TBK m. 475/1, b.1'e göre dönme hakkı, ancak inşaatın, arsa sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olduğu durumda kullanılabilir. Dolayısıyla inşaat önemli derecede ayıplı değilse, arsa sahibi sözleşmeden

⁴⁰⁵ Kocaağa, s. 159.

⁴⁰⁶ Aral/Ayrancı, s. 365; Yalçınduran, s. 139.

⁴⁰⁷ Eren, İnşaat, s. 84; Şenocak, s. 34.

⁴⁰⁸ Akça, Merve, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 16.

⁴⁰⁹ "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi halinde taraflar, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca karşılıklı ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa ettikleri edimleri kusurlu olsalar bile sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sözleşmenin tasfiyesi kapsamında geri isteyebilirler. Arsa sahibinin malvarlığında bir çoğalmadan (zenginleşmeden) söz edilebilmesi için, yapılan işlerin onun işine yaraması gerekir. Bu nedenle, yüklenici tarafından, fesih anına kadar arsa sahibinin malvarlığına giren yararlı ve imar mevzuatına uygun olan imalatın parasal karşılığının ödenmesi talep edilebilir. Bir başka yüklenicinin o imalatı devam ettirerek inşaatı tamamlayabilmesi mümkün ise, o imalat arsa sahibi için yararlı sayılır. Yüklenici tarafından istenebilecek bedel, fesih iradelerinin birleştiği ya da bu şekilde bir irade birleşmesi yoksa fesih hakkındaki mahkeme kararının kesinleştiği veya kesinleşen mahkeme kararına göre belirlenen fesih tarihi itibarıyla, imalatın mahalli piyasa rayıçlarına göre belirlenen bedelidir. Yüklenicinin imalât bedeli isteyebilmesi için yaptığı inşaatın yasal ve arsa sahibinin yararlanabileceği, bazı giderlerden kurtulacağı nitelikte olması gereklidir. Hükmedilecek imalât bedelinin içerisinde bu iş ve imalâtın yapılması için gerekli olan ve yüklenici tarafından ödenmesi gereken ruhsat, proje vs. gibi harcamalar da bulunmaktadır..." Y. 23. HD. 8.10.2015 T., 2015/5895 E., 2015/6386 K.

dönemeyecektir. Ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın ağır olup olmadığının takdiri somut olayın koşullarına göre hâkime bırakılmıştır⁴¹⁰. Hâkim tarafların karşılıklı menfaatlerini gözeterek, hakkaniyet esaslarına göre takdir hakkını kullanacaktır⁴¹¹. Eserin kullanılmalığının iş sahibine sözleşmeden dönme hakkını tanınması için teslim edilen eserin ayıp yüzünden kullanılamaz derecede olması ve eserdeki ayıbın hiçbir şekilde giderilmesinin mümkün olmaması gerekir⁴¹². Sözleşmede kararlaştırılan niteliğin eksikliği halinde kural olarak arsa sahibi kabule zorlanamayacağından, bunun aksini iddia eden yüklenicinin, iddiasını ispat etmesi gerekir⁴¹³.

TBK m. 475/3 hükmü gereğince inşaatın iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılıp da, sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurduğu hallerde iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak; ancak inşaatın onarılmasını ya da bedelden indirim isteyebilecektir. TBK m. 475/3 hükmü ile dönme hakkının kullanım alanını ciddi manada daraltılmış ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanmasına imkan tanınmamıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin mahiyeti gereği, üzerinde inşaatın yapıldığı taşınmaz arsa sahibine ait olduğundan ve kural olarak inşaatın sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracağından, bu durumda arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. TBK m. 475/3 hükmü gereğince hükümden sayılan diğer haklardan inşaatın onarılmasını veya bedelde (arsa payı devir borcunda) indirim isteyebilecektir. Eserin kaldırılmasının aşırı zarara neden olduğu hallerde, iş sahibinin dönme hakkını kullanmasını engellenerek, ekonomik yönden değerli malların imkân dâhilinde korunması ve tahrip edilmemesi amaçlanmıştır⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Kocaağa, s. 161.

⁴¹¹ Aral/Ayrancı, s. 360; Şenocak, s. 51.

⁴¹² "...Uyuşmazlık tarihi itibarıyla olaya uygulanması gereken 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 360/I. maddesi uyarınca iş sahibinin eseri kabulden imtina hakkını kullanabilmesi için eserin iş sahibinin kullanamayacağı ya da kabule icbar edilemeyeceği derecede ayıplı olduğunun belirlenmesi zorunludur. Aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında da, ayıbın ilk fıkrada gösterilen derecede önemli olmaması, başka bir anlatımla kullanılabilir ya da iş sahibinin red hakkını kullanamayacağı derecede az ayıplı olması halinde, iş sahibi eseri kabulden imtina edemezse de; iş bedelinden ayıp miktarında indirim ya da tamirat yapılmasını isteme hakkına sahiptir.

Mahkemece yapılan keşif sonrasında alınan bilirkişiler kurulu raporunda yüklenici tarafından yapılan imalâtın kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olduğuna dair bir belirlemeye yer verilmediği gibi yüklenici tarafından yapılan yol halihazırda kullanılmaya devam edilmektedir. İş sahibince sözleşme de feshedilmemiştir. Bu durumda, iş sahibinin 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 360/I. maddesinde gösterilen eseri reddetme hakkını kullanmadığı gibi kullanma hakkına da sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle; fiili olarak teslim alınarak kullanılan yolla ilgili sözleşme, şartname ve ekleriyle fen ve sanat kurallarına uygun olmayan kısımlar yönünden 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 360/II. maddesi uyarınca ayıplı imalât nedeniyle indirilmesi gereken tespit edilerek, bunun iş bedelinden düşülmesinden sonra yükleniciye hak ettiği iş bedelinin ödenmesine karar verilmesi yerine, imalât sırasında tutulan tek taraflı tutanaklar esas alınarak işin şartname ve standartlarına uygun yapılmadığından iş bedeli talep edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmamıştır..." Y. 15. HD. 9.2.2015 T., 2014/6693 E., 2015/571 K.

⁴¹³ Günel, Mustafa Cahit, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. Ergun Özsunay' a Armağan, İstanbul 2004, 416.

⁴¹⁴ Ergezen, s. 93; Serozan, s. 307; Kocaağa, s. 162.

Ayrıca arsa sahibi, sözleşmenin ayıplı ifa sebebiyle sona ermesinden dolayı uğradığı zararının tazminini yükleniciden genel hükümlere göre talep edebilecektir (TBK m. 475/2). Bu zarar, sözleşmenin kurulması için yapılan masrafları, eserin gözden geçirilmesi için yapılan ve faydasız kalan masrafları ve arsa sahibinin başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmamasından dolayı uğradığı zararları kapsamaktadır.

İnşaata ayıplı olması halinde arsa sahibinin sahip olduğu diğer haklara ilişkin açıklama önceki bölümlerde yapılmıştır⁴¹⁵.

3. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ SEBEBİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Temerrüt, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması, borcunu ifa etmemesidir. Genel olarak temerrütte aranan ilk şart edimin ifa olanağının bulunması, diğeri ise borcun muaccel (istenebilir) olmasıdır⁴¹⁶. TBK m. 117/1’de muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. Hükme göre, temerrüt için borcun muaccel hale gelmesi tek başına yeterli olmayıp, kural olarak alacaklının ihtarı da gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, sözleşmeye uygun şekilde inşaatı tamamlamak ve teslim etmektir. Arsa sahibinin asli edim yükümlülüğü ise, devri kararlaştırılan arsa payını, sözleşmeye uygun şekilde yükleniciye yahut onun göstereceği üçüncü kişiye devretmektir.

Yüklenicinin inşaatı kararlaştırılan süre içerisinde tamamlamaması veya inşaatı tamamlamakla birlikte teslimde gecikmesi yüklenicinin temerrüdüne yol açar⁴¹⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmüş sayılabilmesi için; teslim borcunun muaccel olması, teslimin gerçekleşmemiş olması, teslimin mümkün olması, arsa sahibinin ihtarda bulunmuş olması ve teslim etmemenin haklı sebebe dayanmaması gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü hakkında özel hüküm öngörülmediğinden, ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa (karşılıklı) borç

“...sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde taraflar fesihden önce edimde bulunmuşlarsa bunları geri vermeleri gerekir. Davalı arsa sahibinin yükleniciye ödediği bedel ve üzerine geçirdiği arsa payı yoktur. Yüklenici ise fesihle ilgili mahkeme kararında kabul edildiği üzere proje ve ruhsatına göre inşaatı %45 seviyesinde yapmıştır. Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp yükleniciye iadesi düşünülemeyeceğinden imara, projesi ve ruhsatına uygun yararlanılması mümkün ve arsa sahibinin mal varlığında artışa neden olan imalat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yükleniciye verilmesi gerekir...” Y. 15. HD. 21.7.2005 T., 2005/2182 E., 2005/4441.

⁴¹⁵ Bkz. s. 35 vd.

⁴¹⁶ Karadağ, s. 473.

⁴¹⁷ Ayan, s. 92.

yükleyen bir sözleşme olduğundan, yüklenici inşaatı tamamlama ve teslim borcunda temerrüde düşmüşse, bu konuda genel hükümlerde düzenlenen borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117-122 ve TBK m. 123 vd. hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla arsa sahibi TBK m. 125/1-2’de öngörülen seçimlik haklara göre; aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteyebileceği gibi, aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçerek borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı müspet zararını ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebilecektir⁴¹⁸.

Borçlu temerrüdüne düşen yüklenici, ayrıca TBK m. 118 ve 119 hükümlerine göre, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı arsa sahibinin uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu gibi, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan, ifa imkânsızlığından da sorumlu olacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslimde temerrüde düşmüş olması halinde, arsa sahibi yükleniciye TBK m. 123 uyarınca borcun ifası için kural olarak uygun bir süre verecektir. Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu⁴¹⁹ ise arsa sahibi, her zaman inşaatın teslimini ve gecikme sebebiyle tazminat⁴²⁰ isteyebilir. Ancak arsa sahibi inşaatın tesliminden ve gecikme tazminatı isteme hakkından

⁴¹⁸ “...Sözleşmeye göre, inşa edilecek binadaki bağımsız bölümlerin davacı arsa sahiplerine teslimi gereken tarih, 30.8.1998’dir. Dava, 8.12.1999 tarihinde açılmış olup, 26.9.2000 günü yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporuna göre de inşaatın seviyesi %7’dir. BK.nun 106/I. maddesi ve HGK.nın 9.10.1991 gün 15/340-467 sayılı kararı uyarınca; kararlaştırılan tarihte teslim gerçekleşmemiş ise, yüklenici kendiliğinden temerrüde düşer ve arsa sahiplerinin BK.nun 106/II. maddesi uyarınca üç seçimlik hakkı doğar: Ya, bir mehil tanımaksızın gecikme tazminatını ve kararlaştırılmışsa cezayı talep ederek geciken ifanın yüklenici tarafından yerine getirilmesini beklerler veya geciken ifa nedeniyle zararı zıyan talebinden vazgeçerek bağımsız bölümlerin bedellerini isterler veyahut münasip bir mehil vererek (BK.nun 107’deki koşullar varsa vermeden) sadece sözleşmenin feshini (dönme) ve intikal ettirdikleri tapuların BK.nun 108 inci maddesi gereğince iadesini (tapu iptali-tescil) talep edebilirler.

Somut olayda, vadenin dolduğu 30.8.1998 tarihinde, inşaatın seviyesi %7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır. Verilecek bir mehilin de tesirsiz kalacağı açık olduğundan, davacı arsa sahiplerinin BK.nun 106/II. ve 107 nci maddeleri uyarınca sözleşmeden dönme hakları doğmuş olup, sözleşmenin geriye etkili feshini ve tapuların da iadesini dava edebilirler...” Y. 15. HD. 18.4.2002 T., 2002/367 E., 2002/1946 K.

⁴¹⁹ TBK m. 124’te öngörülen hallerde süre verilmesine gerek yoktur. Özellikle tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini akdederken, ifa tarihini kesin olarak belirlediği ve vadeden sonraki bir tarihte ifanın artık kabul edilmeyeceğinin sözleşmede öngörüldüğü hallerde, yükleniciye süre verilmesi gerekli değildir.

“...Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde hükmedilen gecikme tazminatı alacaklarına temerrüt faizi yürütülebilmesi için sözleşmede gecikme tazminatının ödeneceği tarihin başka bir anlatımla kesin vadenin kararlaştırılmış ya da alacaklının yöntemine uygun ihtarıyla borçlunun temerrüde düşürülmüş olması zorunludur. Sözleşmede kararlaştırılan kesin vade bulunmamaktadır. Davacının 18.06.2004 tarihli ihtarnamesi davalıya 11.08.2004 tarihinde tebliğ edilmiş, ihtarnamede tanınan 20 günlük süre eklendiğinde ihtar tarihine kadar gerçekleşen gecikme tazminatı yönünden temerrüt 01.09.2004 tarihinde gerçekleşmiştir. Dava tarihine kadar başkaca bir ihtar bulunmamaktadır. Bu durumda ihtarnamenin keşide edildiği 18.06.2004 tarihine kadar davacının istemekte haklı olduğu gecikme tazminatı hesaplatılarak bu miktara 01.09.2004 temerrüt tarihinden, ihtar tarihinden dava tarihine kadar gerçekleşen gecikme tazminatı alacağı için dava tarihinden temerrüt faizi uygulanmasına karar verilmesi gerekir...” Y. 15. HD. 24.12.2008 T., 2008/6774 E., 2008/7626 K.

⁴²⁰ Gecikme tazminatının kapsamına, gecikme sebebiyle arsa sahibinin fiilen uğradığı zararlar ile yoksun kaldığı kazanç kayıpları girer. Kocaağa, s. 126. Ayrıca arsa sahibi, TBK m. 113/1’e göre masrafi yükleniciye ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini de isteyebilir.

vazgeçtiğini derhal bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan (müspet) zararının giderilmesini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın giderilmesini isteyebilir. Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklara ilişkin açıklama önceki bölümlerde yapılmıştır⁴²¹.

Borçlunun temerrüdü ve verilen ek sürenin yararsız geçmesi üzerine arsa sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Sözleşmeden dönme henüz yerine getirilmemiş edimler için borçtan kurtarıcı (ileriye dönük) etki yaratırken, yerine getirilmiş olan edimler için ise (geriye dönük) iade borcu doğuracaktır⁴²². Buna göre sözleşmeden dönmenin amacı, borç ilişkisinin kurulmasından önceki hukukî durumun yeniden sağlanmasıdır⁴²³. Bu sebeple geriye etkili fesihte yükleniciye inşaatın fesih tarihindeki fiziki durumuna uygun bağımsız bölüm verilmeyecektir. Ancak 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 isteyebilir⁴²⁴.

⁴²¹ Bkz. s. 24 vd.

⁴²² Dönme ile fesih arasındaki fark da genel olarak bu noktada ortaya çıkar. Dönme, geçmişe etkili (ex tunc) hukukî sonuçlar doğurduğu ve ifa edilen edimlerin iadesi borcunu doğurduğu hâlde, fesih ileriye etkili (ex nunc) hüküm ve sonuç doğurur. Ergezen s. 50.

“...Taraflar arasındaki kat karşılığı sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine karar verildiğine göre, tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre birbirlerine verdiklerini geri almaları gerekir. Sözleşmenin feshi davasında tapu iptali tescil kararı verilmekle arsa sahibi yükleniciye verdiği taşınmazını geri almıştır. Davacı yüklenici bu davada dava dilekçesinde açıkladığı şekilde arsa sahibine ödemeler yaptığını belirterek bu konularda istemde bulunduğuna göre, yüklenicinin bu istemlerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değerlendirilip bir sonuca varılması gerekirken, yüklenicinin bu yönlerle ilişkin isteminin de reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...” Y. 15. HD. 05.10.2010 T., 2010/4112 E., 2010/4991 K.

“...sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde taraflar fesihten önce edimde bulunmuşlarsa bunları geri vermeleri gerekir. Davalı arsa sahibinin yükleniciye ödediği bedel ve üzerine geçirdiği arsa payı yoktur. Yüklenici ise fesihle ilgili mahkeme kararında kabul edildiği üzere proje ve ruhsatına göre inşaatı %45 seviyesinde yapmıştır. Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp yükleniciye iadesi düşünülemeyeceğinden imara, projesi ve ruhsatına uygun yararlanılması mümkün ve arsa sahibinin mal varlığında artışa neden olan imalat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yükleniciye verilmesi gerekir...” Y. 15. HD. 21.7.2005 T., 2005/2182 E., 2005/4441.

⁴²³ Ergezen, s. 51; Buz, Vedat: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 78;

⁴²⁴ “... Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da tarafların sözleşmenin etkisinden kurtulmaları, başka bir anlatımla, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi gerekir. Geriye etkili fesihte alacaklı B.K.nın 108/1 maddesine dayanarak yükleniciye veya onun halefi durumundaki kişilere verdiği tapuları geri isteyebilir. Geriye etkili feshin en önemli sonucu da tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına getirilmeleridir. Bunun anlamı tarafların hiç sözleşme yapılmamış gibi sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönmeleridir. Kısaca söylemek gerekirse, geriye etkili fesihte yükleniciye inşaatın fesih tarihindeki fiziki durumuna uygun bağımsız bölüm verilmez.

Feshin geriye etkili olacağı konusunda taraf iradelerinin uyusmaması halinde mahkemeye ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. 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. Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farzedilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir. Örneğin, avans niteliğinde bir miktar arsa payı devredilmiş ise arsa payının adına tescilli arsa sahibince; yasaya uygun bir kısım imalat gerçekleşmiş ise bunun bedeli de yüklenici tarafça istenebilir. Oysa, ileriye etkili fesihte sonuç farklıdır. Burada arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru sebebiyle uğradığı zararların ödenmesini de ister. İnşaatın seviyesi (tamamlanma oranı) önce belirlenmeli, davalı yüklenicinin hak ettiği arsa payıyla arsa sahiplerine bağımsız bölüm ve bırakılacak pay oranı, inşaatın bitirilmiş olması durumunda yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölüm (ve arsa payı) oranına kıyas yolu uygulanmalı, böylece yüklenicinin yaptığı kısmı ifanın aynı olarak karşılığı tespit edilmeli, aynı olarak

4. TAZMİNAT KARŞILIĞI SÖZLEŞMENİN FESHİ

Sözleşmenin taraflarından biri, haklı bir sebep olmaksızın, kural olarak tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiremez, sona erdirdiği takdirde, diğer tarafın bu yüzden uğradığı zararın tamamını tazmin etmek zorundadır⁴²⁵. Ancak, kanun koyucu bu kurala istisna getirebileceği gibi, taraflar da sözleşmede bu kuralın aksine ilişkin düzenleme yapabilirler. Bu konuda TBK' da öngörülen tipik istisna TBK m. 512'de düzenlenmiştir⁴²⁶. Hükme göre, vekâlet sözleşmesi taraflarından her biri, her zaman vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilir.

TBK m. 512' de vekâlet sözleşmesi taraflarına tanınmış olan bu istisnai hak⁴²⁷, iş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmesinin taraflarına tanınmamıştır. Kanun koyucu TBK m. 484' de iş sahibine, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hakkı tanınmıştır. İş sahibine sözleşmeyi feshedebilmek için haklı bir sebebe dayanma yahut herhangi bir olgunun gerçekleşmesi şartı getirilmemiştir⁴²⁸. İş sahibinin yenilik doğuran fesih hakkını kullanabilmesinin tek şartı, bu yönde bir iradesinin oluşması ve muhatabına ulaşmasıdır⁴²⁹.

TBK m. 484 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanıp uygulanamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe⁴³⁰ göre, TBK m. 484 hükmü, karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulama alanı bulabilecektir. Diğer görüşe⁴³¹ göre, sözleşme ile yükleniciye devri kararlaştırılan arsa payına ve üzerine yapacağı inşaatın bir bölümüne sahip olabilecek durumdaki yüklenicinin bu hakkının ödenecek tazminatla karşılanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını aynı zamanda menfaatler dengesine de uygun olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan *Erman*'a göre⁴³², arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina

bağımsız bölüm verilmesi mümkün olmadığı takdirde yapılan iş ve bağımsız bölümlerin saptanacak değerlerine göre ivaz ilavesi suretiyle tasfiye gerçekleştirilmeli mevcut işe göre geri alınması icap eden bağımsız bölüm (arsa payı) mevcut ise bunların davacılar a ait olduğu belirlenmelidir. Mahkemece ileriye etkili feshin sonuçlarının bu şekilde hüküm yerinde gösterilip açıklanması, tasfiyenin gerçekleştirilmesi ve uyumsuzluğun giderilmesi gerekmektedir..." Y. 23. HD. 17.9.2013 T., 2013/3588 E., 2013/5446 K.

⁴²⁵ Eren, İnşaat, s. 91.

⁴²⁶ TBK m. 564'de saklatanın, saklama sözleşmesini her zaman ileriye etkili olarak sona erdirebileceği düzenlenmiştir.

⁴²⁷ TBK m. 512'ye göre vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak ve kural olarak tazminat ödemedi sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü kılınmıştır.

⁴²⁸ Eren, İnşaat, s. 91; Aral/Ayrancı, s. 378; Zevkliler/Gökyayla, s. 565

⁴²⁹ Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 209.

⁴³⁰ Gümüş, Borçlar Özel, C. 2, s. 191; Yavuz/Acar/Özen, s. 1097; Şahin, s. 128; Coşkun, s. 179.

⁴³¹ Buz, Fesih, s. 223; Kırmızı, s. 759; Erman, s. 215.

⁴³² Erman, s. 215.

yapımının, bedel karşılığı inşaat yapma borcu doğuran eser sözleşmesinde olduğu gibi, yalnızca arsa sahibinin yararına gerçekleştirilen bir iş olduğu ileri sürülemez. Yargıtay TBK m. 484 hükmünü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamaktadır. Yargıtay kararlarında, arsa sahibinin hiçbir sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshettiği hallerde TBK m. 484 hükmünün uygulanacağı, şayet sebep gösterdiği hallerde feshin ancak mahkeme kararıyla mümkün olacağı belirtilmiştir⁴³³.

TBK m. 484 hükmünü arsa pay karşılığı inşaat sözleşmesine uyguladığımızda, arsası üzerine inşa edilecek binanın tamamlanmasını veya sözleşmeye taraf olan yüklenici tarafından tamamlanmasını herhangi bir sebeple istemeyen arsa sahibi, TBK m. 484'e dayanarak sözleşmeyi hiç bir sebep göstermeksizin feshedebilecektir. Kanun koyucunun arsa sahibine böyle bir hak tanımasının sebebi, inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi ile yüklenici arasındaki güven ilişkisinin önemli olması ve arsa sahibinin hangi sebeple olursa olsun artık istemediği bir yükleniciyle çalışmak zorunda bırakılmaması düşüncesidir⁴³⁴.

TBK m. 484 hükmünde öngörülen tazminat karşılığı fesih hakkı, haklı sebeple fesih hakkından ayrılır. Haklı sebeple sözleşmeyi fesheden arsa sahibi, kısmen veya tamamen tazminat borcundan kurtulurken; haklı sebep göstermeksizin (keyfi olarak) sözleşmeyi fesheden arsa sahibi, yüklenicinin bütün zararlarını tazminle yükümlü olacaktır. Kanun koyucu TBK m. 484' te iş sahibine hiçbir sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshetme imkânı tanırken; öte yandan iş sahibine inşaatın yapılmış olan kısmının karşılığını ödeme ve yüklenicinin bütün zararlarını giderme yükümlülüğü de öngörerek, taraflar arasında adil bir denge kurulmaya çalışmıştır⁴³⁵.

TBK m. 484' ye göre sözleşmeyi fesih hakkı yalnızca arsa sahibine tanındığından, yüklenici anılan hükme dayanarak, haklı sebep ileri sürmeden sözleşmeyi feshetmesi mümkün değildir⁴³⁶. Aksi halde haklı sebep göstermeksizin inşaatı tamamlamayan yüklenici borçlu temerrüdüne düşecek ve borcun ifa edilmemesi (TBK m. 112 vd.) hükümlerine göre sorumlu olacaktır⁴³⁷.

⁴³³ "...dönme beyanı, eser sözleşmesinin arsa payı karşılığı olması ve yüklenicinin karşı çıkması nedeniyle tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğurmaz, dolayısıyla sözleşme yürürlüktedir. Sözleşmeden neden göstererek dönmek isteyen arsa sahibinin mahkeme kararına ihtiyacı vardır. Bu da açacağı "sözleşmenin feshi" davasıyla mümkündür Y. 15. HD. 8.10.1998 T., 1998/2263 E., 1998/3752 K.

⁴³⁴ Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013, s. 233.

⁴³⁵ Kocaağa, s. 251.

⁴³⁶ Eren, Özel hükümler, 2014, s. 677.

⁴³⁷ Eren, İnşaat, 91.

a. Tazminat Karşılığı Feshin Şartları

aa. İnşaatın Henüz Tamamlanmamış Olması

Arsa sahibinin fesih hakkını kullanabilmesi için aranan şartlardan ilki, inşaatın henüz tamamlanmamış olmasıdır. Kanun koyucu arsa sahibinin fesih hakkını zaman yönünden sınırlandırmış ve süreli fesih hakkı tanımıştır⁴³⁸. TBK m. 484' e göre arsa sahibi, ancak yüklenici henüz inşaatın yapımına başlamadan veya inşaatın yapımı devam ederken bu hakkını kullanabilir. Arsa sahibinin fesih hakkının kullanılmasının sınırını TMK m. 2/2' de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Bu sebeple inşaatın bitimine yakın bir zamanda arsa sahibinin fesih ihbarında bulunmasını, TMK m. 2/2' de öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirerek, arsa sahibinin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulamak gerekir⁴³⁹.

Eserin tamamlanması, objektif bütünlüğe sahip, özgülendiği amacı gerçekleştirmeye ve ihtiyacı gidermeye elverişli, taraf iradelerine uygun maddi veya maddi olmayan bağımsız bir emek ürününün meydana getirilmesini ifade eder⁴⁴⁰. Eserde tamamlanmayan kısım, tamamlanan kısma oranla çok az ve eksiklikler önemsiz ise, dürüstlük kuralına göre bu eser, tamamlanmış ve teslimi mümkün bir eserdir⁴⁴¹.

Eserin tamamlanması için onun teslim edilmesi ya da teslim alınması şart değildir. Eserin tamamlanması ile teslimi farklı şeylerdir⁴⁴². Eserin tamamlandığı ancak henüz teslim edilmediği durumlarda arsa sahibinin TBK m. 484'e dayanan fesih hakkı sona erecektir⁴⁴³.

Eserin ayıplı olması onun tamamlanmasına engel teşkil etmeyeceğinden, tamamlanan inşaat ayıplı dahi olsa, arsa sahibi TBK m. 484'e dayanarak sözleşmeyi feshedemez⁴⁴⁴.

İş ilerledikçe, yüklenicinin sarf edeceği masraf ve emek artacağı için arsa sahibinin ödeyeceği bedel ve tazminat da artar. Bu sebeple eğer fesih hakkı kullanılacaksa, ilk aşamalarda kullanılması arsa sahibinin yararına olacaktır⁴⁴⁵. Arsa sahibi, yüklenici işe

⁴³⁸ Eren, İnşaat, s. 92.

⁴³⁹ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010, s. 344; Kartal, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 123.

⁴⁴⁰ Kocaağa, s. 252.

⁴⁴¹ Şahin, s. 62; Uçar, s. 530

⁴⁴² Eren, Özel hükümler, 2014, s. 679.

⁴⁴³ Eren, İnşaat, s. 92.

⁴⁴⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, C. 2, s. 344; Ergezen, s. 117; Kocaağa, s. 252.

⁴⁴⁵ Öz, İnşaat, s. 234; Kocaağa, s. 252.

başlamadan önce, sözleşmeyi feshederse ödeyeceği tazminat, yüklenicinin mahrum kaldığı kar ile sınırlı olacaktır⁴⁴⁶.

bb. Arsa Sahibinin Yükleniciye Fesih Bildiriminde Bulunması

Fesih hakkının kullanılabilmesi için bir diğer şart ise arsa sahibinin, yükleniciye fesih iradesini bildirmesidir.

Fesih bildirimini, tek taraflı⁴⁴⁷ ve muhataba (yükleniciye) varması gerekli bir irade beyanıyla gerçekleşir⁴⁴⁸. Arsa sahibinin TBK m. 484'e dayanan fesih bildirimini yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını derhal doğurur⁴⁴⁹. Fesih hakkı, niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir hak olup, bir defa kullanılmakla sona erer. Bu nedenle arsa sahibi hakkı kullandıktan sonra fesih bildirimini geri alamaz. Fesih bildirimini, geleceğe etkili olarak sözleşmeyi sona erdirir. Fesih hakkının kullanılması herhangi bir şarta da bağlanamaz. Fesih bildiriminin geçerliliği, tacirler için öngörülen istisna saklı kalmak üzere, herhangi bir şekle tabi değildir⁴⁵⁰. Fesih bildirimini açık veya örtülü yapılabilir⁴⁵¹. Buna karşılık, tacirler arasındaki fesih bildiriminin geçerli olabilmesi için TTK m. 18/3 uyarınca noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekmektedir⁴⁵².

Fesih bildiriminde bulunan arsa sahibi, fesih bildiriminde ayrıca yükleniciye inşaatın yapılmış olan kısmının karşılığını ödeme ve zararlarını giderme teklifinde de

⁴⁴⁶ "...İş sahibi, müteahhit daha hiç işe başlamadan da fesih hakkını kullanarak sözleşmeden dönebilir Bu takdirde müteahhidin tazminat talebi sadece mahrum kaldığı karla sınırlıdır. BK'nın 369'uncu maddesince yapılan şey bitmeden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını alacağından fazla, bütünü; tutarından çok ödeyerek sözleşmeyi bozabilir.

Davalı kooperatif, müteahhit A.A. ile olan sözleşmeyi daha müteahhit işe başlamadan önce feshettiğine göre davacının mahrum kaldığı kâra tazminat olarak hükmetmek gerekir..." Y. 15. HD. 4.12.1984 T., 1984/1368 E., 1984/3736 K.

⁴⁴⁷ "...dönme beyanı, eser sözleşmesinin arsa payı karşılığı olması ve yüklenicinin karşı çıkması nedeniyle tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğurmaz, dolayısıyla sözleşme yürürlüktedir. Sözleşmeden neden göstererek dönmek isteyen arsa sahibinin mahkeme kararına ihtiyacı vardır. Bu da açacağı "sözleşmenin feshi" davasıyla mümkündür..." Y. 15. HD. 8.10.1998 T., 1998/2263 E., 1998/3752 K.

Yargıtay ilamında da belirtildiği üzere, arsa sahibi sözleşmeyi TBK m. 484 hükmüne göre feshettiği hallerde, neden göstermediğinden, fesih hakkının kullanılması ve etki doğurması için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmayacaktır.

⁴⁴⁸ Eren, İnşaat, s. 92; Zevkliler/Gökyayla, s. 566.

⁴⁴⁹ "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, iki tarafa borç yükleyen karma nitelikte bir sözleşme olduğu, arsa sahibinin yükümlülüğünün mülkiyetin nakli olduğundan bu nevi sözleşmelerin tek taraflı olarak feshinin mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır..." HSYK Hukuki Müzakere Toplantıları, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 21-24 Kasım 2013 Tekirdağ, s. 3-4.

⁴⁵⁰ Zevkliler/Gökyayla, s. 567; Buz, Vedat, İş Sahibinin BK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, Batider, 2001/2, s. 230; Gümüş, II, s. 97.

Feshin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörülmesi de HMK m. 200'de yer alan "senetle ispat kuralı" gereğince fesih hakkının kullanıldığı ispatı bakımından yazılı şekilde yapılması yerinde olacaktır. TTK m. 18/3 gereği tacirler arasındaki fesih beyanının geçerliliği için öngörülen şekil şartı saklıdır.

⁴⁵¹ Eren, İnşaat, s. 92; Gümüş, II, s. 97.

⁴⁵² Kocaağa, s. 253.

bulunmak zorunda değildir⁴⁵³. İnşaatın yapılmış olan kısmının karşılığının ödenmesi ve yüklenicinin zararlarının giderilmesi feshin şartı değil, sonucudur⁴⁵⁴. Arsa sahibi, inşaatın yapılmış olan kısmın karşılığını ödeme ve yüklenicinin zararlarını giderme teklifinde bulunmadan, hatta hiçbir açıklama yapmadan, keyfi olarak sözleşmeyi feshetmişse, TBK m. 484'e göre fesihle bulunmuş sayılır⁴⁵⁵. Doktrindeki hâkim görüş⁴⁵⁶ ve Yargıtay uygulaması, arsa sahibinin herhangi bir sebep göstermeksizin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden döndüğü veya sözleşmeyi feshettiği hallerde, bu dönme veya fesih beyanının geçersiz sayılmayıp, TBK m. 484 anlamında tazminat karşılığı fesih olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir⁴⁵⁷.

Arsa sahibi fesih beyanında bulunurken sebep göstermek zorunda olmadığı gibi, yüklenicinin tüm zararlarını tazmin edeceğini belirtmesi de gerekmemektedir. Çünkü tazminat ödeme borcu fesih hakkının kullanılmasının kanuni bir sonucudur⁴⁵⁸.

TBK m. 484'de tam fesih düzenlenmişse de, arsa sahibinin sözleşmeyi tamamen feshetmek yerine, kısmen de feshedebileceği; zira tam fesih hakkına sahip olan arsa

⁴⁵³ Eren, İnşaat, s. 93; Buz, s. 230.

⁴⁵⁴ Öz, s. 234; Zevkliler/Gökyayla, s. 566.

⁴⁵⁵ Öz, s. 234; Gümüş, II, s. 96; Karataş, s. 435.

⁴⁵⁶ Gümüş, II, s. 96.

⁴⁵⁷ Gümüş, II, s. 96; Öz, s. 235.

“...Davalı iş sahibi (gördüğüm lüzum üzerine) diyerek ve başka sebep göstermeden 22.5.1984 tarih ve 10466 sayılı ihtarla davacıya vekaletten azlettiğini bildirmiş, davacının 29.5.1984 ve 23.10.1984 tarihli ihtarlarını da cevapsız bırakmıştır. Davalı iş sahibinin bu tutum ve davranışı, akdi fiilen ve hukuken fesih ettiği anlamındadır. Diğer bir deyimle, davalı iş sahibi, eser sözleşmesinin geçerli ve kendisini bağlayıcı olmasına rağmen tek taraflı olarak inşaatı davacıya yaptırmamak kararında olduğunu açık seçik ortaya koymuştur. Çünkü inşaatın yürütülebilmesi ve özellikle hazırlık çalışmalarına başlanabilmesi için işin başında kararlaştırıldığı şekle uyması, haklı bir neden olmadığı halde davacıyı vekaletten azletmemesi ya da kendisine gönderilen ihtarlar vekaletten yürütülmesi gereken işlemleri bizzat yapacağını veya yapmaya hazır olduğunu davacıya cevaben bildirmesi gerekirdi. Davalının buradaki tutumunu sadece temerrüde düşmek şeklinde değil, akitten dönme olarak kabulü, somut olayın özelliğine ve amaçlanan duruma daha uygun düşer. Böyle olunca olayda uygulanması gereken yasa hükmü BK.nun 106 ve 108. maddeleri onayıp, aynı Kanunun 369. madde hükmü olmalıdır.

Gerçekten iş sahibi, yüklenicinin daha işe başlamadan veya işin devamı sırasında BK.369. maddeye dayanarak sözleşmeden dönebilir. Hatta işin tamamlanmasını iş sahibi engellemiş olsa bile eser sözleşmesine ilişkin özel hüküm niteliğini taşıyan BK.nun 369 maddeden yararlanarak ileriye etkili biçimde akdin feshini istemeye hakkı vardır. Bunun için yükleniciye tazminat teklif etmesi de gerekmez. Kuşkusuz iş sahibinin akitten dönmesinin sonucu, yüklenicinin olumlu ve olumsuz tüm zararlarını en üst düzeyde, yasal deymi ile balıgan mabelağ ödemekten ibarettir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır (15. Hukuk Dairesi'nin 15.4.1986 tarih ve 3578/1260 sayılı kararı).

O halde mahkemece yapılacak iş, eserin bedelinden BK.nun 356/1. madde hükmü yollaması ile işçinin hizmet aktindeki sorumluluğuna paralel olarak davacının işi tamamlamamış olması nedeniyle sağladığı tasarruflar, inşaat süresi içinde başka işlerden elde ettiği ya da ihmal ettiği karlar ile 1984/886 esas sayılı davada lehine hükmedilenlerden bu işte sağlayacağı karın içinde bulunması gereken giderler, hesap edilecek kar yoksunluğundan indirilmek suretiyle bakiye kar mahrumiyetine hükmetmek olmalıdır...” Y. 15. HD. 5.10.1987 T., 1986/4079 E., 1987/3415 K.

⁴⁵⁸ “...Öte yandan, arsa sahibi davalı K.. E..’ın, davacı tarafa, “...gördüğüm lüzum üzerine ve inşaatı kendimiz yapmak istediğimizden sözleşmeleri tek taraflı olarak feshettiğimizi ihbaren bildiririz.” ibarelerini içerir 02.05.2012 tarihli ihbarname gönderdiği anlaşılmıştır. BK'nın 369. (TBK'nın 484.) maddesinde iş sahibine hiçbir gerekçe göstermeksizin, deyim yerinde ise keyfi olarak eser sözleşmesini feshetmek yetkisini tanımıştır. Burada yüklenicinin borca aykırı hiçbir davranışı olmasa bile adeta iş sahibinin sözleşmeyi keyfi olarak sona erdirmeye hakkı düzenlenmiştir. İş sahibi fesih bildiriminde bulunurken hiçbir neden göstermek zorunda değildir, “feshettim” demesi yeterlidir, zira bu fesih nedensiz bir fesihtir. Eğer iş sahibi neden gösterirse nedenin haklı olup olmadığının tartışılması gerekeceğinden, anılan madde hükmü uygulanamaz. Neden haksız ise, haksız fesih sebebiyle yüklenici BK'nın 325. madde hükmü uyarınca hesaplanması gereken kâr kaybını; haklı ise bu kez iş sahibi yükleniciden menfi zararını talep edebilecektir...” Y. 23. HD, 17.9.2014 T., 2014/1458 E., 2014/5682 K.,

sahibinin, kısmi fesih hakkına sahip olması gerektiği ve TBK m. 484 hükmünün kısmi fesih halinde de kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir⁴⁵⁹. Ancak bunun için sözleşme konusunun edimin bölünebilir bir nitelik taşıması gerekir⁴⁶⁰. Edimin bölünebilir bir nitelik taşıdığı hallerde, kısmi ifanın söz konusu olması mümkündür⁴⁶¹.

b. Tazminat Karşılığı Feshin Sonuçları

Arsa sahibinin fesih bildirimini, yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ileriye etkili olarak derhal sona erecektir⁴⁶². Fesih bildirimini üzerine, yüklenicinin inşaat yapma yahut tamamlama borcu sona ermekle, arsa sahibinden arsa payı alacağını talep hakkı da sona erer. Arsa payı alacağının yerine, tazminat alacağı geçer⁴⁶³. Sözleşmenin feshinden evvel taraflarca ifa edilmiş edimler, mevcudiyetlerini korumaktadırlar⁴⁶⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile birlikte arsa sahibinin arsa payı devir borcu sona ereceğinden (yerine tazminat alacağı geçer), tapu kaydındaki şerhin de terkinin gerekecektir⁴⁶⁵. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin şerhin tapu kaydından terkin edilebilmesi için tapu müdürlüğüne mahkeme kararı aranacağından, fesih beyanında bulunulmasının mahkeme aracılığıyla yapılarak, mahkemece bu hususta karar verilmesi halinde, terkin işlemi gerçekleştirilebilecektir.

TBK m. 484'te arsa sahibine sadece sözleşmeyi fesih yetkisi vermiştir. Arsa sahibi işi durdurma yetkisine sahip değildir. Arsa sahibi işi haksız olarak durdurursa, alacaklı temerrüdüne düşecektir⁴⁶⁶.

⁴⁵⁹ Eren, İnşaat, s. 93; Kocaağa, s. 255.

⁴⁶⁰ Ayan, s. 282.

⁴⁶¹ Ayan, s. 282.

⁴⁶² Eren, İnşaat, s. 93; Öz, İnşaat, s. 233; Gümüş, II, s. 98; Buz, Fesih, 232; Büyükkay, 2014, s. 196; Ergezen, s. 119; Kocaağa, s. 255; Coşkun, s. 179.

⁴⁶³ Eren, İnşaat, s. 93; Büyükkay, s. 196.

⁴⁶⁴ Seçeri, s. 202.

⁴⁶⁵ "...Yüklenici tarafından açılan davada sözleşmenin aynen ifasına karar verilmesi; arsa sahibinin mirasçıları tarafından açılan karşı davada ise 3.6.2008 tarihli ihtarla yapılan feshin haklı nedenlere dayandığının tespiti ile feshin onanması, fesihte haklı olunmadığı kabul edilirse yüklenicinin uğradığı zararın baliğın mabelağ tazminine hazır bulunduğu belirtilerek sözleşmenin B.K.'nin 369. maddesi uyarınca feshi ve tapu kaydına konan sözleşme şerhinin terkinin istenmiştir. Mahkemece asıl davanın reddine, karşı davanın kabulüyle sözleşmenin BK'nın 369. maddesi uyarınca feshine, yüklenicinin uğradığı toplam 532.383,00 TL zararın davalı-karşı davacı arsa sahibinin mirasçılarından alınarak davalı karşı davalı yükleniciye ödenmesine karar verilmiş, karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Karşı davada tapu kaydına konulan sözleşme şerhinin terkinin de istenmiş, mahkemece bu taleple ilgili olumlu olumsuz bir karar verilmemiştir. HMK'nın 26. maddesi uyarınca talep sonucuyla bağlı kalınarak talep edilen tüm istekler hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmesi zorunludur. Mahkemece sözleşmenin feshine karar verildiğine göre tapu kaydındaki şerhin de terkinine karar verilmesi gerekirken şerhin terkinin istemiyle ilgili olumlu olumsuz bir karar verilmemesi usule aykırı olmuştur..." Y. 15. HD. 18.10.2002 T., 2012/4928 E., 2012/6570 K.

⁴⁶⁶ Eren, İnşaat, s. 93.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin TBK m. 484'de düzenlenen fesih hakkını kullanması ile birlikte karşılıklı edimlerin ifasını öngören sözleşme ilişkisi, tasfiye ilişkisine dönüşür. Sözleşmenin tasfiyesi kapsamında, arsa sahibinin inşaatın tamamlanmasını ve teslimini isteme hakkı ortadan kalkarken, yükleniciye yapılmış olan kısmın karşılığı verme ve yüklenicinin bütün zararlarını giderme borcu doğar. Buna karşılık yüklenici de inşaatı tamamlama ve teslim borcundan kurtulurken, gerçekleştirdiği kısmi ifanın ve zararlarının tazminini talep hakkına kavuşur.

Sözleşme fesih beyanıyla ileriye etkili olarak sona erdiği için, yüklenici tarafından sözleşmenin feshi anına kadar bir kısım inşaat yapılmışsa, yapılan kısım kısmi ifa olarak kabul edilecektir. Bu durumda yüklenici inşaatı tamamladığı orana karşılık gelen arsa payının devrini talep edebilecektir⁴⁶⁷. Şayet yüklenicinin inşaatı tamamladığı kısım, arsa payı devri yapılabilecek oranda değilse, arsa sahibi kısmi ifanın karşılığını yükleniciye para olarak ödemelidir⁴⁶⁸. Yapılmış kısmın karşılığının tespitinde, karşılık arsa payı olarak verilecekse, inşaatın tamamlanma oranı ile sözleşmeye uygun ve tam olarak ifa halinde yükleniciye devredilecek arsa payına bakılır ve orantılı bir karşılık verilir. Eğer karşılık para olarak verilecekse, TBK m. 481 hükmü uyarınca inşaatın yapıldığı yer ve zamanda inşaatın değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak karşılık belirlenir⁴⁶⁹. Şayet yüklenici henüz inşaatı başlamamışsa, sözleşmenin ifası kapsamında yüklenici tarafından fiilen yapılmış olan masrafların (hazırlık işlemleri bedelinin) tazmini gerekir.

TBK m. 484'e göre arsa sahibi kısmi inşaatın karşılığını yükleniciye verdiği takdirde, inşaatın yapılmış olan kısmının kendisine teslim edilmesini isteyebilecek, bu kısmın zilyetliğine zaten sahipse onu alıkoyma hakkına sahip olacaktır⁴⁷⁰.

Yüklenici, sözleşmenin sona erdiği sırada inşaat ne durumdaysa, inşaatı o şekilde teslim etmekle yükümlüdür⁴⁷¹. Sözleşme ilişkisi arsa sahibinin fesih bildirimini üzerine ileriye etkili olarak ortadan kalktığı ve yüklenici fesih bildirimini kendisine vardığı anda inşaatı tamamlama borcundan kurtulduğu için, arsa sahibi, tamamlanmamış inşaatın, sırf bu haliyle eksik ya da ayıplı olduğunu iddia edemeyecektir. Ancak inşaatın tamamlanan kısmı, sözleşmenin feshedildiği aşamada bulunması gereken bir niteliği sahip olmadığından ayıplı olabilir. Ayıplı kısmi ifa halinde inşaatın tamamlanan kısmı, karşılığı verilerek arsa sahibince teslim alındığından, yüklenicinin tamamlanan kısım için ayıp

⁴⁶⁷ Kurt, s. 388; Ayan, s. 277; Seçer, s. 219.

⁴⁶⁸ Seçer, s. 219.

⁴⁶⁹ Aral/Ayrancı, s. 378.

⁴⁷⁰ Aral/Ayrancı, s. 378; Ergezen, s. 119.

⁴⁷¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 566.

sebebiyle sorumluluğu başlayacaktır. Ayıp sebebiyle sorumluluk kapsamında arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi (fesih gerçekleştiğinden dönme hakkı hariç) söz konusu olacaktır⁴⁷².

İnşaata o ana kadar yapılmış olan kısmı kural olarak kısmi ifa sayılmadığı halde, TBK m. 484 hükmüyle buna bir istisna getirildiği ve arsa sahibinin sanki aslında inşaat niteliği taşımayan şeyi kısmi ifa olarak kabul etmesinin sağlandığı belirtilmektedir⁴⁷³.

TBK m. 484 hükmüne göre; sözleşmeyi fesheden arsa sahibi, yapılmış olan kısmın karşılığının yanında yüklenicinin uğradığı bütün zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Arsa sahibinin TBK m. 484 hükmünden kaynaklanan tazminat yükümlülüğü için kusur şartı aranmamaktadır. Çünkü fesih hakkı kanuna dayanan bir hakkın kullanılması niteliğindedir.

TBK m. 484'te geçen "yüklenicinin bütün zararları" deyimini, yüklenicinin sözleşmenin yerine getirilmesine olan menfaatini karşılayan "müspet zararını" ifade etmektedir⁴⁷⁴. Kanun koyucu, arsa sahibini yüklenicinin müspet zararının tazmini ile yükümlü kılarak, sözleşme feshedilmeseydi yüklenici ne durumda bulunacak idiyse, yükleniciyi o duruma getirmeyi amaçlamıştır. Bu sebeple yüklenici, inşaatı yapıp teslim etmiş olsaydı, hangi ekonomik durumda bulunacak idiyse, arsa sahibinden o durumun sağlanmasını isteyebilecektir⁴⁷⁵. Sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiği ve ifaya olan menfaat talep edildiği için, müspet zararın tazmini işin niteliğine uygundur⁴⁷⁶.

Tam tazminat talep etme hakkı, yükleniciyi sözleşmenin feshedilmeyip de ifa ile sona ermesi halinde içinde bulunacağı durumdan daha elverişli bir duruma sokmamalıdır. Bu sebeple arsa sahibinin tazminle yükümlü olduğu müspet zarar miktarı, sözleşme arsa sahibi tarafından feshedilmeyip de yüklenici inşaatı tamamlamış olsaydı, normal şartlarda yüklenicinin ediminin karşılığı olarak elde edeceği arsa payının bedeli ile sınırlı olacaktır⁴⁷⁷.

⁴⁷² Seçer, s. 223; Uçar, s. 40.

⁴⁷³ Zevkliler/Gökyayla, s. 566.

⁴⁷⁴ Kocağa, s. 256.

⁴⁷⁵ "...yüklenici durumunda olan davacılar, iş sahiplerinin gönderdiği 12.11.1985 tarihli ihtarnamede inşaat sözleşmesinin şartlarını bu günden itibaren kabul etmediklerini, sözleşmeyi feshetmek istediklerini, bundan böyle bu sözleşme gereğince hiç bir işlem yapılmamasını bildirerek açıkça feshi ihbarda bulunmuşlardır. Görülüyor ki, davalılar inşaata başlanmadan önce Borçlar Kanununun 369. madde hükmü doğrultusunda bu sözleşmeyi feshettikleri anlaşılmaktadır. O halde anılan madde ile düzenlenen toplama sistemi uygulanarak davacıların olumlu ve olumsuz tüm zararlarının ödtilmesi gerekir. Toplama sisteminde uygulanacak usul de, yüklenicilerin fesih anına kadar kar unsuru hariç olmak üzere, yaptıkları gerçek giderlere eser bitmiş olsaydı sağlayabilecekleri net kar eklenecek zararın tespiti yapılır. Kar oranı her somut olayın özelliğine, yapılması kararlaştırılan inşaatın nicelik ve niteliğine, yöredeki piyasa rayıçlarına ve kara etkili diğer unsurlara göre saptanmalıdır..." Y. 15. HD, 16.10.1989 T., 1989/1623 E. 1989/4247 K.

⁴⁷⁶ Öz, Dönme, s. 147; Zevkliler/Gökyayla, s. 567.

⁴⁷⁷ Eren, İnşaat, s. 95; Zevkliler/Gökyayla, s. 568.

Yüklenicinin eseri tamamlayamamaktan duyduğu üzüntü sebebiyle uğradığı manevi zarar yahut işi tamamlamış olsaydı kazanacağı şöhretten dolayı sağlayacağı başka siparişlerden yoksun kalması yüzünden uğrayacağı maddi zarar, TBK m. 484 kapsamına girmemektedir⁴⁷⁸. Manevi zararın tazmini TBK m. 58 hükmüne göre talep edilebilir.

Yüklenicinin tazmini gereken müspet zararının kapsamına hem fiili zararı hem de yoksun kaldığı kârı girecektir⁴⁷⁹. Arsa sahibi, fiili zarar olarak, yüklenicinin sözleşmenin ifası için yapmış olduğu tüm işçilik ve malzeme masraflarını (hazırlık masrafları ile birlikte) tazmin etmekle yükümlüdür⁴⁸⁰. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işin karşılığı para olarak belirlenmediğinden, yüklenicinin fiili zararı TBK m. 481 hükmü gereğince inşaatın yapıldığı yer ve zamanda yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir.

Yüklenicinin arsa sahibinden talep edeceği yoksun kalınan kâr, feshedilen sözleşmeden elde edilecek kârdır. Arsa sahibi, sözleşmenin feshi nedeniyle yüklenicinin yoksun kaldığı kârın tamamını tazmin etmekle yükümlüdür. Zira TBK m. 484'te inşaatın yapılmış olan kısmın karşılığında başka "yüklenicinin bütün zararlarının" giderilmesi öngörülmektedir. Yoksun kalınan kârın hesaplanmasında, sözleşmenin feshinden sonra başka bir iş bulmak zorunda kalan yüklenicinin o işten fiilen elde ettiği kâr ile başka bir iş yapmaktan kasten veya kötü niyetle kaçınması nedeniyle elde edemediği kârın düşülmesi gerekir. Ancak bunun için, sözleşmenin feshi ile başka bir işten elde edilen kâr arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Yüklenicinin, sözleşme feshedilmemiş olsaydı dahi elde edeceği kâr düşülemez⁴⁸¹.

Tazminat alacağıının muacceliyet anı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁸² TBK m. 484 anlamında tazminat alacağı, arsa sahibinin fesih bildiriminin yükleniciye ulaşip da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte doğar ve muaccel

⁴⁷⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, C. 2, s. 350; Karşı görüş için bkz. Serozan, s. 177.

⁴⁷⁹ "...Dava, TBK' nın 484. (BK'nın 369) maddesi hükmüne dayalı tazminat ödetilmesi istemine ilişkindir.

Taraflar arasında 15.04.2010 tarihinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmış, davalı arsa sahibi 19.04.2010 tarihinde davacı yükleniciye gönderdiği ihtarnameyle, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshettiğini bildirmiş, mevcut tazminat davası ise 13.10.2010 tarihinde açılmıştır.

Yargılama sırasında, davalı arsa sahibinin başvurusu üzerine, Urla Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 05.09.2012 tarih ve 394 E., 721 K. sayılı ilamıyla kendisine vasi tayin edilmiştir. Tayin edilen vasi vekili 04.02.2013 tarihli dilekçeyle, davalı kısıtlının sözleşme tarihi itibarıyla temyiz kudretinin bulunmadığı ve sözleşmenin ehliyetsizlik sebebiyle hukuken bağlayıcı olmadığı savunulmuştur. Ne var ki, mahkemece belirtilen bu savunma üzerinde durulmamıştır.

Bu durumda, öncelikle davalı arsa sahibinin sözleşme tarihi itibarıyla sözleşmeyi düzenleyebilecek ehliyetle bulunup bulunmadığı, bu hususa ilişkin, Urla Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 05.09.2012 tarih ve 394 E., 721 K. sayılı dosyası, mevcut dava dosyası kapsamı ve davalıya ait tüm tıbbi belgeler getirilerek, Adli Tıp Kurumundan alınacak raporla tespit edilerek, varılacak sonuca göre, davalının ehliyetsiz olduğunun anlaşılması halinde davanın reddine, aksi hususun yani, sözleşmenin geçerli olduğunun anlaşılması halinde ise, TBK' nın 484. (BK'nın 369) maddesi uyarınca, yüklenicinin arsa sahibinin keyfi feshi sebebiyle sözleşmeden beklediği net kâr kaybının hüküm altına alınması gerekir..." Y. 23. HD. 26.3.2014 T. 2013/9438 E., 2014/2311 K.

⁴⁸⁰ Aral/Ayrancı, s. 378.

⁴⁸¹ Aral/Ayrancı, s. 379.

⁴⁸² Gümüş, II, s. 101; Buz, Fesih, s. 260.

olur. Buna karşılık tazminat alacağıнын bedel alacağıнын yerine geçtiği düşüncesinden hareket eden ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen başka bir görüşe göre⁴⁸³ sözleşmeye göre, bedel alacağı hangi anda muaccel olacak ve dolayısıyla yüklenici tarafından talep edilebilecek idiyse, tazminat alacağı da o anda muaccel olur ve talep edilebilir⁴⁸⁴.

Tazminatın hesaplanmasında biri toplama yöntemi (müspet metot), diğeri çıkarma (kesinti) yöntemi (menfi metot) olmak üzere başlıca iki yöntem vardır. Toplama yöntemine göre, arsa sahibinin yükleniciye ödeyeceği tazminat, sözleşmenin feshine kadar yapılan tüm harcamalar ile işin tamamlanması halinde elde edilecek brüt kârın toplamından oluşur. Brüt kâr, sözleşme hükümleri, birim fiyat tarifeleri, yüklenicinin ticari defterleri ve diğere belgeler vasıtasıyla tespit edilir⁴⁸⁵. Ayrıca yüklenicinin sözleşmenin feshi dolayısıyla yapmaktan kurtulduğu masrafların ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği kazançların indirilmesi gerekir, ispat yükü arsa sahibine aittir⁴⁸⁶. Çünkü yüklenicinin, fesih sebebiyle serbest kalan iş gücünü ve makinelerini başka işte kullanılarak elde ettiği kazanç, yüklenicinin zararını azaltmaktadır⁴⁸⁷. Ancak yüklenicinin başka şekilde elde ettiği kazanç ile arsa sahibinin feshi arasında bir illiyet bağının bulunması şarttır⁴⁸⁸.

Çıkarma (kesinti) yöntemine göre⁴⁸⁹ ise, ödenecek tazminat, sözleşmede kararlaştırılan bedelden, yüklenicinin inşaatı tamamlamaması nedeniyle tasarruf ettiği işçilik, malzeme vb. giderler ile fesihten sonra yapmış olduğu başka bir işten elde ettiği veya kasten ya da kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kâr⁴⁹⁰ düşülerek bulunur.

⁴⁸³ Eren, İnşaat, s. 95.

⁴⁸⁴ Kocaağa, s. 258.

⁴⁸⁵ Eren, İnşaat, s. 95; Aral/Ayrancı, s. 379; Gümüş, II, s. 99.

⁴⁸⁶ Seçer, s. 245.

⁴⁸⁷ Seçer, s. 245.

⁴⁸⁸ Seçer, s. 245.

⁴⁸⁹ Eren, Özel hükümler, 2014, s. 681.

“...Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre eser sözleşmesinin haksız feshi halinde diğere tarafın kar kaybının hesabında, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 325. maddesi hükmünde öngörülen yöntemin uygulanması gerekir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin yollama yaptığı aynı Kanun'un 325. maddesindeki yöntem "kesinti yöntemi" denilmektedir. Kesinti yöntemine göre, yüklenicinin yapılmayan sözleşme konusu işlerden ötürü mahrum kaldığı karın, yapılmayan (kalan) işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedeli saptandıktan sonra bu bedelden, yüklenicinin işi tamamlayamaması sebebiyle sağladığı tasarruf, bu süre içinde başka bir iş bulup çalışmışsa elde ettiği kar, başka bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanabileceği miktar tespit ettirilip, çıkartılarak kalan üzerinden kar kaybı tutarı hesaplanmaktan ibarettir...” Y. 15. HD. 16.1.2014 T., 2013/764 E., 2014/353 K.

⁴⁹⁰ “...Mahkemece, davalı tarafın, sözleşmeyi haksız olarak feshettiği, böylece davacının kar mahrumiyeti isteyebileceği sonucuna varılmış, bu doğrultuda hükme esas alınan 20.09.2005 tarihli asıl ve 14.02.2006 tarihli ek bilirkişi raporlarında yüklenicinin, sözleşmenin iş sahibi tarafından haksız olarak feshedilmesi nedeniyle mahrum kaldığı kar kaybı hesaplanırken, yüklenicinin işten el çektiği tarihe kadar yapmış olduğu imalatın bedeli 90.535,80 YTL olarak hesaplanmıştır. Oysa dava konusu iş nedeniyle yüklenici tarafından düzenlenen 30.06.2003 tarihli 2 nolu 107.856,87 YTL.lik hakediş bedelinin ödenmemesi nedeniyle, Aliğa İcra Müdürlüğü'nün 2003/1154 sayılı takip dosyası ile hakediş bedeli icra takibine konu edilmiş, borçlu iş sahibinin icra takibine itiraz etmesi üzerine davacı yüklenici tarafından Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/26 Esasına kayıtlı olarak itirazın iptali davası açılmıştır. Bu dava sonucunda

Doktrinde bir görüş⁴⁹¹, yüklenicinin inşaatı sürdürürken arsa sahibinin TBK m. 484 hükmüne göre sözleşmeyi feshetmesi halinde, önce inşaatın bütününe oranla ne kadarlık bir kısmının tamamlandığının saptanacağı ve sözleşmeye göre yükleniciye verilecek arsa payının yapılan inşaat oranındaki kısmının yüklenici tarafından orantılı bedel (karşılık) olarak istenebileceğinin anlaşılacağı, ayrıca sözleşmeye göre yükleniciye verilecek arsa payının geri kalan kısmının değerinden yüklenicinin işi bitirseydi yapacak olduğu masrafların düşüleceği ve böylece bulunan kârın karşılığı tekrar arsa payı olarak ifade edildikten sonra tazminat olarak yükleniciye verilmesine karar verileceği, bu pay ile önceden saptanmış olan yapılan kısmın karşılığı arsa payı toplamının oluşturacağı pay miktarının yüklenicinin olacağı ileri sürülmüştür.

Yargıtay bir kararında⁴⁹², sözleşmede akdin feshi halinde yüklenicinin tamamlayamadığı iş karşılığında tazminat olarak arsa payı talep edebileceğine dair bir hüküm bulunmadığından, davacının akdin haksız feshi sebebiyle tazminat olarak arsa

yüklenicinin yapmış olduğu imalat nedeniyle hakettiği iş bedeli ve dolayısıyla yapılmayan iş miktarı da belirlenmiş olacağından, Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/26 Esas sayılı itirazın iptali davasının kesinleşmesinin beklenmesi gerekir. Bu dosyanın kesinleşmesinden ve yükleniciye yaptırılmayan iş miktarı belirlendikten sonra, hükme esas alınan asıl ve ek bilirkişi raporunda, yüklenicinin mahrum kaldığı kar hesaplanırken, giderler düşüldüğü halde, yüklenici başka bir iş almışsa oradan elde ettiği kar veya böyle bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa, böyle bir işten elde edebileceği kar miktarı düşülmediğinden, yüklenicinin kar mahrumiyetinin hesabında işi tamamlaması dolayısıyla sağladığı tasarrufun, başka bir iş almışsa oradan elde ettiği karın veya böyle bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanacağı miktarın düşülmesinin zorunlu olduğu dikkate alınarak, kar kaybı hesabının yaptırılmayan iş miktarı üzerinden açıklanan şekilde hesaplanması için bilirkişilerden ek rapor alınmalıdır..." Y. 15. HD. 13.2.2008 T., 2006/5324 E., K. 2008/881 K.; Aynı yönde Y. 23. HD. 31.10.2012 T., 2012/3399 E., 2012/6281 K.

⁴⁹¹ Öz, Dönme, s. 149 dipnot 48.

⁴⁹² "...Biçimine uygun, geçerli bir sözleşmeyle arsa karşılığı inşaat yapan ve edimini tamamen yerine getiren yüklenicinin bedel olarak tapuya hak kazanacağında uyumsuzluk yoktur.

Ne var ki, herhangi bir nedenle inşaatın yarım bırakılması, tamamlanamaması durumunda, yüklenicinin sadece bedel olarak para talep edebileceği şekilde uzun süre devam eden uygulama, inşaatlarda 3. kişilerin bağımsız bölüm alıp tapu alamamaları, yüklenicilerin ise hiçbir ücret almadan inşaatı belirli bir seviyeye getirmelerine rağmen bitirememeleri durumunda alacakları paranın üst seviyede değer kaybetmesi yüzünden haksızlıklara yol açması nedeniyle, uygulamada çıkan farklı kararların birleştirilmesi için (içtihadı birleştirme) yoluna gidilmiş ve YBGK'nin 25.1.1994 tarih ve 3-1 sayılı İBK ile, kusurlarıyla akdin feshine neden olan yüklenicilerin, olayın özelliği ve inşaatın seviyesine göre haklı kılıyorsa, yaptığı inşaat oranında tapu alabilmelerine imkân tanınmıştır.

Olayda; akit, yüklenicinin değil, bizzat arsa sahibi olan kooperatifin kusuruyla bozulmuş ve kusur durumu kesinleşmiştir. Anılan içtihadı birleştirme kararıyla yüklenicilere tanınan imkân, kusuru bulunmayan yüklenicilerin akdinin bozulması durumunda da her halükârda kabul edilmelidir. İçtihadı birleştirme kararının konuyla tamamen mutabakatı yok ise de kararın gerekçesindeki düşünce ve içtihadı birleştirmenin maksat ve esprisi göz önünde tutulduğunda arsa sahibinin kusuruyla akdin feshi halinde yüklenicilerin yaptıkları iş oranında tapuya hak kazanabileceklerinin kabulü her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Dava konusu işte ise inşaat belirli bir seviyeye getirilmiş ve o ana kadar davacıya tapu intikali yapılmamıştır. Yüklenici davacıya, iş karşılığı verilecek arsalar üzerinde inşaatlar, alt yapılar oluşturulmuş ve üçüncü kişilere de satılmıştır. Bu aşamada ve özellikle kusursuz bulunması nedeniyle bu olayda davacının inşaatın seviyesi oranında tapu almayla hak kazandığının benimsenmesi hak, adalet ve nefaset kurallarına ve içtihadı birleştirmenin esprisine uygun düşecektir.

İncelenmesi gereken ikinci esasa gelince; yukarıda da belirtildiği gibi akdin BK 369'a göre feshedildiği iddiasıyla tapu iptali istenmiş ise de sözleşmede akdin feshi halinde yüklenicinin yapamadığı işi karşılığında tazminat olarak tapu verileceğine dair bir hüküm bulunmadığından, davacı akdin haksız feshi nedeniyle tapuya değil, tazminata "mahrum kaldığı kâra" hak kazanacaktır. Bu talep ise akdin davacının kusuruna dayanılarak feshedilmesi nedeniyle BK'nin 369. maddesine göre değil, aynı yasanın 325. maddesinde belirtilen esaslar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekeceğinden mahkemece çoğun içinde azında bulunduğu düşüncesinden hareketle haksız fesih nedeniyle uğranılan kâr kaybı bilirkişilerden alınacak bir raporla saptanıp bulunacak miktara hükmedilmelidir..." Y. 15. HD. 26.6.1998 T., 1998/1591 E., 1998/2793 K.

payına değil, mahrum kaldığı kara hak kazanacağını belirtmiştir. Yargıtay bir başka kararında⁴⁹³, sözleşme uyarınca yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin, inşaatın bitim tarihindeki serbest piyasa satış bedelinin tazminat hesabında dikkate alınması gerektiğini dolayısıyla arsa payı olarak talep edemeyeceğini kararlaştırmıştır.

Ancak doktrindeki bir görüşe⁴⁹⁴ ve Yargıtay'ın başka bir kararına göre, sözleşmenin arsa sahibi tarafından tam tazminatla feshedildiği hallerde, yüklenici inşaatın tamamladığı kısmı ile orantılı arsa payı talep edebilecektir.

Yüklenici, somut olayın koşullarına göre, ispat kolaylığı açısından söz konusu iki yöntemden kendisi için en elverişli metodu seçmekte serbesttir⁴⁹⁵. Yargıtay içtihatlarında genellikle toplama yöntemini uygulamakla beraber⁴⁹⁶, yüklenici kâr kaybını istemişse, kesinti yöntemini uygulamaktadır⁴⁹⁷. Ancak doktrindeki bir görüş⁴⁹⁸, toplama yönteminin TBK m. 484 hükmünün lafzına daha uygun olduğunu savunmaktadır.

⁴⁹³ "...Davalı arsa sahibi, sözleşmeyi BK'nin 369. maddesine göre feshettiğini bildirmiştir.

BK'nin 369. maddesine göre, arsa sahibi, eser sözleşmesini hiçbir neden göstermeksizin feshedebilir. Yasa, bu fesih hakkını, arsa sahibine tanımıştır.

Ne var ki, bu tür feshin bir bedeli vardır. Bu bedel de, yüklenicinin zararının balıgan mabelağ tazminidir.

Ferah ferah, bol bol anlamına gelen balıgan mabelağ tazminat, en geniş kapsamlı bir tazminat biçimidir. Gerek öğretide, gerek Yargıtay uygulamasında, bu tazminatın hesabında kullanılan yöntem "toplama metodu"dur. Bu yöntemde, yüklenicinin zararı, fesih anına kadar yaptığı tüm giderlere, eser bitmiş olsaydı sağlayabileceği net kar eklenmek suretiyle tespit edilir. Somut olayda, mahkemece izlenmesi gereken yol şudur:

Sözleşmenin 19. maddesine göre inşaatın müddeti, subasman vizesinin alınmasından itibaren 24 aydır. Sözleşmenin yapılmasını müteakip subasman vizesinin hangi tarihte alınması gerektiği, teknik bilirkişiye hesaplatılarak, buna 24 ay eklenmeli ve böylece teslim tarihi bulunmalıdır.

Sözleşmenin yapıldığı 4.11.1991 tarihinden, az yukarıdaki araştırmaya göre bulunacak teslim tarihine kadar, inşaatın yapıldığı yıllar itibarıyla, serbest piyasa rayıcı üzerinden toplam maliyet bedeli (kar hariç), eskale edilmeden, hesaplanmalı ve sözleşme uyarınca yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin, inşaatın bitim tarihindeki serbest piyasa satış bedelinden, tüm maliyet bedeli düşülerek, yüklenicinin net karı bulunmalıdır.

Bulunacak bu olumlu zarar kapsamındaki net kara, yüklenicinin tümü inşaat nedeniyle yaptığı ve de kanıtladığı giderler, başka bir anlatımla olumsuz zararı - yine eskale edilmeden eklenerek, bulunacak toplam miktara, 18.1.1995 talep tarihinden itibaren işleyecek değişen oranlardaki reeskont faiziyle birlikte, balıgan mabelağ zarar olarak hükmedilmelidir..." Y. 15. HD. 2.4.1998 T., 1998/833 E., 1998/1348 K.

⁴⁹⁴ Coşkun, s. 180; Kırmızı, s. 619; Erman, Arsa Payı, 2007, s.197-198.

"...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..." Y. 23. HD. 24.10.2013 T., 2013/3062 E., 2013/6517 K.; Seçer, s. 206 dipnot 1196.

⁴⁹⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 568.

⁴⁹⁶ "...Bilindiği üzere BK' nın 369. maddesinde, eserin tamamlanmasından önceki bir aşamada iş sahibinin, yapılmış işlerin bedelini vermek ve yüklenicinin zarar ve ziyanını balıgan mabelağ tazmin etmek şartı ile herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi feshedebileceği öngörülmüştür. Anılan yasa hükmüne göre, yüklenici zararı hesaplanırken BK'nın 325. maddesinde ifade edilen kesinti yöntemi değil, toplama yöntemi uygulanır. Bu yöntemde, yüklenicinin fesih tarihine kadar yaptığı giderlere (olumsuz zarar), şayet eser tamamlanmış olsaydı o tarihte elde edeceği net kar (olumlu zarar) eklenerek toplam zarar miktarı bulunur. Nitekim BK' nın 369. maddesi uyarınca yapılan fesih sonucu yüklenicinin olumlu ve olumsuz tüm zararlarını en üst düzeyde isteyebileceği Yargıtay kararlarında ifade edilmiş bulunmaktadır..." Y. 15. HD. 10.04.1989 T., 1989/2592 E. 1989/1833 K.; Y. 15. HD. 16.10.1989 T., 1989/1623 E. 1989/4247 K.

"...Bunun yanında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tapuda pay devri edimi de içerdikleri için kural olarak ancak taraf iradelerinin birleşmesi ile ya da mahkeme kararı ile feshedilebilirlerse de BK' nın 369. maddesi uyarınca gerçekleştirilen fesih işlemlerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla bozucu yenilik doğuran hak sonuçlarını doğurur ve sözleşme ilişkisi sona erer. Bu itibarla da yüklenicinin tazminat alacağı hesabı anılan tarihteki rayiçler üzerinden yapılır..." Y. 15. HD. 27.1.2012 T., 2010/7098 E., 2012/350 K. Benzer yönde Y. 15. HD. 2.4.1998 T., 1998/833 E., 1998/1348 K.

⁴⁹⁷ "...kâr kaybının hesabında 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin yollamasıyla aynı Yasa'nın 325. maddesi hükmünde öngörülen yöntemin uygulanması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 356/l. maddesinin yollama yaptığı aynı

D. YÜKLENİCİNİN TEK TARAFLI İRADE BEYANIYLA SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ

1. OLAĞANÜSTÜ HALLER DOLAYISIYLA SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI VEYA SONA ERDİRİLMESİ

İnşaat sözleşmelerinde taraflar bedeli, kesin (götürü) bedel veya yaklaşık bedel olmak üzere iki şekilde belirleyebilirler. Her iki bedel çeşidi de Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir⁴⁹⁹.

Bedelin önceden ve kesin olarak belirlendiği yahut para olarak değil de bir şey veya başka bir eser olarak kararlaştırıldığı durumlarda götürü ücretin varlığı kabul edilmektedir⁵⁰⁰. Taraflar götürü bedelli sözleşmelerde, bedel miktarını kesin olarak belirlediği için, kural olarak sonradan bedelin artırılması veya indirilmesi istenemez⁵⁰¹. Bu sebeple eserin yapımı, öngörülenden daha az emek ve masrafı gerektirmiş olsa dahi iş sahibi belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlü olup, yüklenici de öngördüğünden daha fazla emek ve masraf harcamış olsa bile bedelin artırılmasını isteyemeyecektir⁵⁰² (TBK m. 480/3).

Bedelin götürü olarak belirlendiği hallerde, maliyetlerin sonradan artması riskini kural olarak yüklenici üstlenmiş durumdadır. Zira eserin bedeli belirlenirken yüklenici, fiyat dalgalanmalarını göz önünde bulundurmalı, hayatın olağan akışı içerisinde ortaya çıkabilecek değişiklikleri dikkate almalıdır⁵⁰³. Ancak bazen hayatın olağan akışına göre, başlangıçta öngörülemeyen ve sonradan meydana gelen fiyat artışları, sözleşmeye bağlı kılınmasını, sözleşmenin mevcut şartlarda ifasını aşırı derecede güçleştirebilir veya imkansız kılabilir ve böylece karşılıklı edimler arasındaki denge esaslı şekilde bozulabilir.

Kanun'un 325. maddesindeki yöntem "kesinti yöntemi" dir. Kesinti yöntemine göre yüklenicinin yapılmayan sözleşme konusu işlerden ötürü mahrum kaldığı kârın hesaplanabilmesi için yapılmayan işin sözleşmesinin feshi tarihindeki bedeli saptandıktan sonra, bu bedelden yüklenicinin işi tamamlamaması nedeniyle sağladığı tasarruf, bu süre içinde başka bir iş bulup çalışmışsa elde ettiği kâr, başka bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanabileceği miktar tespit ettirilip, yapılmayan iş bedelinden çıkarmak suretiyle bulunan miktarın kâr kaybı olduğunun kabulüyle iş sahibi kooperatiftan tahsiline karar vermek gerekir..." Y. 15. HD. 9.5.2013 T., 2012/7521 E., 2013/3029 K. Benzer yönde Y. 15. HD. 13.05.2008 T., 2008/4388 E., 2008/3292 K.; Y. 15. HD. 3.6.1997 T., 1997/2703 E., 199/2929 K.; Y. 15. HD. 26.2.2004 T., 2004/299 E., 2004/1039 K.

⁴⁹⁸ Aral/Ayrancı, s. 379; Eren, İnşaat, s. 96; Eren, Özel Hükümler, 2015, s. 689.

⁴⁹⁹ TBK m. 480 götürü bedeli, TBK m. 481 yaklaşık bedeli düzenler.

⁵⁰⁰ Aral/Ayrancı, s. 368; Gökyayla, Ek İş, s. 217; Zevkliler/Gökyayla, s. 527; Yalçınduran, s. 141.

⁵⁰¹ "...Dava, eser sözleşmesine dayalı fazla yapılan imalat bedelinin ödenmesi istemiyle açılmıştır. Götürü pazarlıkta yüklenici yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla emek ve gideri gerektirse bile, yüklenici bedelin artırılmasını isteyemez. Bu nedenle davanın reddi gerekir..." Y. 15. HD. 7.2.2008 T., 2007/7487 E., 2008/716 K.

⁵⁰² Bu aynı zamanda sözleşmeye bağlılık (ahde vefa, pacta sunt servanda) ilkesinin de bir sonucudur. Ancak çok istisnaen bir dış unsurun rol oynadığı ve her türlü tedbiri almış yüklenicinin bile düşeceği bir hata yapılmışsa, Türk Borçlar Kanunu m. 30 vd. hükümleri uyarınca hata sebebiyle sözleşmenin iptali talep edilebilir.

⁵⁰³ Gökyayla, Ek İş, s. 225.

Bu durumda TBK m. 480/2'de öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, yüklenici hâkimden sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması talep ederek, bedelin artırılmasını isteyebilir⁵⁰⁴.

Yüklenici maliyetlerin sonradan artması ve inşaatın belirlenen götürü bedelden daha yüksek fiyata mal olmasının riskini üstlenirken, inşaatın götürü bedelden daha düşük fiyata mal olmasından da yararlanacaktır⁵⁰⁵.

TBK m. 480/3' e göre inşaatın tamamlanması, evvelce düşünülen daha az emek sarfını gerektirmiş olsa bile, arsa sahibi sözleşmeyle yükümlendiği karşılığın tamamını ödemek mecburiyetinde olacaktır. TBK m. 480/2 'den ayrı olarak clausula rebus sic stantibus kuralının⁵⁰⁶ genel anlamı içerisinde, hal ve koşulların pek fazla değişmesi sebebiyle sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesini arsa sahibinin de talep edebileceği ileri sürülmektedir⁵⁰⁷. Yine arsa sahibi TBK m. 138 hükmünde düzenlenen aşırı ifa güçlüğüne ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını ve bedelden indirim yapılmasını isteyebilecektir⁵⁰⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcuna karşılık, arsa sahibinin de sözleşmede önceden kararlaştırılan ve kesin olarak belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretme borcu olduğu gözetildiğinde, yüklenicinin edim karşılığının götürü bedelli (arsa payı) olduğu kabul edilmelidir⁵⁰⁹. Bu durumda eser sözleşmesinde götürü bedeli düzenleyen TBK m. 480 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanması mümkün olabilecektir⁵¹⁰.

TBK m. 480/1'e göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmeyi yaparken arsa sahibinin devredeceği arsa payı miktarını açıkça belirlediklerinden,

⁵⁰⁴ "...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri götürü bedelli sözleşmelerdir. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK' nın 365. maddesi gereğince götürü bedel kararlaştırılan işlerde yüklenici yapılacak şeyin kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, yapılacak şey tahmin edilen miktardan fazla emek ve masrafı gerektirse bile yüklenici bedelin artırılmasını isteyemez ise de aynı maddenin 2. fıkrası gereğince evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da taraflarca dikkate alınmayan haller, ipin yapılmasına engel olur ve yapılmasını son derece zorlaştırırsa; hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya kararlaştırılan bedeli artırır veya mukaveleyi feshedebilir..." Y. 23. HD. 29.11.2013 T., 2013/5450 E, 2013/7583 K.

⁵⁰⁵ Gökyayla, Ek İş, s. 219.

⁵⁰⁶ Clausula Rebus Sic Stantibus (C.R.S.S), sözleşmenin geçerliliğinin kurulduğu andaki şartlara bağlı olduğuna dair genel bir ilkedir. Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesine istisna teşkil eder.

⁵⁰⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 493-494.

⁵⁰⁸ Kocaağa, s. 197.

⁵⁰⁹ "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kural olarak taraflarca aksine bir hüküm kurulmadığı takdirde götürü bedelli sözleşmelerden olup..." Y. 23. HD. 18.12.2015 T., 2014/8139 E., 2015/8249 K.

⁵¹⁰ Kırmızı, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 666; Gökyayla, Ek İş, s. 220 dipnot 311.

"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin edimi önceden kararlaştırılmış kesin ve belli arsa payı olduğundan sözleşme götürü ücretli sözleşmedir. Bu sebeple TBK m. 482/2'de hüküm altına alınan yaklaşık bedelin aşılması nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, götürü ücretli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanamayacağı ortadadır." Bkz. Kaya, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul 1993, s. 73.

yüklenici öngördüğünden daha fazla emek ve masraf sarf etmiş olsa bile, kendisine devri gereken arsa payı miktarının arttırılmasını talep edemeyecek, edimini sözleşmede kararlaştırıldığı gibi yerine getirmek zorunda olacaktır. Ancak yüklenici TBK m. 480/2 hükmü uyarınca, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar sebebiyle, sözleşmede kararlaştırılan arsa payı karşılığında inşaatın yapılmasının çok zor yahut imkânsız olduğunu iddia ederek, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Uyarlamanın mümkün olmadığı veya arsa sahibinden beklenemediği hallerde yüklenici sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ancak dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilecektir.

a. Olağanüstü Haller Dolayısıyla Sözleşmenin Uyarlanmasının veya Sona Erdirilmesinin Şartları

aa. Başlangıçta Öngörülemeyen veya Öngörülüp de Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Olağanüstü Durumların Ortaya Çıkması

TBK m. 480/2'nin uygulanabilmesinin ilk şartı, sözleşmenin taraflarınca sözleşme kurulurken öngörülemeyen veya öngörülebilip sözleşmenin ifasına etki edeceği tahmin edilmediğinden göz önünde tutulmayan durumlar ortaya çıkmasıdır⁵¹¹.

Olağanüstü hal niteliğindeki bu durumların, mutlaka mücbir sebep niteliğinde olması gerekmez⁵¹². Tarafların öngörebilecekleri fakat meydana gelmeyeceğini kabul ettikleri olağanüstü hallerin ortaya çıkması da yükleniciye bedel artırma veya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verebilir⁵¹³. Olağanüstü durumlar doğal olaylardan kaynaklanmış olabileceği gibi, hukuki veya ekonomik sebeplerden de kaynaklanmış olabilir. Örnek olarak, olağanüstü iklim şartları, terör olayları, savaş, grev, boykot, ithalat yasağı, para değerinin aşırı şekilde düşmesi, döviz değerlerindeki beklenmedik artışlar⁵¹⁴, ekonomik kriz, yüksek oranlı vergilerin yürürlüğe girmesi, doğal afetler vs. gösterilebilir⁵¹⁵. Arsanın dikkatli incelemesinin yapılmasına karşın sonradan zemin incelemesinde jeolojik

⁵¹¹ Büyükay, Yusuf, Götürü Ücretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 1, İstanbul 2010, s. 676; Gökyayla, Ek İş, s. 226.

⁵¹² Gökyayla, Ek İş, s. 227.

⁵¹³ Kaplan, İbrahim, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 3. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 151.

⁵¹⁴ Şubat 2001 krizinden sonra fırlayan döviz kurları sebebiyle yurt dışından getirilecek hammadden fiyatının aşırı derecede artması.

⁵¹⁵ Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 2001, s. 151.

aksaklığın olması ve bu aksaklığın eserin kararlaştırılan nitelikte yapılabilmesi için yüksek meblağlar gerektirmesi de bu kapsamdadır⁵¹⁶.

Bir olayın beklenmedik hal sayılabilmesi için; herkese aynı etkiyi gösterebilecek kapasitede bir olay olmalıdır, sadece sözleşmenin taraflarına etkili değil, o ülke veya yöredeki herkesi içine alan genel nitelikli, objektif bir olay olmalıdır⁵¹⁷. İnşaatın yapıldığı yerde fırtına çıkması inşaatı etkilese de, fırtınanın olağanüstü bir olay olmaması ve genel olarak etkileme alanı doğurmadığı için bu hükümden yararlanmak mümkün olmayacaktır.

Bir durumun öngörülemez olup olmadığının tespitinde, işe yüklenici açısından bakmak ve onun işinde uzman ve özenli bir kişi olarak bedelin belirlenmesinde kendisinden beklenen dikkat ve çabayı gösterip göstermediğini araştırmak gerekir⁵¹⁸.

bb. Olağanüstü Durumların İnşaatın Belirlenen Götürü Bedelle Yapılmasına Engel Olması veya Son Derece Güçleştirmesi

TBK m. 480/2'nin uygulanabilmesi için, taraflarca öngörülmeleyen veya göz önüne alınmamış bir olağanüstü durumun varlığı tek başına yeterli olmayıp, bu durumun yüklenicinin, eseri belirlenen götürü bedelle yapmasına engel olmalı yahut son derece güçleştirmelidir⁵¹⁹. Ortaya çıkan olağanüstü durum, inşaatın maliyetini artıran ve yüklenicinin ifa borcunu çekilmez hale getiren nitelikte olmalıdır⁵²⁰. Tarafların karşılıklı edimleri arasındaki denge önemli ölçüde bozulur yahut borçlu bakımından çekilmez derecede bozulursa işlem temeli çökmüş olur. Ancak yüklenicinin inşaatı tamamlaması halinde sözleşmeden hiç kar edemeyecek olması hükmün uygulanması için sebep değildir. Öte yandan hükmün uygulanabilmesi için götürü bedel ile masraflar arasındaki aşırı dengesizliğin yüklenicinin iktisaden mahvına neden olacak derece olması şartı da aranmamalıdır⁵²¹. Bu durum işi yapan müteahhidin fiili durumuna ve ekonomik imkanlarına göre tespit edilecektir.

⁵¹⁶ Yol, baraj, tünel inşası gibi işlerde uzmanlarca yapılan zemin etüdünde, zeminin inşaata elverişli olduğu raporu hazırlanmasına rağmen, inşaata başladıktan sonra zeminde ortaya çıkan aksaklığın giderilmesi için olağanüstü giderler yapılması gerekmiş olabilir.

⁵¹⁷ Kocaağa, s. 189.

⁵¹⁸ Aral/Ayrancı, s. 370; Zevliler/Gökyayla, s. 536; Yalçınduran, s. 147.

⁵¹⁹ Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 2001, s. 151; Gökyayla, Ek İş, s. 229.

⁵²⁰ Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 2001, s. 151.

“...Kısa süreli olan bu sözleşmede borcun ifasının olanaksız duruma geldiğinden söz edilemez. Basiretli bir tacir, kısa süreli bir borç ilişkisinde gerekli önlemleri almak suretiyle ekonomik güçlüğü pekala aşabilir. Bu durumda sözleşmeye yargıcın müdahalesinin kabulü hakkaniyet ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı düşer. Öte yandan yüklenicinin uyarılma istemesi için davadan önce temerrüde düşmemesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş, inşaatın ancak %85'ini yapabilmiştir. O halde temerrüde düşen borçlu uyarılma talep hakkını yitirmiş olur...” YHGK, 30.5.2001 T., 2001/402 E., 2001/459 K.

⁵²¹ Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 2001, s. 152; Gökyayla, Ek İş, s. 230.

Yüklenici inşaatın tamamlanmasını son derece güçleştiren yahut imkansız hale getiren olağanüstü durumun ortaya çıktığını arsa sahibine bildirmelidir. Bu bildirim niteliği itibari ile külfet olup, TBK m. 472/2 hükmünden çıkarılmaktadır⁵²².

cc. Olağanüstü Durumların Yükleniciye Yüklenememesi

Yine hükmün uygulanabilmesi için olağanüstü halin meydana gelmesin yüklenicinin sorumlu olduğu bir durumdan ileri gelmemelidir⁵²³. Eserin götürü bedelle ifasını zorlaştıran yahut imkansız hale getiren olağanüstü olayın ortaya çıkması yükleniciye isnat edilebilirse, yüklenici TBK m. 480/2'ye başvurarak bedel artırımını veya sözleşmenin sona erdirilmesini isteyemez⁵²⁴. İş organizasyonunda ihmal gösterilmesi, malzeme temini ve çalışma ekibinin kurulmasında gecikilmesi, alt yüklenici seçimlerinde gerekli özenin gösterilmemesi, kendisinden kaynaklanan sebeplerle yangın çıkması vs. haller yüklenicinin sorumlu olduğu durumlara örnek olarak gösterilebilir⁵²⁵.

dd. TBK m. 480/2 Hükmüne Başvurulamayacağı Kararlaştırılmamış Olması

TBK m. 480/2 hükmü emredici nitelikte olmayıp, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bu sebeple taraflar, her türlü olağanüstü durum ve şartların gerçekleşmesine rağmen hükmün uygulanmayacağını kararlaştırmış olabilirler⁵²⁶. TBK m. 480/2'nin uygulama alanının ortaya çıktığı hallerde götürü bedelde değişiklik yapılabileceğini öngören yahut sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi imkânını ortadan kaldıran düzenlemenin taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış olması gerekir. Yine taraflarca sözleşme metninde yalnızca “değiştirilemez fiyatlar” yahut “sabit fiyatlar” denilmesi TBK m. 480/2 hükmünün uygulanmasından feragat edildiği anlamına gelmez⁵²⁷.

TBK m. 480/2 hükmünün uygulanmayacağına ilişkin anlaşmanın geçerliliği TBK m. 27/1'e ve TMK m. 23/2'e aykırı olmamasına bağlıdır. TBK m. 27/1 ve TMK m. 23/2'nin sınırlarını aşan kayıtlar geçersiz olacaktır⁵²⁸. Aynı şekilde TBK m. 480/2 hükmünün

⁵²² Gökyayla, Ek İş, s. 231; Yalçınduran, s. 151.

⁵²³ Kırmızı, s. 322; Kocaağa, s. 191; Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 2001, s. 152; Gökyayla, Ek İş, s. 231.

⁵²⁴ Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 2001, s. 152.

⁵²⁵ Gökyayla, Ek İş, s. 231.

⁵²⁶ Gökyayla, Ek İş, s. 231-232; Zevkliler/Gökyayla, s. 540.

⁵²⁷ Gökyayla, Ek İş, s. 231-232; Zevkliler/Gökyayla, s. 540; Yalçınduran, s. 153.

⁵²⁸ Aral/Ayranı, s. 371; Zevkliler/Gökyayla, s. 541; Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 2001, s. 153.

uygulanmayacağına dair anlaşma, TMK m. 2’de öngörülen dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyecektir⁵²⁹.

ee. Yüklenicinin Edimini Henüz İfa Etmemiş Olması

Yüklenici, her türlü koşula olağanüstü zorluğa rağmen, arsa sahibine herhangi bir bildirimde bulunmadan veya ihtirazi kayıt koymadan inşaatı tamamlamışsa, götürü bedelin artırılmasını isteyemez⁵³⁰. Aksi halde yüklenicinin edimini ifa etmesi, ifanın güç olmadığı ve dolayısıyla uyarlama ihtiyacının bulunmadığı şeklinde değerlendirilecektir⁵³¹.

b. Olağanüstü Haller Dolayısıyla Sözleşmenin Uyarlanmasının veya Sona Erdirilmesinin Sonuçları

TBK m. 480/2’de öngörülen şartların gerçekleşmesi ile başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülmesine rağmen taraflarca göz önünde bulundurulmayan durumların, eserin belirlenen götürü bedelle tamamlanmasına engel olduğu veya aşırı zorlaştırdığı hallerde yüklenicinin, sözleşmenin uyarlanmasını isteme ya da sözleşmeyi sona erdirme şeklinde seçimlik haklara sahip olması söz konusu olabilecektir⁵³². Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması yetkisi hakime tanınırken; dönme ve dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirme yetkisi yükleniciye tanınmıştır. Hakime yönelik talep sözleşmenin sona erdirilmesini kapsamamaktadır. Ancak yüklenici uyarlama talebiyle yalnızca bedel artırımını istemişse, yani sözleşmeden dönmeyi istemediğini belirtmişse, yargıç sözleşmeyi bozmamalıdır⁵³³.

TBK m. 480/2 hükmüne başvuran yüklenici, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için dava açmalıdır. Hâkimin sözleşmeyi değişen koşullara uyarlaması genellikle götürü bedelin artırılması şeklinde ortaya çıkar. Bu durumda sonradan ortaya çıkan tüm masrafların ve yüklenicinin elde etmeyi umduğu kârın arsa sahibine yükletilmemesi, yükleniciye kar sağlamayacak ve onun kayıplarını katlanabilir bir düzeye getirecek ölçüde götürü bedel artışı yoluna gidilmesi isabetli olacaktır⁵³⁴. Yine uyarlama kapsamında, ifa süresinin uzatılması veya sözleşme şartlarının değiştirilmesi (örneğin daha ucuz malzeme kullanılması) biçiminde uyarlamaya da gidilebilir⁵³⁵.

⁵²⁹ Aral/Ayrancı, s. 371.

⁵³⁰ Kocağa, s. 197.

⁵³¹ Gökyayla, Ek İş, s. 231; Zevkliler/Gökyayla, s. 539.

⁵³² Kırmızı, s. 667.

⁵³³ Duman, s. 1117.

⁵³⁴ Aral/Ayrancı, s. 371-372; Gökyayla, Ek İş, s. 233-234; Zevkliler/Gökyayla, s. 542.

⁵³⁵ Öz, İnşaat, s. 72.

Yüklenicinin talebi üzerine hâkim uyarılama şartlarının oluşup oluşmadığını denetleyecektir⁵³⁶. Eğer, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması mümkün değilse veya karşı taraftan beklenemiyorsa, yüklenici sözleşmeden dönme veya dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda⁵³⁷ fesih hakkını kullanabilecektir.

Hâkim somut olayın özelliklerine göre, öncelikle sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamaya çalışmalı, bu mümkün olmadığı takdirde, tarafların iradelerini ve menfaatlerini gözетerek, sözleşmenin ileriye etkili olarak mı yoksa geriye etkili olarak mı sona erdirileceğine ve sona ermenin sonuçlarına karar vermelidir⁵³⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflarca önceden öngörülmemiş olağanüstü bir olay, yüklenicinin, inşaatı sözleşmede kararlaştırılan arsa payı karşılığında tamamlamasını son derece güçleştirir yahut engellerse, hâkim öncelikle arsa payı oranı yükseltilerek götürü bedel artırımı yolunu deneyecek, uyarılama mümkün olmadığı takdirde, inşaatın tamamlanma oranına ve somut olayın özelliklerine bakılarak sözleşmeden dönme yahut fesih neticesinde sözleşmenin sona ermesine karar verecektir⁵³⁹.

2. ARSA SAHİBİNİN ALACAKLI TEMERRÜDÜNE DÜŞMESİ SEBEBİYLE DÖNÜLMESİ

Alacaklının temerrüdü, genel hükümler kısmında TBK m. 106'da düzenlenmiştir. Hükme göre, yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi

⁵³⁶ "...Sözleşmenin temelini oluşturan konularda önceden öngörülemeyen veya öngörülmesine rağmen gerçekleşeceğine ihtimal verilmeyen önemli değişiklikler sonucu edimler arasındaki dengenin aşırı bozulması halinde iyiniyet kurallarını da gözönünde tutarak, hakim tarafından sözleşme değişen koşullara uyarlanabilecektir Bu durumda mahkemece itiraz edilen hakedişlerdeki sözleşmeye göre ihaleye esas uygulama projeleri ve mahal listeleri, porsantaj listesi ve yaklaşık maliyet cetveline göre ödenecek bedel ile zemin yapısı sebebiyle fore kazıklı ankrajlı betonarme iksa imalâtı yapılmak zorunda kalınması sonucu oluşacak bedel arasındaki fark hesaplatılarak, bu farkın bu götürü bedelle kıyaslandığında tarafların önceden tahmin etmedikleri veya öngördükleri halde gerçekleşmesine ihtimal vermedikleri olağanüstü şart niteliğinde olup uyarılama yapılarak sözleşmedeki götürü bedelin artırılması ve süre uzatımı gerekip gerekmediği, uyarılama gerekiyorsa bunun miktarı ve uzatılması gereken süre konusunda yeniden oluşturulacak uzman bilirkişi kurulundan gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480/II. maddesi hükmünün uygulanması gerekip gerekmediği mahkemece değerlendirilerek talepler konusunda sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..." Y. 15. HD. 2.5.2016 T., 2016/442 E., 2016/2507 K.

⁵³⁷ Böylelikle eser sözleşmesinin her zaman ani edimli sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır.

⁵³⁸ Kocaağa, s. 195; Kırmızı, s. 324.

⁵³⁹ "...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri götürü bedelli sözleşmelerdir. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK' nın 365. maddesi gereğince götürü bedel kararlaştırılan işlerde yüklenici yapılacak şeyin kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, yapılacak şey tahmin edilen miktardan fazla emek ve masrafi gerektirse bile yüklenici bedelin artırılmasını isteyemez ise de aynı maddenin 2. fıkrası gereğince evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da taraflarca dikkate alınmayan haller, ipin yapılmasına engel olur ve yapılmasını son derece zorlaştırırsa; hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya kararlaştırılan bedeli artırır veya mukaveleyi feshedebilir..." Y. 23. HD. 29.11.2013 T., 2013/5450 E, 2013/7583 K.

tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, alacaklının temerrüde düşmüş olacaktır. Yapma borcu doğuran inşaat sözleşmelerinde borçlu yüklenici, alacaklı iş sahibinin temerrüde düşmesi halinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere (TBK m. 125) göre sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır (TBK m. 110). Yine iş sahibinin, sözleşmeye uygun olarak tamamlanan ve ifa amacıyla teslim edilen inşaatı, haklı sebep olmaksızın teslim almaktan kaçınması ve alacaklının temerrüdüne düşmesi durumunda da borçlu yüklenici, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği inşaatı, ifa yerindeki hâkim belirleyeceği yere tevdi ederek borcundan kurtulabilecektir. Bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilmektedir (TBK m. 107).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici tarafından sözleşmeye uygun şekilde tamamlanmış ve ifa amacıyla teslim edilen inşaatın, arsa sahibi tarafından haklı sebep olmaksızın teslim alınmaması halinde, alacaklının temerrüdü meydana gelecektir⁵⁴⁰.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin temerrüdü hakkında özel hüküm öngörülmediğinden ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa (karşılıklı) borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, arsa sahibinin, alacaklının temerrüdü oluşturan eylemlerde bulunması halinde, genel hükümler olan TBK m. 106 ve TBK m. 110 yollamasıyla TBK m. 125 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla arsa sahibi TBK m. 125/1-2’de öngörülen seçimlik haklara göre; aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteyebileceği gibi, aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçerek borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı müspet zararını ya da sözleşmeden dönerek menfî zararını talep edebilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılabilmesi için, öncelikle arsa sahibinin haklı bir sebep olmaksızın edimi kabulden veya borcun ifası için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması gerekmektedir. Arsa sahibinin, kendisine düşen hazırlık faaliyetlerini yerine getirmeyerek, yüklenicinin esere başlamasını veya bitirmesini engellemesi halinde

⁵⁴⁰ Uçar, s. 516.

“...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kural olarak taraflarca aksine bir hüküm kurulmadığı takdirde götürü bedelli sözleşmelerden olup, uyumsuzluğa konu sözleşmenin de 6.3. maddesinde yüklenicinin genel iskan raporunu alacağı hüküm altına alındığı gibi, 10/1. maddesinde sözleşme konusu inşaatlarla ilgili her türlü vergi, resim, harç, SSK primleri ve benzeri her türlü giderlerin yükleniciye ait olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme tarihinde yürürlükte olan Yapı Denetim Kanunu uyarınca doğacak giderlerin de bu kapsamda olduğunun ve yüklenici tarafından taahhüt edildiğinin kabulü gerekir. Bu durumda, dava tarihi itibarıyla genel iskan raporu alınmamış binayı arsa sahibinin teslim almaktan kaçınması hususunda kendisine kusur yüklenmesi mümkün değildir...” Y. 23. HD. 18.12.2015 T., 2014/8139 E., 2015/8249 K.

de alacaklının temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur⁵⁴¹. Hazırlık faaliyetlerinden anlaşılması gereken, arsanın ifaya hazır şekilde teslimi⁵⁴², yetkili mercilerden alınması gereken izin işlemlerinin yerine getirilmesi yahut yüklenicinin vekil tayin edilmesi, malzeme teslimi gerekiyorsa teslimin yapılması gibi yüklenicinin ifa çalışmalarına başlayabilmesi için gereken hazırlık işlemleridir⁵⁴³. Yine iş sahibinin işin yapılmasına başlanması, devam edilmesi veya teslimi ile ilgili bir hukuki işlemi yapmaktan veya gerekli talimatları vermekten kaçınması hali de alacaklı temerrüdü oluşturabilir⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Büyükay, 2014, s. 243.

⁵⁴² "...Taraflar arasında iki adet üst geçit yapımı konusunda 1.7.1981 tarihli bir sözleşme düzenlendiği, işin ikmal ve teslim süresinin 15.10.1981 tarihi olduğu, davalı bankanın yükleniciye gönderdiği 26.10.1981 tarihli noter ihtarnamesi ile davacının sözleşme ve ekleri hükümlerine muhalefet etmesi ve taahhüdünü yerine getirmemesi nedenlerine dayanarak 26.10.1981 tarihi itibariyle sözleşmeyi feshettiği ihtilafsızdır.

Burada çözümlenmesi gereken husus, davalı bankanın fesih iradesinin haklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Esasen dava dilekçesinde uyuşmazlığın, hafriyatın yapıldığı yerde 3600 Kw.lık yüksek gerilim hattının bulunması, yüksek tazyikli havagazı su vs. tesislerinin ortaya çıkması karşısında inşaata devam edilemediği ve davalının bu engelleri kaldırmamasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür.

BK.nun 90. madde hükmüne göre karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borçlunun borcunu ifa edebilmesi için eğer alacaklı kendi tarafından öncelikle yapılması gereken işlemleri icradan kaçınırsa, mütemerrit sayılacağı kabul edilmiştir. Yukarıdan beri açıklandığı üzere davalı banka sözleşmenin 10 ve özel sicilnamenin 9. maddelerinde öngörülen ve kendisi tarafından yapılması kararlaştırılan yeraltı engellerini giderme borcunu yerine getirmemiştir. Alacaklıya düşen bu görev teknik açıdan borcun ifasını engellediği gerek Ankara Yedinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1981/421 değişik iş sayılı tespit dosyasında bulunan tarihsiz bilirkişi raporu, gerekse 18.4.1983 tarihli bilirkişi kurulu raporu ile 14.6.1982 tarihli esas ve 26.8.1982 tarihli ek bilirkişi raporları ile sabittir. Bu durumda davalının değil aksine davacıya sözleşmeden dönme hakkı tanımak BK.nun 94. madde hükmü gereğidir (K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, 1976, sh. 79 ve 776; M.R. Karahasan, İnşaat - İmar İhale Hukuku, 1979 sh. 233). Kaldı ki işverenin hazırlayıcı eylemlere katılması gerektiği halde önceden onları yapmaktan kaçınmakla beraber sözleşmesi fesih yoluna gitmesi, dürüstlük kuralları ile de bağdaşamaz. Diğer bir deyimle, alacaklı temerrüt halinde olduğu sürece akdın icra edilmediği defini ileri süremez (v. Tuhr, - Cevat Edege Tercümesi, Yargıtay Yayınları No: 15; S. S. Tekinay, Borçlar Hukuku, 1974, Sh. 622).

Mahkemece üç ayrı heyete bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. İlk alınan 14.6.1982 tarihli raporda sonuç olarak davalı bankanın sözleşme ve eklerinde belirtildiği şekilde yer teslimini yapmadığı, uygulanması mümkün olmuyan avan projeyi ilgili mercilerden onay almadan davacıya verdiği ve onayın alındığının bildirilmesinden 8 gün önce sözleşmeyi feshettiği, davacının süre uzatma istemini kabul etmediği, davalı bankanın sözleşmenin feshinde % 100 kusurlu olduğu saptanmıştır. Davalı vekilinin itirazlarını cevaplandırarak 26.8.1982 tarihli ek raporda da bilirkişiler aynı sonuca varmışlardır..." Y. 15. HD. 7.6.1984 T. 184/1616 E., 1984/2006 K.

⁵⁴³ "...Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 9.1. maddesinde sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 5 gün içinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre yer teslimi yapılarak işe başlanacağı kararlaştırılmıştır. Sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 6/1. maddesinde sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenicinin sözleşmede yazılı süre içinde işe başlayabilmesi için işyeri, eksen kazıkları, someler, röperler vb. nin zemin üzerinde kontrol edilerek yapı denetim görevlisi tarafından yükleniciye teslim edileceği, bu hususta iki taraf arasında ortak bir tutanak düzenleneceği öngörülmüştür. Taraflar arasında 6.7.2011 tarihli işyeri teslim tutanağı düzenlenmiş ise de, tutanakta teslim edilen parselin nosu belirtilmediği gibi, şartnamenin yukarıda belirtilen hükmündeki işlemlerin de yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacıya usulüne uygun yer teslimi yapıldığından söz edilemez. Davacı tarafından davalı idareye yazılan 8.8.2011, 12.9.2011 ve 16.10.2011 tarihli yazılarda işin yapılacağı arsanın fiilen teslim edilmediği belirtilerek bir an önce inşaatın yapılacağı arsanın belirlenerek fiili teslimin yapılması istenmiş, son olarak gönderilen 16.12.2011 tarihli ihtarnamede de arsa tesliminin fiilen yapılması, aksi halde sözleşmenin feshi yoluna gidileceği bildirilmiştir. Davalı iş sahibi idarece davacı yüklenicinin yer teslimine dair taleplerine olumlu olumsuz bir cevap verilmediği gibi, inşaatın yapılacağı arsa iş sahibi idare tarafından kesin olarak belirlenip yükleniciye fiili yer teslimi de yapılmamıştır. Davalı idarenin cevap dilekçesinde inşaatın yapılacağı parsel olarak gösterdiği parsellerden 250 ada 1, 3 ve 13 numaralı parsellerin dava dışı özel şahıslar adına kayıtlı olduğu ve bu parsellerin kamulaştırılmasına dair davanın 16.11.2011 tarihinde yer teslim tutanağından yaklaşık 5 ay sonra karara bağlandığı, bu durumun dahi davalı idarece fiilen yer teslimi yapılmadığını açıkça gösterdiği anlaşılmaktadır. Sözleşmeye göre işin süresi 450 gün olup, dava tarihine kadar geçen sürede bu sürenin önemli bir bölümü geçmiş, iş sahibi yer teslim borcu yönünden temerrüde düşmüştür. Yer teslimi konusundaki tahammül ve makul bekleme süresi aşıldığından davacı yüklenici sözleşmenin feshini talep etmekte haklıdır. Bu sebeple mahkemece sözleşmenin feshine ve kesin teminatın iadesine karar verilmelidir..." Y. 15. HD. 26.9.2013 T. 2012/6076 E., 2012/5196 K.

⁵⁴⁴ Kurt, s. 145.

Alacaklının temerrüdü şartları gerçekleştiğinde, yüklenici, TBK m. 124'deki haller hariç olmak üzere, arsa sahibine uygun bir süre verip, ondan, verilen süre içerisinde edimi kabul etmesini veya kendisine düşen külfetleri yerine getirmesini istemek suretiyle sözleşmeden dönebilir⁵⁴⁵. Sürenin bitiminde, alacaklının temerrüdü devam etmekte ise, yüklenici derhal sözleşmeden dönebilir⁵⁴⁶. TBK m. 124'te sayılan ve süre verilmesine gerek bulunmayan hallerde, alacaklı iş sahibine süre verilmeyebilir⁵⁴⁷. İş görme ediminin başladığı hallerde, eser sözleşmesinin ileriye etkili olarak feshedilebileceği de belirtilmektedir⁵⁴⁸. Sözleşmeyi fesheden yüklenici, yapılmış olan kısmın karşılığını ve masraflarının ödenmesini isteyebilir. Sözleşmeden dönmeye ilişkin şartların gerçekleştiğini ispat yükü, yükleniciye aittir.

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi sebebiyle, yüklenicinin eser sözleşmesinden dönmeye durumunda, yüklenicinin, uğradığı zararı ve alacaklının kusurunu ispat etmesi halinde menfi tazminat talep edebileceği doktrinde savunulmuştur⁵⁴⁹. Yargıtay bir kararında yüklenicinin, alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibinden, uğradığı menfi zararın tazminini talep edebileceğini belirtmiştir⁵⁵⁰.

3. ARSA SAHİBİNİN BORÇLU TEMERRÜDÜNE DÜŞMESİ SEBEBİYLE DÖNÜLMESİ

Tam iki tarafa borç yükleyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin sözleşmeye uygun şekilde inşaatı tamamlama ve arsa sahibine teslim etme borcuna

⁵⁴⁵ Eren, Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015, s. 1025; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s. 680; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 12. Bası, İstanbul, 2014, s. 374.

⁵⁴⁶ Oğuzman/Öz, s. 375.

⁵⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 375.

⁵⁴⁸ Seçer, s. 177.

⁵⁴⁹ Ergezen, s. 148; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, s.983; Serozan, s. 350 vd.

⁵⁵⁰ "...Ne var ki üzerinde önemle ve titizlikle durularak başlatılan işin, davalı idarenin aşağıda belirtilen tutum ve davranışları yüzünden program çerçevesinden yürütülmesi mümkün olmamıştır. Davalı Kurum 10 gün içinde teslim etmesi gereken işyerini 9.1.1976 tarihi yerine ancak 3 ay 7 gün bira gecikme ile 16.4.1976 tarihinde teslim edebilmiştir .Bu yer teslimine rağmen işyerine ait istimal işlemlerinin tamamlanmamış olduğu ihtilafsızdır. İstimlakların yapılmaması nedeniyle iş sahasında arazisi bulunan kişilerin inşaatı engelledikleri, iş makinalarını çalıştırmadıkları, yolları kestikleri, hafriyat yapılan araziyi işgal ettikleri dosya içinde bulunan yazışmalardan, yüklenicinin muhtelif mercilere yıldırım telgraflar ve mektuplarla yaptığı başvurulardan, yerinde düzenlenen tutanaklardan anlaşılmaktadır.

Bu durumda davalı kurumun ortaya çıkan temerrüdü nedeniyle davacı yüklenicinin akdi fesih ederek menfi zararlarını istemeğe hakkı olduğu kabul edilmelidir (BK 94 ve 106 ncı maddeleri)

Bilimsel görüşler de bu yoldaki uygulamayı doğrulamaktadır. Özellikle eser sözleşmelerinde yüklenici, alacaklının olumsuz tutumu yüzünden borcunu ifa edemeyecek duruma düştüğü takdirde, akitten dönme nedeniyle sözleşmenin feshi halinde aynen uygulanır. Olumsuz tutum, borçlunun kasten veya ihmal suretiyle edanın icap eden zamanda yerine getirilmesini temin için gerekli önlemleri almamak, ifaya mani olabilecek engelleri etkisiz kılmamak gibi eylemleri de içerir. Bu takdirde borçlu fesih hakkı ile birlikte borcu zamanında ifa olanağının verilmemiş olmasından dolayı önceden tahmin etmemiş ya da edememiş olsa dahi, uğradığı zararları istemek durumundadır..." YHGK, 12.2.1986 T., 1986/15-42 E., 1986/134 K.

karşılık, arsa sahibi de sözleşmede devri kararlaştırılan arsa payını, sözleşmeye uygun şekilde yükleniciye devretme borcu altındadır.

Sözleşmede arsa paylarının yükleniciye yahut onun göstereceği üçüncü kişilere devri hususunda bir tarih belirlenmiş olacağı gibi inşaatın belirli aşamalarında belirlenen arsa paylarının devri (kademeli devir) de öngörülmüş olabilir. Sözleşmede belirlenen tarihin gelmiş olması ya da inşaatın belirli aşamaya gelmiş olmasına rağmen arsa sahibinin arsa paylarının belirlenen kısımlarını yükleniciye devretmemesi, arsa sahibi bakımından borçlunun temerrüdü (TBK m. 123 vd.) sonucunu doğuracaktır. Sözleşmede arsa payı devri için belirli bir gün kararlaştırılmamışsa, yüklenici, arsa sahibinin ihtarıyla temerrüde düşecektir (TBK m. 117/1).

Aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, arsa sahibinin arsa payı devir borcu, inşaatın kendisine teslimi ile istenebilir hale gelir⁵⁵¹. Taraflar, arsa payının teslimden önce kısmen veya tamamen yahut kademeli olarak devredileceğini hükme bağlamış olabilirler. İnşaat bedeli olan arsa payı borcunun teslimden önce kısmen veya tamamen yükleniciye ödenmesi, bir bakıma arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırması, ona avans vermesidir⁵⁵².

İnşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin borçlu temerrüdüne düşmesi halinde uygulanacak özel hüküm öngörülmediğinden ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa (karşılıklı) borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, bu konuda genel hükümlerde düzenlenen borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 117-122 ve TBK m. 123 vd. hükmü uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla yüklenici TBK m. 125/1-2’de öngörülen seçimlik haklara göre; aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat isteyebileceği gibi, aynen ifa ve

⁵⁵¹ "...anılan sözleşmenin 7 nci maddesi hükmünce binanın teslimi iskan koşuluna bağlanmıştır. Karşılıklı borç yükleyen bu tür sözleşmelerde aslanan sözleşmenin eksiksiz ifasıdır. Aksi takdirde uygulamada sıkça görüldüğü üzere sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Yapının teslimi iskan koşuluna bağlanmış olup arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin iskanın alınmadığı Belediyenin 29.4.1999 günlü yazısıyla anlaşılmaktadır. BK.81 inci maddesi uyarınca iki taraflı akitlerde bir akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylememiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır (BK. md. 364). Aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelini istemesi gerekir..." Y. 15. HD. 10.12.2001 T., 2001/4000 E., 2001/5695 K.

⁵⁵² Karataş, s. 216-217.

"...Az yukarıda sözü edildiği üzere, taraflar arasındaki akti ilişki eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Bu tür sözleşmeler iki tarafa da haklar sağlayan ve borçlar yükleyen sözleşmelerdir. Buradaki yüklenicinin borcu eseri fen ve amacına uygun imal ederek sözleşmede kararlaştırılan biçimde arsa sahibine teslim etmek, arsa sahibinin borcu ise sözleşmedeki arsa payını yükleniciye devretmekten ibarettir. Yüklenici eser bedeline ancak inşaatı tamamlayıp teslim etmekle hak kazanır (BK.m.364). Kararlılık kazanan Daire'miz içtihatlarına göre, arsa sahipleri teslimden evvel işin finansında kolaylık sağlamak üzere yükleniciye bir kısım pay devri yapmışsa bu devir "avans" niteliğindedir. Bu payın devredilmiş olması ne yükleniciye ve ne de yükleniciden bu payları satın alan 3.kişilere eser bedeline hak kazanılmadığından aynı bir hak sağlamaz. Üçüncü kişiler burada, MK.nun 3 üncü maddesi hükmünce iyiniyet iddiasında bulunamaz. Daha açık bir anlatımla yükleniciye devri yapılan payların devir sebebi ortadan kalkınca avans niteliğindeki bu payların geri verilmesi arsa sahipleri tarafından her zaman istenebilir..." Y. 15. HD. 1.6.2004 T., 2003/6241 E., 2004/3055 K.

gecikme tazminatından vazgeçerek borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı müspet zararını ya da sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebilecektir.

Borçlunun temerrüdü şartları gerçekleştiğinde, yüklenici TBK m. 124'deki haller hariç olmak üzere, arsa sahibine uygun bir süre verip, ondan verilen süre içerisinde arsa payının devrini borcunu yerine getirmesini isteyebilir. Sürenin sonunda arsa sahibinin temerrüdü devam ediyorsa sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

Yüklenicinin dönme hakkını kullanması neticesinde sözleşme kural olarak geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Sözleşmenin tarafları karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve varsa daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Ancak hükmün inşaatın arsa sahibinin arsası üzerine yapıldığı ve sökülüp kaldırılmasının çok zor yahut imkânsız olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın yapımına başladıktan ve belirli bir aşamaya gelindikten sonra (örneğin büyük oranda inşaatı tamamladığı hallerde) dönmenin geçmişe etkili olarak uygulanması, yüklenici bakımından zararlı sonuçlar doğuracaktır. Bu sebeple, inşaatın yapımına başladıktan sonra sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, menfaatler dengesi gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili biçimde ortadan kalkacağına kabulü isabetli olacaktır⁵⁵³. İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi belli bir zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK madde 2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar veren Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu⁵⁵⁴ kararının, yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini arsa sahibinin temerrüdü sebebiyle feshi halinde de uygulama alanı bulmalıdır.

İnşaatın ulaştığı seviyeye göre arsa payı devrinin kademeli olarak yapılacağına kararlaştırıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kısmi teslimine karşılık arsa sahibi tarafından arsa payı devrinin gerçekleştirilmemesi, sözleşmenin bütününden dönme hakkı vermeyecektir. Ancak arsa sahibinin temerrüdü, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürüyorsa (örneğin ileride borcu ödeme niyetinin ve gücünün olmadığı anlaşılıyorsa) yüklenici sözleşmenin tamamını ortadan kaldıracaktır⁵⁵⁵. Ayrıca bu durumda yüklenici TBK m. 97'ye göre sonraki teslimlerden veya işe devamdan kaçınabilir.

⁵⁵³ Kocaağa, s. 223.

⁵⁵⁴ 25.01.1984 T., 1983/3 E. 1984/1 K. (RG. 27.21984).

⁵⁵⁵ Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 4. Bası, Ankara 2008, s. 169.

Arsa sahibi devir borcunun ifasında temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat edemedikçe, sözleşmeden dönen yüklenici uğradığı menfi zararının tazminini talep edebilecektir⁵⁵⁶. TBK m. 125/3 uyarınca bu zarar, yüklenicinin sözleşmenin varlığına duyduğu güven sebebiyle uğradığı zarardır. Zararın kapsamına yüklenicinin sözleşmeyi akdetmeseydi, yapmayacak olduğu masraflar ile kaçırılmayacak olduğu fırsatlar girmektedir⁵⁵⁷.

E. DİĞER SONA ERME SEBEPLERİ

1. İFA

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sona erme sebeplerinin başında, tarafların borçlanmış oldukları edimleri karşılıklı olarak ifa etmeleri gelmektedir. İfa, sözleşmeyi sona erdiren genel sebeplerdendir. Sözleşmelerin ifası, TBK m. 83-111 arasında düzenlenmiş olup, genel hüküm niteliğinde olduğundan her türlü borç ilişkisine uygulanır.

İfanın tanımı TBK’ da yer almamakla birlikte ifa, borçlanılan edimin sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesi yoluyla alacaklının menfaatinin karşılanması şeklinde tanımlanabilir⁵⁵⁸.

İfadan bazı durumlarda edim fiilinin yerine getirilmesi anlaşılırken, bazı durumlarda edim sonucunun yerine getirilmesi anlaşılır. Eser sözleşmelerinde ve içtihatlarda eser sözleşmesinin bir türü olarak geçen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifa, edim fiiline değil, edim sonucuna yöneliktir. Yüklenicinin borcu, inşaa işini görmesi ile değil, inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesi ile sona ererken, arsa sahibinin borcu da belirlenen arsa paylarını yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişiye devretmesi ile sona erer. Her ne kadar yüklenicinin sözleşme gereği üstlenmiş olduğu binayı yapma ediminin ifası belli bir zaman dilimini ve belli çalışmaları gerektiriyor olsa da, binayı meydana getirmek için görmüş olduğu inşaa işi edim fiili olarak değil, ifaya hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici borçlanmış olduğu binayı sözleşmeye uygun olarak meydana getirip arsa sahibine teslim ettiği, arsa sahibi de

⁵⁵⁶ Öz, İnşaat 2012, s. 96.

⁵⁵⁷ Seçer, s. 181.

⁵⁵⁸ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009 s. 867.

borçlanmış olduğu arsa payını devir borcunu zamanında ve tam olarak yerine getirdiği takdirde, taraflar borçlarını ifa ettikleri için sözleşme kendiliğinden sona erer⁵⁵⁹.

2. TARAFLARIN ANLAŞMASI (İKALE SÖZLEŞMESİ)

İkale sözleşmesi, tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla yapılmış bir sözleşmeye son verme amacı güttükleri bir anlaşmadır⁵⁶⁰. Kural olarak bütün sözleşmelerde olduğu gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de taraflar anlaşarak sözleşme ilişkisini her aşamada sona erdirebilir⁵⁶¹. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin borcunu arsa payının devri oluşturduğundan, bu nitelikteki sözleşmenin feshi ancak tarafların bu yönde iradelerinin birleşmesiyle yahut uyuşmazlık halinde mahkeme kararı ile mümkündür⁵⁶². İkale yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinde, TBK m. 484 hükmünün uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁵⁶³. Zira TBK m. 484 hükmünde arsa sahibine, inşaatın tamamlanmasından önce, yapılmış olan kısmın karşılığını vermek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi vermektedir.

İkale yoluyla sözleşmeyi sona erdiren taraflar, inşaatın o ana dek yapılan kısmının karşılığı ile yapılmayan kısım için yüklenicinin bir alacak hakkına sahip olup olmadığını serbestçe belirleyebilir. Yüklenicinin inşa işini görmeye başladığı ve kayda değer bir ilerleme sağladığı durumlarda, sona ermenin ileriye etkili olacağı kabul edilerek, yapılan kısmın bedelinin arsa paylarının devri suretiyle ödenmesi gerekecektir⁵⁶⁴. Bu hususlarda açıklık bulunmaması halinde, bu konudaki boşluk tarafların farazi iradelerine uygun olarak TMK m. 2 çerçevesinde yorum yoluyla doldurulacaktır⁵⁶⁵. Bununla birlikte aksi

⁵⁵⁹ Eren, Özel hükümler, 2014, s. 676.

⁵⁶⁰ Büyükkay, 2014, s. 250; Öz, İnşaat, 2012 s. 238.

⁵⁶¹ "...Tüm sözleşmeler gibi, eser sözleşmelerinin de doğal sona ermeleri, bu sözleşmelerden doğan borçların tamamen ve uygun şekilde ifa edilmeleriyle mümkün olur.

Bu doğal sona ermenin dışında, taraflar anlaşarak her zaman aralarındaki akdi ilişkiye son verebilirler (ikale). Sözleşme özgürlüğünün sonucu kabul edilen ve ilişkinin ortadan kaldırılmasına yönelik bu tür sona erdirme sözleşmeleri yasalarımızda ayrıca düzenlenmemiştir..." Y. 15. HD. 2.10.1995 T., 1995/2259 E., 1995/5181 K.

⁵⁶² "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmaz ya da tapulu taşınmaz payının kayden yükleniciye temlikini de içerdiğinden; bu nitelikteki sözleşmenin feshi, taraflarının bu yöndeki iradelerinin birleşmesi ile ya da mahkeme kararı ile olanaklıdır. Somut olayda ise, yanlar arasındaki sözleşmenin taraflarının iradesi ile ya da kesinleşmiş mahkeme kararıyla bozulmuş olduğu davalı yüklenici tarafından yasal ve yazılı delille kanıtlanmamıştır. O halde, taraflar arasındaki akdi ilişkinin devam ettiğinin kabulü ile uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekirken mahkemece, yazılı gerekçe ile davanın pasif husumet yönünden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır..." Y. 15. HD. 28.11.2008 T. 2008/3907 E. 2008/7115 K.; Benzer yönde Y. 23. HD. 8.11.2013 T., 2013/4564 E., 2013/6948 K., Y. 23. HD. 30.5.2013 T., 2013/1835 E., 2013/3659 K.

⁵⁶³ Zevkliler/Gökyayla, s. 570.

⁵⁶⁴ Tandoğan, Borçlar Özel C. 2, s. 351; Öz, İnşaat 2012, s. 238.

⁵⁶⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 570.

kararlaştırılmış olmadıkça, tarafların uğranılan zararlar için bir tazminat ödenmeyeceği iradesinde olduklarını varsaymak uygun olacaktır⁵⁶⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliği resmi şekil şartına tabidir. TBK m. 13 gereği, kanunda geçerliliği için şekil şartı öngörölen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de öngörölen o şekil şartına uyulması zorunludur. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sona erdiren ikale anlaşmasının da resmi şekle şartına uygun yapılması gerektiği söylenecektir⁵⁶⁷.

3. SÖZLEŞMENİN İMKÂNSIZLIK NEDENİYLE SONA ERMESİ

a. Genel Olarak

Borçlunun kusuru olmadan ve sonradan ortaya çıkan ifa imkânsızlığı, borcu sona erdirir (TBK m. 136). Bu halde imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmeli, borçlunun temerrüdünden önce var olmalı ve imkânsızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusuru olmamalıdır. Sonraki kusursuz imkânsızlık halinde taraflar, birbirlerinden aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edecek, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybedecektir⁵⁶⁸.

TBK m. 136-138 maddeleri arasında düzenlenen ifa imkânsızlığı halleri genel hüküm niteliğinde olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Ancak bundan başka TBK'nın eser sözleşmelerime ilişkin hükümlerinde sonraki ifa imkânsızlığı ile ilgili iki maddeye yer verilmiştir. Kanun koyucu eser sözleşmesindeki imkânsızlığa, genel hükümlere nazaran özel bir düzenleme getirmiştir. Bu özel düzenleme, yüklenicinin yükümlüğünün, yalnızca eser tesliminden ibaret olmaması aynı zamanda eser meydana getirmeyi de içermesinden kaynaklanmaktadır⁵⁶⁹. Her iki madde de, inşaatın tamamlanmasının imkânsız hale gelmesini düzenlenmektedir. Bunlardan biri; iş sahibiyle ilgili beklenmedik olaydan dolayı inşaatın tamamlanmasının imkânsız hale gelmesini düzenleyen TBK m. 485 hükmüdür. Bu hükme göre; eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca, tazminat isteme hakkı vardır. Diğerisi ise, yüklenicinin ölümlü veya yeteneğini kaybetmesi sebebiyle inşaatın

⁵⁶⁶ Tandoğan, Borçlar Özel C. 2, s. 351; Kocaağa, s. 228.

⁵⁶⁷ İzzet, Karadaş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 443.

⁵⁶⁸ Karadaş, s. 459.

⁵⁶⁹ Seçer, s. 184.

tamamlanmasının imkânsız hale gelmesini düzenleyen TBK m. 486 hükmüdür. Bu hükme göre; yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.

Eser sözleşmenin sona ermesini düzenleyen hükümler arasında yer alan ve ifa imkânsızlığına ilişkin hükümlere benzeyen diğer bir hüküm de inşaatın teslimden önce yok olmasını düzenleyen TBK m. 483 'tür. Bu maddede bir yandan inşaatın teslimden önce yok olması düzenlenirken, diğer yandan da hasar geçişi düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, inşaatın teslimden önce beklenmedik bir olay sonucunda yok olması ve hasar geçişi; ikinci fıkrasında ise, inşaatın iş sahibine yüklenebilecek bir olay nedeniyle yok olması düzenlenmektedir.

b. Eserin Beklenmedik Olay Sonucu Yok Olması Sebebiyle İmkânsızlık

TBK m. 483/1'de eserin teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olması halinde, iş sahibinin eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe, yüklenicinin yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemeyeceği, bu durumda malzemeye gelen hasarın onu sağlayana ait olacağı düzenlenmiştir⁵⁷⁰.

TBK m. 483/1 anlamında beklenmedik olay, inşaatın yok olmasına sebep olan ve iş sahibine veya yükleniciye yüklenemeyen olaylardır⁵⁷¹. Hükümde geçen beklenmedik hal kavramı, özellikle sorumluluk hukukunda kullanılan hem umulmayan hali hem de mücbir sebebi kapsar⁵⁷². Tarafların sebep olduğu bir olay sonucu inşaat zarar görür veya yok olursa TBK m. 483/1 anlamında yok olmadan bahsedilemez⁵⁷³.

Yüklenici, eserin tesliminden önce ve beklenmedik olay sonucu yok olması halinde ortada teslim hazır bir eser bulunmadığından hem arsa sahibinden arsa payını devir borcunu talep edemeyecek hem de eserin yok olması sebebiyle ortaya çıkan zarara

⁵⁷⁰ "...Borçlar Yasasınının 368/1.maddesi hükmü gereğince; eser, tesliminden önce, bir kaza sonucunda yok olmuşsa iş ya da eser sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş bulunmadıkça yüklenici, ne yaptığı işin ücretini ne de giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İlke olarak, hasar, imal olunan yahut onarılan eserin, iş sahibine teslimine kadar yükleniciye aittir. Kaza sonucu teslimden önce eserin yok olması halinde malzeme kime aitse, hasarı da ona ait olur. (B.K. m. 368/2) Ancak, eserin yok olmasında yüklenici kusurlu ise, B.K.nun 368/2. maddesi hükmünden yararlanamaz. Yüklenici, eseri, iş sahibine teslim etmek istemiş ve fakat iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüş ve bundan sonra eser kaza sonucu yok olmuşsa, yahut hasara uğramışsa, sorumluluk artık yüklenicide değil, iş sahibine ait olur..." Y. 15. HD. 17.11.2003 T., 2003/2621 E., 2003/5492 K.

⁵⁷¹ Altaş, Hüseyin, Eserin Tesliminden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s. 66; Eren İnşaat, s. 97; Zevkliler/Gökyayla s. 559.

⁵⁷² Altaş Telef Olma s. 76; Zevkliler/Gökyayla s. 559; Gümüş, II, s. 91-92.

⁵⁷³ Kocaağa, s. 231.

katlanacaktır. Kanun koyucu burada eserin taraflara yahut yardımcılara yüklenemeyecek sebeple yok olmasını aramıştır. Yok olan inşaattaki malzeme kime ait ise, hasarı da ona ait olacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde malzeme ve işçilik giderleri kural olarak yükleniciye tarafından karşılanır.

aa. Sözleşmenin İmkânsızlık Nedeniyle Sona Ermesinin Şartları

aaa. İnşaatın Teslim Edilmemiş Olması

TBK m. 483/1 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, inşaatın henüz teslim edilmemiş olması, dolayısıyla yok olmanın teslimden önce gerçekleşmesi gerekir. Yok olan inşaat tamamlanmış olabileceği gibi, henüz tamamlanmamış da olabilir. İnşaat teslim edildikten sonra yok olursa, yarar ve hasar arsa sahibine geçeceği için, beklenmedik olayın sonuçlarına da arsa sahibi katlanacaktır⁵⁷⁴.

bbb. İnşaatın Tamamen Veya Kısmen Yok Olması

İnşaatın teslimden önce tamamen veya kısmen yok olması gerekmektedir. Eserin yok olması demek, mutlaka onun maddi olarak yok olması demek değildir. Eserin yok olmasından maksat, aynı zamanda onun sözleşmede kararlaştırılan niteliklerinden daha alt niteliğe bürünmesi, onun ayıplı dahi sayılamayacak derecede telef olması demektir⁵⁷⁵. Kısmen yok olması ise, eserin tamamen değil de nitelik ve nicelik yönünden kötüleşmesidir⁵⁷⁶. TBK m. 483 hükmünün uygulanabilmesi için inşaatın tamamen yok olmasının gerekmediği, kısmen yok olma halinde de hükmün uygulanabileceği savunulmaktadır⁵⁷⁷.

ccc. Yok Olmanın Beklenmedik Bir Olaydan Kaynaklanması

İnşaatın, beklenmedik bir olay sonucunda yok olması gerekmektedir. Beklenmedik olay, inşaatın yok olmasına sebep olan ve arsa sahibine veya yükleniciye yüklenemeyen

⁵⁷⁴ Eren, İnşaat, s. 97.

⁵⁷⁵ Karadaş, s. 460., Altaş, Telef Olma, s. 58; Zevkliler/Gökyayla s. 445.

⁵⁷⁶ Bilir, Dilek, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 103.

⁵⁷⁷ Kocağa, s. 231; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 997;

Topuz, Murat, "Eserin Teslimden Önce Telef Olması Ve Roma Hukuku'nun Türk Borçlar Hukuku'na Etkileri", MÜHFHAD, C. 14, S. 1-2, s. 217. Görüşler için bkz. Seçer, s. 184.

olaydır⁵⁷⁸. İnşaatın, arsa sahibinin veya yüklenicinin sorumlu olmadığı bir sebep yüzünden yok olması halinde bu şart gerçekleşmiş olur. Tarafların sebep olduğu bir olaydan dolayı inşaat kısmen ya da tamamen yok olursa TBK m. 483 anlamında yok olmadan bahsedilemez.

ddd. Arsa Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmemiş Olması

TBK m. 483 hükmünün uygulanabilmesi için arsa sahibinin inşaatı teslim almada temerrüde düşmemiş olması gerekir. Arsa sahibi, yüklenicinin sözleşmeye uygun şekilde ifa amacıyla teslim ettiği inşaatı haklı bir sebep olmaksızın teslim almaktan kaçınırsa, alacaklı temerrüdüne⁵⁷⁹ düşmüş olur. Arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi ise TBK m. 483 hükmünün uygulanmasını engeller⁵⁸⁰. Arsa sahibi, yapılan inşaatı teslim almada temerrüde düşerse, temerrüdün başladığı andan itibaren hasar (beklenmeyen hal ve mücbir sebepten kaynaklananlar da dâhil olmak üzere) mütemerrit arsa sahibine ait olur⁵⁸¹.

bb. Sözleşmenin İmkânsızlık Nedeniyle Sona Ermesinin Sonuçları

TBK m. 483/1'de öngörülen şartların gerçekleşmesi ile birlikte inşaat tamamen yok olduğunda, yüklenicinin inşaatı teslim borcu, kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle ortadan kalkacaktır. Bu durumda inşaata ilişkin hasar onu temin eden yükleniciye ait olacak ve yüklenici inşaatın karşılığını ve yaptığı masrafların ödenmesini isteyemeyecektir. TBK m. 483/1, c. 1' de inşaatın teslimden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olması halinde, malzemeye gelen hasarın, onu sağlayan tarafa ait olacağı düzenlenmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın meydana getirilmesinde kullanılan malzeme ve emek kural olarak yükleniciye aittir, arsa sahibinin malzeme veya emek sağlama borcu yoktur. Bu açıklamalar karşısında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olması halinde arsa sahibi inşaatı teslim almada temerrüde düşmedikçe, inşaata gelen hasara yükleniciye ait olacak ve yüklenici yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemeyecektir.

Öte yandan TBK m. 483/1 'deki şartlar bulunsa ve inşaat tamamen yok olsa bile inşaatın yapılması objektif olarak mümkün olduğu sürece, yüklenici bunu yapmakla

⁵⁷⁸ Altaş, Telef Olma, s. 66; Eren, İnşaat, s. 97; Zevkliler/Gökyayla s. 559; Gümüş, II, s. 91.

⁵⁷⁹ TBK m. 106/1'e göre; yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur. TBK m. 107 gereği alacaklının temerrüde düşmesi hasar alacaklıya ait olacaktır.

⁵⁸⁰ Altaş, Telef Olma, s. 79; Zevkliler/Gökyayla s. 560.

⁵⁸¹ Kocaağa, s. 232.

yükümlü olacaktır. Çünkü kanun koyucu, TBK m. 484 hükmünde olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesine ilişkin bir kural öngörmemiştir. Bu durumda TBK m. 136'da borcun sona ermesiyle ilgili genel düzenlemeyi esas alarak, borcun sona erebilmesi için, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması gerektiğini söyleyebiliriz⁵⁸². Dolayısıyla inşaatın teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olması, her durumda ifa imkânsızlığına yol açmayacaktır. İnşaatı yapmak objektif olarak mümkün olduğu sürece, yüklenicinin inşaatı yapma ve arsa sahibine teslim etme yükümlülüğü devam edecektir. İfa yükümlülüğü, ancak objektif imkânsızlık halinde ortadan kalkacaktır.

İnşaata dair hasarın yükleniciye ait olduğu kuralının (TBK m. 483/1, c. 1) iki istisnası vardır. Bu istisnalardan biri, arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesidir. Arsa sahibi, yüklenici tarafından teslim edilen inşaatı, teslim alma borcunu ifa etmeyerek temerrüde düşerse, temerrüdün başladığı andan itibaren hasar ona ait olacaktır. Ancak arsa sahibi, genel hükümlere dayanarak, temerrüde düşmemiş olsaydı bile, inşaatın beklenmedik olay sonucu yok olacağını kanıtlayabilirse inşaatla ilişkin hasar yükümlülüğünden kurtulabilir (TBK m. 119/2)⁵⁸³. Diğer istisna ise, TBK m. 483/2'de düzenlenen inşaatın arsa sahibinden kaynaklanan sebeplerden dolayı tamamen veya kısmen yok olması durumudur. İnşaata ilişkin hasarın arsa sahibine ait olduğu bu iki istisnai durumda, yüklenici kural olarak yok olan inşaatı tekrar yapmak zorunda değildir⁵⁸⁴.

TBK m. 483/2 hükmüne göre inşaatın arsa sahibince gösterilen arsanın ayıbı veya arsa sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında arsa sahibine bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin tazminini isteyebilecektir. Hükümde, eserin arsa sahibinin kusuruyla yok olduğu hallerin bazıları örnek kabilinden sayılmıştır. Arsa sahibinin (veya temsilcinin, yardımcı kişilerin) işin görülmesine ilişkin verdiği talimatlar, eserin yok olmasına sebebiyet vermiş olabilir. Bu hallerde eserin, arsa sahibine yüklenebilen bir sebepten dolayı yok olduğunu ispat, yükleniciye düşmektedir.

TBK m. 483/2 hükmü yukarıda da izah edildiği gibi, inşaata ilişkin hasarın yükleniciye ait olduğu kuralının istisnasını teşkil eder. Bu durumda inşaata ilişkin hasar, arsa sahibine ait olacaktır. Yüklenici de yok olan inşaatı yeniden yapmak zorunda olmadığı gibi, kendisi tarafından sağlanan malzeme ve işçilik giderleri ile bu değere girmeyen

⁵⁸² Altaş, Hüseyin, Eserin Tesliminden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s. 143.; Uçar, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki sonuçları, AÜEHFD, C. V. S. 1-4(2001), s. 546 dipnot 117; Kocaağa, s. 233.

⁵⁸³ Zevkliler/Gökyayla s. 561.

⁵⁸⁴ Aral/Ayrancı, s. 382.

giderlerini talep edebilecektir⁵⁸⁵. Bu durumda yok olmanın meydana gelmesinde kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat yükü, yükleniciye aittir⁵⁸⁶.

TBK m. 483/2 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle inşaatın tamamen veya kısmen yok olması gerekir. İnşaatın yok olması, ya arsa sahibince sağlanan arsanın ayıplı olmasından ya da arsa sahibinin (veya temsilcinin, yardımcı kişilerin) verdiği talimata göre inşaatın yapılmasından kaynaklanmalıdır. Arsa sahibinin kusurlu olması şart olmayıp, yok olma olayının arsa sahibinden kaynaklanması yeterlidir. Ancak inşaatın yok olmasında arsa sahibinin ayrıca kusuru da varsa, yüklenici kusuru ve zararı ispatladığı takdirde müspet zararının (yoksun kalınan kârının) giderilmesini de isteyebilir⁵⁸⁷. Yüklenicinin ifaya olan menfaati ve yüklenicinin sözleşme dolayısıyla uğradığı diğer zararlar, TBK m. 483/2 anlamında yüklenicinin zararını oluşturur⁵⁸⁸.

Arsa sahibinin inşaat yapımı için teslim ettiği arsadaki ayıplar veya arsa sahibinin yahut temsilcisinin talimatı inşaatın yok olması tehlikesini yaratıyorsa, yüklenici arsada bulunan ve bildiği veya bilmesi gerekli ayıpları yahut talimatın yanlışlığını derhal arsa sahibine bildirmeli, bunların tehlikeli sonuçları hakkında arsa sahibini zamanında uyarmalıdır. Eğer yüklenici bildirim yükümlülüğünün ihlal ederse, TBK m. 483/2'de öngörülmüş olan masraf ve giderleri talep etme hakkı ile kusurun varlığı halinde tazminat talep etme hakkını kaybedecektir⁵⁸⁹. Bu halde yüklenici uzmanı olduğu bir iş konusunda arsa sahibini vaktinde uyarma yükümlülüğünü ihlal ederse, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin, sözleşmeye aykırı davranılmasının yaptırımını olarak arsa sahibinden

⁵⁸⁵ Topuz, s. 230.

⁵⁸⁶ "...Özetle açıklanan bu hukuksal çerçevede dahilinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; iş sahibi davacının alacaklı temerrüdüne düşürüldüğü davalı tarafından ileri sürülüp yasal delillerle kanıtlanmadığı gibi; yüklendiği ediminin aynen ifasının imkansızlığının kendisine yöneltmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı olduğunu da kanıtlayamamıştır. Genellikle, edim borçlusuna, kendisine yöneltmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı, ediminin imkansız hale gelmesinden sorumlu tutulamaz. Buna "kaza" denilir ve kazadan amaç, eserin yok olmasının sözleşmenin taraflarından hiç birine yükletilmemesidir. Ancak, ediminin ifasının imkansızlığı halinde hiçbir kusurun kendisine yükletilemeyeceğini kanıtlama ödevi, eseri teslim etmek borcu yükümlülüğünü taşıyan yükleniciye aittir. Dava dosyası kapsamındaki deliller ve 27.10.2002 günlü bilirkişi raporunda açıklanan tesbitler değerlendirildiğinde; davalının atölyesinin kapısının, kilit kısmından sert bir cisimle dışardan kolaylıkla açılabilir durumda olduğu ve dolayısıyla onarımını yüklediği davacıya ait motorun muhafazasında gerekli özeni göstermediği ve özen borcuna aykırı davrandığı ve zararlı sonucun oluşumuna kusuruyla sebep olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da, sorumsuzluğunu kanıtlayamayan davalı, Borçlar Yasasının 96.maddesi hükmü gereğince davacının gerçek zararını gidermekle yükümlüdür. Mahkemece yapılacak iş, davacının kesim motorunun tüm özellikleri, amortisman durumu ve piyasa koşulları gözetilerek gerçek değerinin bilirkişi incelemesi yaptırılarak saptanması ve belirlenecek değerinin istek de gözetilerek ödetilmesine karar vermektir ibaret olmalıdır." Y. 15. HD. 17.11.2003 T., 2003/2621 E., 2003/5492 K.

⁵⁸⁷ Eren, İnşaat, s. 99; Gümüş, II, s. 95.

⁵⁸⁸ Altaş, Telef Olma, s. 139.

⁵⁸⁹ Gümüş, II, s. 95.

edimini yerine getirmesini talep edemeyecek ve varsa arsa sahibinin zararını tazmin edecektir⁵⁹⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatın, arsa sahibinden kaynaklanan sebeplerle yok olması halinde, kanun koyucu yükleniciyi eseri yeniden yapmakla yükümlü tutmamıştır. TBK m. 483/2 hükmünde açıkça sözleşmenin sona ermesinden bahsedilmemekle birlikte, maddeye sona ermeyi düzenleyen hükümler arasında yer verildiğinden, sayılan şartların varlığı halinde yüklenicinin inşaatı teslim borcu ortadan kalkacak ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir⁵⁹¹.

c. İfanın Arsa Sahibi İle İlgili Beklenmedik Olay Sebebiyle İmkânsız Hale Gelmesi

TBK m. 485 hükmünde eserin tamamlanmasının, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşması halinde, yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Hiç şüphesiz burada kanun koyucu hakkaniyet düşüncesiyle hareket etmiştir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında arsa sahibinin kusuru varsa, yüklenici kusuru ve zararı ispat etmek suretiyle, tazminat da isteyebilecektir. Burada yüklenicinin borçlandığı edimin, sözleşmenin kurulmasından sonra arsa sahibinin şahsında veya hâkimiyet alanında (ilişki çevresinde) ortaya çıkan beklenmedik bir olay nedeniyle imkânsız hale gelmesi söz konusudur⁵⁹².

TBK m. 485' in uygulanabilmesi için gerekli ilk şart, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve yapımına henüz başlanmamış inşaatın yapımına veya yapımına başlanmış inşaatın tamamlanmasına engel olan imkânsızlığın bulunmasıdır⁵⁹³. Buradaki imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan objektif bir imkânsızlık olup, inşaatın yapılması hiçbir yüklenici bakımından mümkün olmamalıdır⁵⁹⁴. Aynı şekilde, tamamlanmış olduğu halde henüz teslim edilmemiş inşaatın tesliminin imkânsızlaşması halinde de TBK m. 485 hükmünün uygulanabileceği savunulmuştur⁵⁹⁵. İmkânsızlığın inşaatın tamamlanmasından önce veya sonra ortaya çıkması önem arz etmeyip, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirememesi yeterlidir⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 324.

⁵⁹¹ Altaş, Telef Olma, s. 144; Kocaağa, s. 235; Aral/Ayrancı, s. 382.

⁵⁹² Kocaağa, s. 237.

⁵⁹³ Kocaağa, s. 237.

⁵⁹⁴ Aral/Ayrancı, s. 382; Gümüş, II, s. 102.

⁵⁹⁵ Aral/Ayrancı, s. 383; Buz, Vedat, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması", AÜ SBF Dergisi 1994, S. 1-2, Prof. Dr İlhan Öztrak' a Armağan, s. 23-40, s. 27.

⁵⁹⁶ Buz, Tamamlama, s. 27.

İnşaatın tamamlanmasının imkânsız hale geldiğini ispat külfeti, bunu iddia eden tarafa düşerken; inşaatın tamamlanmasının arsa sahibiyle ilgili beklenmedik olay yüzünden veya onun kusurundan dolayı imkânsızlaştığını ispat külfeti ise yüklenicidir⁵⁹⁷. Arsa sahibi yüzünden ortaya çıkan imkânsızlıkta, yüklenici TBK m. 485/2 gereğince zararı ve arsa sahibinin kusurunu ispat ettiği takdirde müspet zararının tazminini talep edebilecektir⁵⁹⁸.

TBK m. 485/1'in uygulanabilmesi için aranan diğer şart ise, imkânsızlığın arsa sahibi ile ilgili beklenmedik olaydan kaynaklanması gerekir. Dolayısıyla arsa sahibinin kusurundan yahut sorumlu olduğu bir durumunun imkânsızlığa yol açmaması gerekir⁵⁹⁹. Beklenmedik olayın arsa sahibi ile ilgili olmasının geniş anlamda anlaşılması gerektiği savunulmaktadır⁶⁰⁰. Buna göre ifayı imkânsız hale getiren beklenmedik olay, arsa sahibinin şahsından kaynaklanabileceği gibi onun hâkimiyet alanından da kaynaklanabilir⁶⁰¹. Edimin ifasını imkânsız hale getiren beklenmedik olay, maddi bir olay olabileceği gibi hukuki bir olay da olabilir⁶⁰². Arsa sahibinin üzerinde inşaat yapılacak arsasının idarece kamulaştırılması⁶⁰³; üzerinde inşaat yapılacak arsaya yetkili makamlarca inşaat yasağı konulması⁶⁰⁴, yahut arsa sahibi tarafından inşa edilecek yapıda kullanılmasını önerdiği yapı sisteminin yetkili makamlarca yasaklanması⁶⁰⁵ hukuki nitelikteki ve arsa sahibinin hâkimiyet alanında ortaya çıkan beklenmedik olaylardır. Buna karşılık, üzerinde inşaat yapılacak arsa sahibine ait arsanın deprem veya toprak kayması sonucu inşaat yapılamayacak hale gelmesi⁶⁰⁶ maddi nitelikteki ve yine arsa sahibinin hâkimiyet alanında ortaya çıkan beklenmedik olaydır. Yine arsa sahibinin kusuru olmaksızın ağır hastalık, maluliyet geçirmesi yahut ölmesi kendisi ile ilgili beklenmedik olaylara örnek gösterilebilir⁶⁰⁷.

İnşaatın tamamlanmasının imkânsızlaşmasına, arsa sahibinin şahsından veya onun hâkimiyet alanından kaynaklanan herhangi bir beklenmedik olay sebep olursa TBK m.

⁵⁹⁷ Buz, Tamamlama, s. 29.

⁵⁹⁸ Karadaş s. 462.

⁵⁹⁹ Arıkan, Mustafa, Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları, SÜHFD, C. 16, S. 2, Y. 2008, s. 278; Büyükkay, 2014, s. 247; Buz, Tamamlama, s. 27.

⁶⁰⁰ Aral/Ayrancı, s. 383; Buz, Tamamlama, s. 27.

⁶⁰¹ Eren, İnşaat, s. 99; Buz, Tamamlama, s. 27; Aral/Ayrancı, s. 383; Gümüş, II, s. 102.

⁶⁰² Eren, İnşaat, s. 99.

⁶⁰³ Aral/Ayrancı, s. 384; Eren, İnşaat, s. 99; Buz, Tamamlama, s. 28; Gümüş, II, s. 103. Karadaş, s.462.

⁶⁰⁴ Aral/Ayrancı, s. 384; Eren, İnşaat, s. 99;

⁶⁰⁵ Buz, Tamamlama, s. 28; Yeniocak, Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 128; Özçelik, Barış, Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, AÜHFD, 63(3) 2014, s. 606.

⁶⁰⁶ Aral/Ayrancı, s. 384; Tandoğan, Borçlar Özel C. 2, s. 327; Buz, Tamamlama, s. 28; Gümüş, II, s. 103.

⁶⁰⁷ Yeniocak, s. 128; Özçelik, s. 606.

485/1 hükmü uygulanırken; imkânsızlık arsa sahibinin kusurundan veya onun sorumlu olduğu bir durumdan ileri gelirse TBK m. 485/2 hükmü uygulanır⁶⁰⁸.

Yukarıda açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde, inşaat sözleşmesi, fesih beyanına gerek olmaksızın, kanundan dolayı ve ileriye etkili olarak sona erer⁶⁰⁹. Sözleşmenin sona ermesi üzerine, tarafların inşaatın henüz yapılmamış kısmına ilişkin hak ve borçları ile eserin tamamlanmasına ilişkin talepleri de sona erecektir.⁶¹⁰

İnşaatın tamamlanmasının TBK m. 485/1 hükmüne göre imkânsız hale gelmesinde, arsa sahibinin kusuru yoksa yüklenici, sözleşmenin sona ermesine kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini arsa sahibinden isteyebilir. Ancak hükümde talep edebileceği değer ve giderlerin hesaplanmasında hangi kıstasların göz önünde bulundurulacağı belirtilmemiştir. Diğer bir görüşü savunan yazarlara⁶¹¹ göre, taraflarca kararlaştırılan ücret, yapılan işin değerinin belirlenmesinde esas alınmakta ve ancak ücret içerisine girmemiş masraflara ilişkin olarak yükleniciye ayrıca bir talep hakkı tanınmaktadır. TBK m. 485/1 hükmünün lafzından yüklenicinin isteyebileceği bedelin belirlenmesi bakımından, sözleşmede kararlaştırılan esere ilişkin bedel ile yüklenicinin eserin ifasına yönelik yaptığı harcamalar anlaşılmaktadır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin borcu, arsa payı devir (götürü bedel) borcu olduğundan, inşaatın tamamlanması arsa sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşmışsa yüklenici, arsa payı devrinin, fiilen yapılmış olan inşaata denk gelen kısmını talep edebilecektir. Buna karşılık, yüklenici henüz inşaatın yapımına başlamamışsa, arsa sahibinden isteyebileceği bedel, sözleşmenin kurulmasından sonra inşaat yapım borcunu yerine getirmek için yaptığı ve arsa sahibinden kaynaklanan imkânsızlık dolayısıyla boşa giden masraflardır. Ancak imkânsızlık, inşaat yapımına henüz başlanmadan ve bu amaçla harcama yapılmadan gerçekleşmişse, yüklenici sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sebebiyle arsa sahibinden herhangi bir talepte bulunamaz ve sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları da isteyemez⁶¹².

Yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödeyen arsa sahibi, inşaatın imkânsızlık anına kadar tamamlanan kısmının kendisine devrini isteyebilir⁶¹³. Ancak doktrinde savunulan bir görüşe göre⁶¹⁴, arsa sahibi, inşaatın

⁶⁰⁸ Kocağa, s. 238.

⁶⁰⁹ Buz, Tamamlama, s. 29.

⁶¹⁰ Aral/Ayrancı, s. 384; Buz, Tamamlama, s. 30; Arıkan, s. 278.

⁶¹¹ Gümüş, Borçlar Özel, C. 2, s. 207;

⁶¹² Buz, Tamamlama, s. 30. Tandoğan, Borçlar Özel C. 2, s. 330.

⁶¹³ Buz, Tamamlama, s. 30; Gümüş, II, s. 104.

tamamlanan kısmı kendisi için kullanılabilir nitelikte değilse, TBK m. 486, c. 2 hükmüne kıyasen, bu kısmı da kabul etmeyip, yapılan işin değerini ve yüklenicinin bu değere girmeyen giderlerini ödemekten kaçınabilir.

Öte yandan inşaatın tamamlanmasının imkânsız hale geldiği sırada, yüklenici borçlu temerrüdüne düşmüşse, temerrüde düşen borçluyu beklenmedik halden sorumlu tutan TBK m. 119/1 hükmü gereğince yüklenici, arsa sahibinin ifa imkânsızlığı nedeniyle uğradığı zarardan sorumlu olacaktır⁶¹⁵. Ancak yüklenici, TBK m. 119/2' de öngörülen kurtuluş kanıtını (temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini) ispat etmek suretiyle bu sorumluluktan kurtulabilecektir⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Buz, Tamamlama, s. 31; Tandoğan, Borçlar Özel C. 2, s. 331; Gümüş, II, s. 104.

⁶¹⁵ Tandoğan, Borçlar Özel C. 2, s. 331; Buz, Tamamlama, s. 30-31

⁶¹⁶ Kocaağa, s. 240.

“...Davanın dayanağı mülga 818 Sayılı BK'nın 370/2. maddesi (6098 Sayılı TBK'nın 485/2) olup, mülga 818 Sayılı BK'nın 370. maddesinin 2. fıkrasında; "bu hususta iş sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeye hakkı olur" düzenlemesi ile işe devam imkansızlığı iş sahibinin bir kusurundan ileri geliyorsa müteahhit müsbet zararının tamamının, yoksun kaldığı karın tamamının tazminini isteyebilir. Yüklenicinin durumu, bu takdirde iş sahibinin işi keyfi olarak yarıda bıraktırması halindeki (BK'nın 369) benzer. İş sahibi işin ifasını kendi davranışıyla kasten veya ihmaliyle imkansız hale sokarsa, BK'nın 370. maddesinin 2. fıkrası anlamında kusurlu sayılır. Burada akdi bir borcun ihlali ve teknik anlamda bir kusur bulunması şart değildir (T. Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu 7. cilt sh. 8396). Öte yandan, Yargıtay HGK'nın 22.5.1992 tarih ve 15/154-278 Sayılı direnmeye konu Dairemizin kararında; "kural olarak, işe devam imkansızlığı iş sahibinin kusurundan ileri gelmişse, yüklenici olumlu zararın tamamını isteyebilir. Çünkü iş sahibi kendi ihmali ile yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ifayı imkansızlaştırmış olacağından, BK'nın 370. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince, yüklenici aynı kanunun 369. maddesinde hüküm altına alınan tazminatı isteme hakkını elde eder. Çünkü eserin tamamlanması için iş sahibine düşen işleri yapmaktan kaçınması, tek başına kusur teşkil eder. Bunun kendi dışındaki üst mercilerin caydırıcılık yönünde etki yapmaları, özel hukuk ilişkileri açısından sonucu değiştirmez." denilmiş olup, direnme kararı daire görüşü doğrultusunda bozulmuştur.

Olumlu zarar (pozitif interesse); sözleşmenin, hiç veya gereği gibi yahut vadesinde yerine getirilmemesinden kaynaklanan zarar olarak tanımlanabilir. Bu sebeple müsbet zarar üzerinde de durulmalıdır. Olumlu zarar, alacaklının, ifaya olan çıkarının beklentisinin gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı zarar olarak da tanımlanabilir. Başka bir anlatımla alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile sözleşmenin tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı ulaşacağı durum arasındaki farktır. Kural olarak, cebe girmesi beklenen paradır. Borçlunun direnimi üzerine alacaklının, borcun ifası ile birlikte isteyebileceği gecikme sebebiyle tazminat ile gecikme cezası, eksik-ayıplı işler zararı (TBK'nın 125/I- mülga 818 Sayılı BK'nın 106/II, ilk cümle) ve ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararı (TBK'nın 125/II, ilk- 818 Sayılı BK'nın 106/ikinci cümle), olumlu zarar kapsamında olup, olumlu zararların istenebilmesi için sözleşmenin saklı tutulması, yani, sözleşmeden dönülmemiş olması gerekir. Olumlu zarar, kusursuz olan tarafın, sözleşmeden haksız olarak dönen taraftan isteyebileceği tazminatın konusu olan zarardır. Borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça, alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür (TBK'nın 112- 818 Sayılı BK'nın 96.md.). Bu maddeye göre borçlu, zararı gidermek istemiyorsa, kusursuzluğunu kanıtlamak zorundadır. Oysa alacaklı, sadece zararını ve miktarını kanıtlamakta ve kusur yönünden de lehine olan yasal karineden yararlanmaktadır. Bu arada her iki taraf kusurlu ise (ortak kusur) birbirlerinden tazminat talebinde bulunamazlar ve sadece birbirlerine kazandırdıklarını, Kanunun geri verme hükmüne göre isteyebilirler. Geri vermenin kapsamının tayinde de kıyasen, nedensiz zenginleşme kuralları uygulanır (Y.E. Selimoğlu, Eser sözleşmesi, 2. baskı, sh.339,Adalet Yayınevi).

Nitekim Yargıtay H.G.K.'nun 17.1.1990 gün ve 13/392 Sayılı kararında da; müsbet zarar açıklanırken, "müsbet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur, sözleşme ortadan kalkmamaktadır; yalnız, alacaklının ifaya dair talep hakkının yerini müsbet zararın tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir." denilmiştir.

Yüklenicinin iş sahibinin kusurlu olarak sözleşmeden dönmesi halinde isteyebileceği olumlu zarar (kar kaybı) ise kesinti yöntemine göre hesaplanmalıdır. Kesinti yöntemi mülga 818 Sayılı BK'nın 325. maddesinde (6098 Sayılı TBK'nın 408. maddesi) düzenlenmiştir. Yargıtay'ın ve Dairemizin kabul ettiği bu yöntemeye göre, yüklenicinin işi tamamlayamaması sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler (malzeme ve işçilik giderlerinden yaptığı tasarruf) ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar, sözleşme bedelinden düşülmek suretiyle yüklenicinin olumlu

TBK m. 485/2'ye göre; ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında arsa sahibinin kusuru⁶¹⁷ varsa, yüklenici, müspet zararının tamamının tazminini isteyebilir. Bu kapsamda yüklenici, borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarını ve bu nedenle yoksun kaldığı karı talep edebilecektir⁶¹⁸. Ancak müspet zarar hesaplanırken, tarafların edim yükümlülükleri sona erdiği için yüklenicinin yapmaktan kurtulduğu masraflar ile başka işlerden fiilen elde ettiği veya başka iş yapmaktan dürüstlük kuralına aykırı olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar düşülür⁶¹⁹. Bu şekilde müspet zararın hesaplanması TBK m. 484'te düzenlenen tam tazminatla feshe ilişkin hükümlerle paralellik arz etmektedir⁶²⁰. Yine tam tazminatla feshe paralel şekilde arsa sahibinin, inşaatın tamamlanmış kısmını talep hakkı bulunmaktadır⁶²¹.

d. Yüklenicinin Ölümü Veya Aciz Kalması Sebebiyle İmkânsızlık

TBK m. 486 hükmüne göre; yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda arsa sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.

Bu imkânsızlık halinde, yüklenicinin borçlandığı edimin, sözleşmenin kurulmasından sonra yüklenicinin şahsında ortaya çıkan beklenmedik olay nedeniyle

zarar kapsamındaki kar kaybı bulunmalıdır (Dairemizin 11.4.2007 gün ve 4955-2372 sayılı, 9.5.2013 gün ve 7521-3029 Sayılı kararlar.). Y. 15. HD. 8.4.2015 T. 2014/3199 E. 2015/1875 K.

⁶¹⁷ Arsa sahibinin, yüklenicinin inşaatı yapacağı alana girmesini engellemesi, haksız bir inşaat yaşama yahut yetkililerce haksız olarak alınan ve inşaatın yapılmasını engelleyen kararlara karşı savunmada bulunmaması, kusurlu hollere örnek gösterilebilir. Buz, Tamamlama, s. 32; Gauch/Carron, N. 736.

⁶¹⁸ Tandoğan, Haluk, Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler, Batider, s. 2; Arıkan, s. 280; Yeniocak, s. 128; Yavuz/Acar/Özen, s. 998; Gauch/Carron, N. 735.

⁶¹⁹ Aral/Ayrancı, s. 384; Buz, Tamamlama, s. 32; Altaş, Telef Olma, s. 195.

"2 -...idarenin mülkiyeti çekişmeli bulunan taşınmaz üzerinde ek inşaat yapılması hususunda kusurlu olduğu, dava sonucunu beklemeden ihaleye çıkarttığı, davacı yüklenicinin ise bu davadan haberdar olduğuna dair somut bir delil sunulmadığı, bu durumun mücbir sebep olarak nitelendirilemeyeceği, kamu kurumu olan davalı hastanenin bu taşınmazın mülkiyetinin ihtilafı olup olmadığını araştırarak ihaleye çıkartmasının gerektiği, diğer bir anlatımla özen borcunu yerine getirmediği, incelenen Manisa 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/237 Esas sayılı dosyasında, SSK Başkanlığı tarafından açılan tapu iptal ve tescile dair 963 ada 18 parselle ilgili bu davanın yükleniciye ihbar edilmediği, böylelikle yükleniciye kusur verilemeyeceği, anlaşıldığından davacının isteyebileceği kar kaybının az yukarda açıklanan yöntemle, BK' nın 325. maddesi de gözetilerek HMK' nın 266. vd. maddeleri uyarınca, uzman bilirkişi kurulu oluşturularak hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır..."

3 -...davacı yüklenici şirket kar kaybı yanında menfi zarar isteminde de bulunmuştur. Bu zarar kalemleri içerisinde, ödemiş olduğu damga vergisi, teminat için komisyon, sözleşme bedeli ve kamu ihale katılım payı olarak toplam 19.114,98 TL talep etmiş olup, mahkemece bu alacak kalemlerine dava tarihinden itibaren faizi ile birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesi gerekirken..." Y. 15. HD. 8.4.2015 T. 2014/3199 E. 2015/1875 K.

⁶²⁰ Gauch/Carron, N. 727; Gümüş, Borçlar Özel, C. 2, s. 209.

⁶²¹ Gauch/Carron, N. 727.

objektif olarak imkânsız hâle gelmesi söz konusudur⁶²². Hükmün uygulanabilmesi için imkânsızlığın, sürekli olması gerekir⁶²³. Kanun koyucunun “ölüm” kavramını kullanması neticesinde maddenin gerçek kişi yükleniciler göz önüne alınarak düzenlendiği kanaatine varılsa da, tüzel kişi yüklenicilerle de kişisel özellikleri göz önüne alınarak eser sözleşmesi yapılabileceğinden, hükmün yalnızca gerçek kişi yükleniciler hakkında değil, tüzel kişi yükleniciler hakkında da uygulanabileceği kabul edilmektedir⁶²⁴. Eser sözleşmesi akdedilirken, tüzel kişi yüklenicinin ortaklarından birine güvenilerek akdedilmişse, bu ortağın ortaklıktan ayrılması ya da ölmesi durumunda TBK m. 486’nın kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁶²⁵. Ancak Öz⁶²⁶, böyle bir kıyasın mutlak surette kabulünün doğru olmadığını, iş sahibinin, sözleşmeyi işin yüklenicisi (karşı tarafı) olarak ortaklık tüzel kişisiyle akdettiğini, dolayısıyla borç ilişkisinin tarafı olmayan bir kişiye güvenerek sözleşmeyi yaptığını ileri sürmesinin yerinde olmadığını belirtmekle beraber, şayet iş sahibinin ölen yahut ayrılan ortak olmaksızın bu sözleşmeyi ortaklıkla yapmayacak olduğunu gösteren inandırıcı nedenlerin bulunması halinde, TBK m. 486 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır.

TBK m. 486 hükmünün uygulanabilmesi için gerekli ilk şart; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, yüklenicinin kişisel özellikleri ve nitelikleri göz önünde tutularak yapılmış olmasıdır⁶²⁷. Yüklenicinin kişisel özellikleri, yüklenicinin özel bilgi ve uzmanlığının, sanat gücünün veya özel yeteneğinin olması şeklinde kendini gösterebilir⁶²⁸. Yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınmaksızın yapılan eser sözleşmesi, yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesiyle sona ermez. Sözleşmeden doğan eser meydana getirme borcu mirasçılara geçer ve mirasçılar bizzat ya da başkaları aracılığıyla borcu ifa etmekle yükümlüdürler⁶²⁹. Eğer eseri ifa borcunun üçüncü kişilerce yerine getirilmesi mümkünse bu şart gerçekleşmiş olmamaktadır.

⁶²² Eren, İnşaat, s. 100; Gümüş, II, s. 105

⁶²³ Eren, İnşaat, s. 100

⁶²⁴ Gümüş, II, s. 105; Buz, Tamamlama, s. 36; Eren, İnşaat, s. 100; Kurt, Leyla Müjde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 138.

⁶²⁵ Öz, Dönme, s. 163.

⁶²⁶ Öz, Dönme, s. 163.

⁶²⁷ “...uyuşmazlık, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacılar, davalı yüklenicinin inşaatı terk ettiğinden dolayı 5.1.1987 günlü ihtarla 30 günde inşaata başlanmasını istemişlerdir. Oysa mahkeme, müteahhit Ahmet’in öldüğünden dolayı Borçlar Kanununun 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhitin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir. İnşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibare alınmamıştır. O halde, mahkemenin kararda açıkladığı gerekçe yanlıştır...” Y. 15. HD. 12.11.1990 T., 1990/1503 E., 1990/4707 K.

⁶²⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, C. 2, s. 332.

⁶²⁹ Ergezen, s. 155; Öz, s. 162; Yeniocak, s. 129.

İnşaat yapımını içeren eser sözleşmelerinde yüklenicinin kişisel özellik ve nitelikleri kural olarak göz önünde tutulur⁶³⁰. Bu durum özellikle, yüklenicinin inşaatı bizzat yapmak veya yönetimi altında yaptırmakla yükümlü olduğunun taraf iradelerinden anlaşıldığı veya arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşebilmesi için yüklenicinin bizzat iş görmesinin gerektiği uzmanlık gerektiren inşaat sözleşmelerinde söz konusu olacaktır⁶³¹. Tandoğan'a göre belirli bir kişinin şahsi özelliklerinin esas alındığının iş sahibi tarafından sözleşmenin yapılması esnasında belirtilmiş olması şart olmayıp, iş sahibinin işin o yüklenici tarafından yapılmasını ve yönetilmesini istediğinin karşı tarafça anlaşılabilir olması yeterlidir⁶³².

Yüklenicinin inşaatı bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma yükümlülüğü, sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi işin niteliğinden de anlaşılabilir. Bu hususta TBK m. 471/3 hükmünde; yüklenicinin, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü olduğu, buna karşın eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işin başkasına da yaptırılabilmesi düzenlenmiştir⁶³³. Buna göre yapılacak inşaat yönünden yüklenicinin kişisel özellik ve nitelikleri göz önünde tutulmamışsa, dolayısıyla işin yüklenici tarafından bizzat yapılması şart olmayıp yapımının üçüncü kişiye bırakılması mümkünse, yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde TBK m. 486 hükmü uygulanmayacak ve inşaat sözleşmesi sona ermeyecektir⁶³⁴. Aksi halde TBK m. 486 gereği sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi, arsa sahibinin arsası üzerine inşaat yapımı olduğundan ve aksi sözleşmede açıkça kararlaştırılmadıkça yüklenicinin şahsı nazara alınarak yapılmadığından, TBK m. 486 gereğince sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği söylenemez. Arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşmesi için inşaatın sözleşmeye uygun şekilde inşası ve teslimi yeterli olup,

⁶³⁰ Eren, İnşaat, s. 100.

⁶³¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 999; Kurt, s. 137; Arıkan, s. 280; Durak, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6 Özel Sayı, Y. 2015, s. 239.

⁶³² Tandoğan, Borçlar Özel, C. 2, s. 333.

⁶³³ "...Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacıların murisi ile davalı arasında yapılan 11.2.1993 tarihli arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. B.K. 371. maddesine göre, istisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme yüklenicinin kişiliği nazara alınmışsa sözleşme münfesi olur. Oysa somut olayda, yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez. Öte yandan, sözleşmede yüklenicinin ölümü halinde, sözleşmenin son bulacağı hususunda bir hüküm de yer almamıştır." YHGK. 1.11.1995 T., 1995/15-562 E., 1995/900 K.

⁶³⁴ Eren, İnşaat, s. 100; Buz, Tamamlama, s. 35.

muhakkak sözleşmenin karşı tarafı olan yüklenici tarafından yapılması şart değildir⁶³⁵. Yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda yüklenicinin mirasçılarının bizzat yahut bir başkası aracılığıyla inşaatı yapması veya tamamlaması imkân dâhilinde olabilecektir⁶³⁶. Ancak inşaatın niteliği gereği yüklenicinin özel bilgisine ve uzmanlığına ihtiyaç duyulan (yeni ve güç bir yöntemle yapılacak inşaatı uzman olunması) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde TBK m. 486' in uygulama alanı bulması muhtemeldir⁶³⁷.

TBK m. 486 hükmünün uygulanabilmesi için yüklenicinin ölümünün yahut eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Yüklenicinin ölümü, işin onun tarafından tamamlanmasını objektif olarak imkânsız kılacaktır. Yüklenicinin tüzel kişi olması halinde ise tüzel kişiliğinin sona ermesi aynı sonucu doğuracaktır⁶³⁸.

Yüklenicinin ölümünden başka, yüklenicinin inşaatı tamamlama yeteneğini kaybetmesi de inşaatın tamamlanmasını objektif olarak imkânsızlaştırır. Yüklenicinin aczi sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmeli ve devamlılık arz etmelidir⁶³⁹. Yüklenicinin bir hastalık veya sakatlık sonucu çalışma gücünü sürekli olarak kaybetmesi bizzat kendisi tarafından yapılacak inşaat yönünden imkânsızlık nedeni olabilir⁶⁴⁰. Öte yandan yüklenicinin mali sıkıntı içine girmesi, TBK m. 486 anlamında ifa imkânsızlığı sayılmayacaktır⁶⁴¹. Yüklenicinin iflâsının da bu madde anlamında ifa imkânsızlığına yol açmayacağı savunulmuştur⁶⁴².

⁶³⁵ "...Anılan maddedeki müteahhidin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir İnşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibare alınmamıştır." Y. 15. HD. 12.11.1990 T. 1990/1503 E. 1990/4707 K.

⁶³⁶ "...davalılardan müteahhidin öldüğü, bu durumda BK'nın 371. (TBK'nın 486.) maddesi uyarınca akdin sona erdiği gerekçesinde de isabet yoktur. Anılan maddeye göre inşaat sözleşmesinin sona ermesi, akdin müteahhidin şahsı ve özel yetenekleri dikkate alınarak yapılmış olmasına bağlıdır. Oysa olay bir inşaat yapımından ibaret olup, sözleşme yüklenicinin şahsı nazara alınarak akdedilmiş değildir. Yüklenicinin mirasçılarının bizzat ya da bir başkası eliyle inşaatı yapması da imkân dâhilinde olduğundan olayda BK'nın 371. (TBK' nın 486.) maddesinin tatbiki mümkün değildir." Y. 15. HD. 22.04.1993 T. 1993/1866 E. 1993/1907 K.; Benzer yönde YHGK. 1.11.1995 T., 1995/652 E., 1995/900 K.

⁶³⁷ Karadaş, s. 463.

⁶³⁸ Eren, İnşaat, s. 100-101; Buz, Tamamlama, s. 36.

⁶³⁹ Arıkan, s. 281; Ergezen s. 156.

⁶⁴⁰ Eren, İnşaat, s. 101.

⁶⁴¹ Eren, İnşaat, s. 100; Buz, Tamamlama, s. 36; Gümüş, II, s. 106.

⁶⁴² Eren, İnşaat, s. 101; Buz, Tamamlama, s. 36. Ancak karşı görüşte olan Karadaş' a göre; "yüklenicinin iflâsı, kanunda sözleşmeyi sona erdiren nedenler arasında gösterilmemesine rağmen, tıpkı yüklenicinin ölümü veya aciz kalması sebebiyle işi bitirememesinde olduğu gibi sonuç meydana getirmektedir. Çünkü iflâsın açılması ile birlikte müflisin mal ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisi kalkar ve yetki iflâs idaresine geçer, bundan sonrası için İİK'da öngörülen prosedür işletilir." Bkz. Karadaş, s. 464.

"İflâs masası oluşup sözleşmeye devam kararı almazsa sözleşme olanaksızlık sebebiyle sona erer." Bkz. Öz, İnşaat, s. 194.

"Alacaklılar toplantısında, müflisin işletmesine devam etmemesine karar verildiğinde TBK m. 486/1'dekine benzer durum ortaya çıkar" Duman, İlker Hasan, s. 1383.

Yüklenicinin kişisel özellik ve nitelikleri göz önüne alınarak yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin ölümü veya işi yapma yeteneğini kaybetmesi subjektif imkânsızlık oluşturmasına rağmen, taraf iradeleri ve TBK m. 486 hükmü karşısında, başka kişilerce ifa edilip edilemeyeceği nazara alınamayacağı için, subjektif imkânsızlık hali neticeleri bakımından objektif imkânsızlıkla bir tutulmuştur⁶⁴³. TBK m. 486'da öngörülen imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan, objektif ve sürekli nitelik taşıyan bir imkânsızlıktır⁶⁴⁴.

Yüklenicinin ölümü veya inşaatı tamamlama yeteneğinin kaybı sebebiyle inşaatın bizzat yüklenici tarafından tamamlanması imkânsızlaşabileceği gibi, yüklenicinin yönetimi altında tamamlanması da imkânsızlaşabilir. Yüklenicinin iş organizasyonunu kaybetmesi halinde yüklenicinin kişisel yönetimi altında işin yaptırılması imkânsız hale geleceğinden, TBK m. 486 anlamında imkânsızlığın oluştuğu kabul edilecektir⁶⁴⁵.

TBK m. 486 hükmünün uygulanabilmesi için yüklenicinin şahsında ortaya çıkan olayın, niteliği itibariyle beklenmeyen bir olay olması ve yükleniciden kaynaklanmaması gerekmektedir. Gerçek kişi yüklenicinin ölümü veya tüzel kişi yüklenicinin tüzel kişiliğinin sona ermesi beklenmeyen hal kapsamında olmasına karşın, yüklenicinin eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi ihtimalinde yüklenicinin kusuru bulunabileceğinden, TBK m. 486 hükmünün uygulanabilmesi için bu ihtimalde yüklenicinin kusurunun bulunmaması gerekir. İnşaatın tamamlanamaması ve sözleşmenin sona ermesi yüklenicinin kusurundan kaynaklanıyorsa, TBK m. 486 hükmü uygulanmayacaktır⁶⁴⁶. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁶⁴⁷ yüklenici intihar etmiş veya kusuruyla bedensel, fikri yahut işletmesel iş görme yeteneğinin kaybına sebebiyet vermişse kusurlu sayılmalıdır⁶⁴⁸. Ancak yüklenicinin bu durumlara, sırf sözleşmeden doğan borçlarından kurtulmak amacıyla sebebiyet verdiği hallerde kusurlu sayılabileceği kabul edilmektedir.

Yukarıda açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde, TBK m. 486 uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi fesih beyanına gerek olmaksızın kendiliğinden ve ileriye etkili olarak sona erecektir⁶⁴⁹. Sözleşmenin sona ermesi üzerine, tarafların inşaatın yapılmamış kısmına ilişkin hak ve borçları da son bulacaktır. Buna karşılık arsa sahibi, inşaatın

⁶⁴³ Aral/Ayrancı, s. 386; Buz, Tamamlama, s. 35; Eren, İnşaat, s. 100; Gümüş, II, s. 106.

⁶⁴⁴ Aral/Ayrancı, s. 386; Buz, Tamamlama, s. 35; Eren, İnşaat, s. 100.

⁶⁴⁵ Eren, İnşaat, s. 101; Güleç, s. 93; Kurt, s. 139.

⁶⁴⁶ Eren, İnşaat, s. 101.

⁶⁴⁷ Gümüş, II, s. 107.

⁶⁴⁸ Buz, Tamamlama, s. 37.

⁶⁴⁹ Eren, İnşaat, s. 101.

yapılmış olan kısmından yararlanabilecekse, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür⁶⁵⁰. Arsa sahibinin ödemekle yükümlü olduğu karşılık miktarı, inşaatın tamamına göre hangi oranda iş yapılmışsa, o oranda olacaktır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin menfaati kural olarak inşaatın sözleşmeye uygun şekilde tam olarak inşası ve teslimi ile gerçekleştiğinden ve yine arsa sahibinin yükleniciye olan arsa payı devir borcu da ancak inşaatın tamamlanması ile yerine getirebileceğinden, arsa sahibinin kısmi inşaatla kural olarak menfaatinin bulunmadığı söylenebilir. Ancak inşaatın tamamlanan kısmı, arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati karşılayabilecek durumdaysa (örneğin kaba inşaat bitmişse) yahut arsa sahibi somut olayın özelliklerine göre eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecekse, tamamlanan kısmı kabul edilip ve karşılığı da tamamlanan oranda arsa payı olarak verebilecektir. Ancak Yargıtay, bir kararında inşaatın tamamlanan kısmının karşılığı olarak yükleniciye arsa payı verilmesi yerine bunun karşılığı olan bedelin verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁵¹. İnşaatın yapılmış olan kısmının yararlanılabilir nitelikte olmadığını ispat arsa sahibine aittir⁶⁵².

TBK m. 486 hükmüne göre, yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde, yüklenici için tazminat yükümlülüğü öngörülmediğinden arsa sahibi, ifa imkânsızlığını ileri sürerek, yükleniciden tazminat isteyemeyecektir⁶⁵³. Buna karşılık ifa imkânsızlığı, yüklenicinin yeteneğini kendi kusuru sebebiyle kaybetmesinden kaynaklanmış (TBK m. 112) veya yüklenicinin temerrüdü sırasında gerçekleşmişse (TBK m. 119), yüklenici, arsa sahibinin müspet zararını tazminle yükümlü olacaktır⁶⁵⁴. İfa imkânsızlığının yüklenicinin temerrüdü sırasında gerçekleştiği hallerde, yüklenicinin, temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabileceği kabul edilmektedir⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ Ergezen, s. 156; Eren, İnşaat, 101.

⁶⁵¹ "...BK 371/1 uyarınca sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle aktarılan payların geri verilmesi istemi incelenirken, inşaat hangi oranda tamamlanmışsa eser ücretinin de o oranda ödenmesi gerektiği, eş deyişle bunun dışında kalanın geri verilmesinin söz konusu olacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Yüklenicinin meydana getireceği apartmanın karşılığını pay mülkiyetinin aktarılması oluşturmaktadır. Öyle ki 287/1280 payın mülkiyetinin yüklenici Saim Beygo' ya aktarıldığı görülmektedir. Yüklenici 8.9.1975 günü öldüğü için, sözleşme o gün ortadan kalkmıştır. Öyleyse inşaatın yüklenicinin ölüm günündeki tamamlanma oranına bakılıp, apartmanın kaçta kaçının tamamlandığı uzman bilirkişi marifeti ile tespit edilmeli ve bu yolla bulunacak oran 287/1280 paya uygulanarak meydana getirilen inşaat nedeniyle yüklenici üzerinde kalması gereken arsa payı oranı bulunmalıdır. Bulunacak pay miktarının 8.9.1975 günündeki sürüm değeri uzman bilirkişiye hesaplatılmalı ve bu tutar meydana getirilen inşaat bedeli olarak yüklenicinin mirasçılara miras payları oranında ödetirilmeli ve tapu kaydının da davacılar adına düzeltilmesine karar verilmelidir. Bedelin pay olarak düşünülmesi bütünleyici parça kuralı gereğince inşaatın arsaya bağlı olması nedeniyle, meydana getirilen inşaatın da paydaşı durumuna gelmeleri sonucunu doğurur ki, bedelin hesaplatılarak para olarak ödenmesine yönelik çözümün yeğlenmesinde zorunluluk vardır." Y. 15. HD. 30.11.1979 T., 1979/1709 E., 1979/2437 K.

⁶⁵² Buz, Tamamlama s. 37; Arıkan, s. 282.

⁶⁵³ Eren, İnşaat, s. 101.

⁶⁵⁴ Aral/Ayrancı, s. 386; Eren, İnşaat, s. 101; Buz, Tamamlama, s. 37.

⁶⁵⁵ Buz, Tamamlama, s. 37.

SONUÇ

Arsa sahibi olup da taşınmazını değerlendirmek yahut konut, işyeri gibi ihtiyaçlarını karşılamak isteyen fakat inşaat işleri ile bizzat uğraşmak istemeyen kişiler, arsa paylarını yüklenicilere devrederek, arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa edilmesini sağlamaktadır. Taraflar arasında yapılan anlaşmaya göre, inşa edilen bağımsız bölümler yüklenici ve arsa sahibi arasında paylaşılmaktadır. Böylelikle arsa sahipleri bizzat inşaat işi ile uğraşmadan bağımsız bölüm sahibi olurken, inşaat işinde uzmanlaşmış olan ancak arsa sahibi olmayan yükleniciler de kendilerine düşen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak kazanç sağlamaktadırlar. Taraflar arasında kurulan ve uygulamada ortaya çıkan bu isimsiz sözleşme arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir.

TBK'nın 26. maddesinde tarafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda belirlenen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme özgürlüğüne ilişkin bu serbestiden yararlanılarak satış sözleşmesi ve eser sözleşmesine ilişkin asli edim yükümlülüklerinin bir araya getirilmesiyle kurulan, hukuki niteliği bakımından çift tipli karma ve tipik bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, sözleşmenin kurulmasıyla taraflar karşılıklı olarak hak ve borç sahibi olurlar. Sözleşme ile yüklenicinin, bağımsız bölüm inşa etme, inşaatı sadakat ve özenle yapma, inşa işini bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırma, işe zamanında başlama ve devam etme ile inşaatı zamanında teslim etme borçları bulunur. Yüklenicinin inşaatı teslim etme borcuna aykırı davranması halinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler gereğince sorumluluğu söz konusu olur. Ayrıca, yüklenicinin teslim ettiği inşaatta bulunan ayıplara ilişkin olarak, ayıp sebebiyle sorumluluğu da bulunmaktadır. Arsa sahibinin sözleşmeden doğan en önemli borcu ise, yükleniciye devri kararlaştırılan arsa paylarını kararlaştırılan zamanında devretmektir. Bunun yanında arsa sahibi, yüklenicinin üstlendiği edimi gereği gibi ifa edebilmesi için, arsayı inşaat yapımına elverişli bir şekilde yükleniciye teslim etmeli, inşaatı başlanabilmesi için gerekli işlemleri yapmalı ya da yapması için müteahhide vekâlet vermelidir. Arsa sahibinin belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretme borcunu yerine getirmemesi halinde, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sorumluluğu doğar.

Yüklenicinin sözleşme gereği üstlendiği borcun ifasının belli bir zaman dilimini gerektirmesi, sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi mi yoksa sürekli edimli borç ilişkisi mi

doğurduğu tartışmasını ortaya çıkarmıştır. Doktrindeki hâkim görüş ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilen görüş, sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğurduğudur. Yüklenicinin edimini ifa etmiş sayılması için, inşaatı bir bütün halinde tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesi gerekir. Bu bakımdan, yüklenicinin inşaatı tamamlamak için yaptığı faaliyetler ifa fiili değil, ifa faaliyeti (hazırlığı) kapsamındadır. Arsa sahibinin sözleşmeden beklediği menfaat, inşa işinin görülmesi ile değil, inşa işinin tamamlanması sonucu ortaya çıkan, sözleşme ile belirlenen ve kararlaştırılan vasıfları taşıyan bağımsız bölümlerin kendisine teslim edilmesi ile elde edilir. Ancak ani edimi içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi halinde sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratabilir. Bu sebeple sona ermenin sonuçları bakımından somut olayın özelliklerine, inşaatın tamamlanma oranına ve taraf iradelerine göre TMK m. 2 hükmü gözetilerek sürekli borç ilişkisinde uygulama alanı bulan ileriye etkili sona ermenin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu ayrık durum gözetilmek kaydıyla, sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşün yerinde olduğunu düşünüyoruz.

Arsa paylarının yükleniciye devrinin kararlaştırıldığı aşamaya göre sözleşmenin sınıflandırılması mümkün olup, uygulamada sözleşmenin üç farklı türde yapıldığı söylenebilir. 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 ve inşaatın tamamlanması ile birlikte yükleniciye arsa paylarının devredileceğinin kararlaştırılması şeklindedir.

Yargıtay içtihatlarına göre eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hiçbir şekle bağlı olmayan inşaat sözleşmesi ile resmi biçimde (TMK m. 706, TBK m. 237, TK m. 26. ve NK m. 60) yapılması gereken taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu doğuran iki sözleşme iç içedir. Her ne kadar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi her iki sözleşmeden bağımsız bir isimsiz sözleşme olsa da, netice itibarıyla taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu doğurduğundan ve taşınmaz mülkiyetinin devrine yönelik sözleşmelerin geçerliliği resmi şekle tabi kılındığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de kıyasen bu şekle uyularak yapılması gerekir. Resmi şekil şartına uyulmadan kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kesin olarak hükümsüzdür. Ancak sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle hükümsüz olduğunun ileri sürülmesi, Türk Medeni Kanun madde 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ediyorsa, sözleşmenin hükümsüz olduğu ileri sürülemeyecektir.

Doktrinde karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki hâkim görüş kıyas teorisisidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için taşınmaz satımı ile eser sözleşmesine ilişkin hükümler niteliklerine ve somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Hükümlerin uygulanmasında çatışma olduğu zaman, tarafların sözleşmedeki amaçları ve tarafların menfaatleri göz önüne alınarak hakkaniyet çerçevesinde karar verilecektir. Şayet bir sonuç elde edilemezse örf ve adet hukukuna başvurulacak, bundan da bir sonuç elde edilemediği takdirde hâkim taraf iradelerini gözeterek TMK m. 1'e göre hukuk kuralı yaratacaktır.

Borcun sona ermesi, bir edimi yerine getirme yükümlülüğünün ortadan kalkmasını ifade eder. Böylelikle borçlu borcundan kurtulur, alacaklının da talep edebileceği bir alacağı kalmaz. Bu anlamda yani dar anlamda borcun sona ermesi, geniş anlamda borç (sözleşme) ilişkisinin sona ermesinden farklıdır. Geniş anlamda borcun sona ermesi, salt sözleşme konusu edimin değil, borç ilişkisinin bütününe sona ermesidir. Sözleşme ilişkisini sona erdiren sebepler, ifa, ikale sözleşmesi, fesih, dönme, geri alma ve iptal olarak sayılabilir. TBK'nın 132 ve 161. maddeleri arasında dar anlamda borcu sona erdiren sebepler düzenlenmiştir. Bunlar; yenileme, borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi, ibra, takas, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı ve zamanaşımıdır. Her ne kadar borcu sona erdiren sebepler arasında açıkça sayılmamış olsa da, TBK m. 83 ve devamı maddelerinde düzenlenen ifa da bazı hallerde borcu, bazı hallerde de borç ilişkisini sona erdiren sebeplerdendir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi karşılıklı edimlerin gereği gibi ifa edilmesiyle sona erer. Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi gereği, sözleşmelerin ifa ile kendiliğinden sona ermeleri arzulanan sona erme sebebi olsa da, bazı sebeplerin varlığı halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ifa dışı nedenlerle sona ermektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa dışı sona erme sebepleri; arsa sahibinin ve yüklenicinin tek taraflı irade beyanlarıyla sözleşmeyi sona erdiren sebepler ile diğer sona erme sebepleri olarak tasnif edilebilir

Arsa sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirdiği haller; ifa süresi içinde sözleşmeden dönülmesi tazminat karşılığı sözleşmenin feshedilmesi, ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönülmesi ve yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi sebebiyle genel hükümlere göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıdır.

Yüklenicinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiği haller; götürü ücretli sözleşmelerde beklenmedik durumların ortaya çıkması sebebiyle sözleşmenin sona erdirilmesi ile arsa sahibinin alacaklı ve borçlu temerrüdüne düşmesi sebebiyle genel hükümlere göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıdır.

Doktrindeki görüşleri açıklamadan önce “dönme” ve “fesih” kavramlarını kısaca açıkladığımızda; fesih hakkı, kural olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde uygulama alanı bulan ve borç ilişkisini ileriye etkili bir şekilde sona erdiren, ifa edilmiş edimlerin geçerliliğini etkilemeyen bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanabilir. Dönme hakkı ise kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen ve ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, tarafların henüz ifa etmedikleri edim yükümlülüklerini ortadan kaldıran, daha önce ifa edilen edimlerin de iadesi borcunu doğuran yenilik doğurucu hak olarak tanımlanabilir. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki menfaat dengesi sona ermenin sonuçları bakımından tartışmalara ve farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Doktrinde ekseriyetle klasik dönme görüşü, yasal (kanuni) borç ilişkisi görüşü, aynı etkili dönme görüşü ve yeni dönme (dönüşüm) görüşü ileri sürülmektedir. Son dönemde Türk/İsviçre Hukuku’nda daha çok taraftar toplayan ve bizim de katıldığımız yeni dönme (dönüşüm) görüşüne göre dönme hakkının kullanılması, borç ilişkisini geriye etkili olarak ortadan kaldırmayıp, sözleşmenin içeriğini değiştirerek onun tasfiye ilişkisine dönüşmesini sağlamaktadır. Bu haliyle dönme hakkı, “değiştirici yenilik doğuran bir hak” olarak görünür. Dönme anına kadar edimlerin ifasını gerektiren borç ilişkisi, içerik değiştirerek tasfiye amacına yönelir. . Tarafların aldıklarını iade borcu, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisidir. Bu görüşte dönme, ifa edilmemiş edimler için bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, borçları sona erdirmekte; ifa edilmiş edimler için de değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, geri verme borcunu oluşturmaktadır.

Yargıtay, birçok kararında, klasik dönme görüşünü benimsediğini ve sözleşmeden dönme ile sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkacağını, iade borçlarının tespiti bakımından da sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını açıkça belirtmektedir. Öte yandan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin sona ermesi hususunda verdiği kararda; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla iş belli bir zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin arsa sahibi tarafından sona erdirilmesi halinde, uyumsuzluğun kural olarak Borçlar Kanunu’nun 106-108 (TBK m. 123 vd.) maddeleri

hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğini; ancak, olayın niteliğinin ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, özellikle inşaatın önemli ölçüde tamamlandığı hallerde TMK madde 2/2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı belirtilmiştir. Yargıtay sonraki tarihli kararlarında ise, ileriye etkili feshin kabul edilebilmesi için, inşaatın fiziki tamamlanma oranının % 90 ve üzerinde olması gerektiğine karar vermiştir.



TEZ FOTOKOPİSİ İZİN FORMU

ENSTİTÜ

Fen Bilimleri Enstitüsü

Sosyal Bilimler Enstitüsü

YAZARIN

Soyadı :

Adı :

Bölümü :

TEZİN ADI:

TEZİN TÜRÜ : Yüksek Lisans Doktora

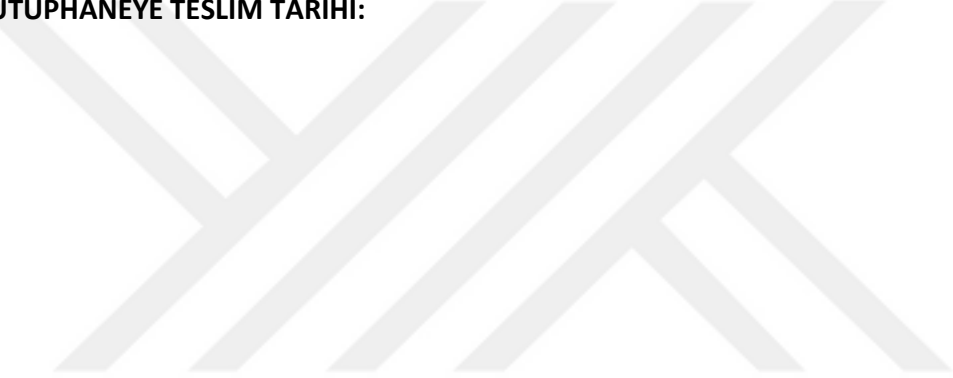
1. Tezimin tamamından kaynak gösterilmek şartıyla fotokopi alınabilir.

2. Tezimin içindekiler sayfası, özet, indeks sayfalarından ve/veya bir

bölümünden kaynak gösterilmek şartıyla fotokopi alınabilir.

3. Tezimden bir (1) yıl süreyle fotokopi alınamaz.

TEZİN KÜTÜPHANEYE TESLİM TARİHİ:



KAYNAKÇA

- Akça, Merve, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul 2006.
- Altaş Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, s. 97-110. (Altaş, Sözleşmeden Dönme Hakkı)
- Altaş, Hüseyin, "Eserin Tesliminden Önce Telef Olması", Ankara 2002 (Altaş, Telef Olma).
- Altaş, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998 (Altaş, Şekle aykırılık).
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012.
- Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2010 (Aral, 2010).
- Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994 (Aral, Takas).
- Arıkan, Mustafa, Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları, SÜHFD, C. 16, S. 2, Y. 2008, s. 265-285.
- Atamulu, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014.
- Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Yayınlanmış Doktora Tezi, İzmir 2008 (Ayan, Tez).
- Ayazlı, Pervin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1987, C. 2, S. 1.
- Baygın, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- Bilir, Dilek, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011.
- Buz, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Buz, Dönme).
- Buz, Vedat, "İş Sahibinin BK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi", Batider, 2001/2, s. 207-265 (Buz, Fesih).
- Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Buz, Yenilik Doğuran Haklar).
- Buz, Vedat, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması", AÜ SBF Dergisi 1994, S.1-2, Prof. Dr İlhan Öztrak'a Armağan, s. 23-40 (Buz, Tamamlama).

Büyükkay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara 2014. (Büyükkay, 2014)

Büyükkay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara 2013 (Büyükkay, 2013).

Büyükkay, Yusuf, Götürü Ücretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 1, İstanbul 2010, s. 663-691 (Büyükkay, İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı).

Canbolat, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.

Coşkun, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Ankara, 2010.

Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 4. Bası, Ankara 2008.

Duman, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul 2016.

Durak, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6 Özel Sayı, Y. 2015, s. 207-252.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012 (Eren, Genel Hükümler, 2012).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009 (Eren, Genel Hükümler, 2009).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2014 (Eren, Genel Hükümler, 2014).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006 (Eren, Genel Hükümler, 2006).

Eren, Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015 (Eren, Genel hükümler, 2015).

Eren, Fikret, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996 (Eren, İnşaat).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (Eren, Özel Hükümler, 2014).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015 (Eren, Özel Hükümler, 2015).

Ergezen, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.

Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2010 (Erman, Arsa Payı, 2010).

- Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2007 (Erman, Arsa Payı, 2007).
- Erman, Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, İstanbul Barosu Dergisi, s. 209-219 (Erman, Temerrüt).
- Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009 (Gökyayla, Ek İş).
- Gökyayla, Emre, “Eser Ve Vekâlet Sözleşmeleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, S. 294-295 (Gökyayla, Sempozyum).
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2., 2. Bası, İstanbul 2012 (Gümüş, II).
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2008.
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2., İstanbul 2010 (Gümüş, Borçlar Özel, C. 2).
- Günel, Mustafa Cahit, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, 411-435.
- HSYK Hukuki Müzakere Toplantıları, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 21-24.11.2013 Tekirdağ, s. 1-7.
- HSYK Hukuki Müzakere Toplantıları, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 23-26 Mayıs 2013 İzmir, s. 5.
- Kaplan, İbrahim, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 3. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 105-171 (Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, 2001).
- İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1984.
- Kaplan, İbrahim, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, (Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu, Seminer).
- Karataş, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- Kartal, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- Kaya, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İstanbul 1993.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013.
- Kırca, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ankara 2007.

Kırmızı, Mustafa Eser Sözleşmesi Ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014.

Kocaağa Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014.

Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013.

Kurt, Leyla Müjde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 12. Bası, İstanbul, 2014 (Oğuzman/Öz, 2014).

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1995.

Oktay, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Doldurulması, İHFM 1996, C., 55 S. 1-2, s. 263-296.

Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Öz, Dönme).

Seçer, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016.

Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013 (Öz, İnşaat 2013).

Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2012 (Öz, İnşaat 2012).

Özçelik, Barış, Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları, AÜHFD, 63(3) 2014, s. 569-621.

Sarı, Suat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 64, Sayı 2 (2006), s. 273-299.

Seliçi, Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977. (Seliçi, Sona Erme)

Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978. (Seliçi, Sorumluluk)

Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975

Sungurbey, İsmet, "Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapımını Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt) s. 173-194.

Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012.

Şenocak, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012.

Tandoğan, Haluk, Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler, Batider, s. 1-49. (Tandoğan, Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması)

Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010. (Tandoğan, Mes'uliyet)

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Dördüncü Bası, Ankara 1985.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010. (Borçlar Özel, C. 2)

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Topuz, Murat, Eserin Teslimden Önce Telef Olması Ve Roma Hukuku'nun Türk Borçlar Hukuku'na Etkileri, MÜHFHAD, C. 14, S. 1-2, s. 201-236.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.

Turanboy, Asuman, "Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, s. 151-189.

Uçar, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.

Uçar, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki sonuçları, AÜEHFD, C. V. S. 1-4(2001), s. 513-555.

Uygur, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

Yalçınduran, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2009. (Yavuz, 2009)

Yener, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011.

Yeniocak, Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Bası., Ankara 2010.