

T.C.
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN
ARSA PAYININ DEVRİNE İLİŞKİN SATIM SÖZLEŞMESİ
ŞEKLİ VE HÜKÜMLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

Yrd. Doç. Dr. Fuat TİRYAKİ

HAZIRLAYAN

Kezban YILMAZ

ADANA - 2008

Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

“Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Arsa Payının Devrine İlişkin Satım Sözleşmesi Şekli ve Hükümleri” başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından oybirliğiyle Özel Hukuk Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

.....
Başkan: Prof. Dr. Yücel ERTEKİN

.....
Üye: Doç. Dr. Burhan ÖZDEMİR

.....
Üye: Yrd. Doç. Dr. Fuat TIRYAKI

Yukarıda ki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduklarını onaylarım.

.....
Prof. Dr. Süleyman TÜRKEL
Enstitü Müdürü

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

ÖNSÖZ

“Yüklenici ile Alıcı Arasında Arsa Payının Devrine İlişkin Satım Sözleşmesi, Şekli ve Hükümleri” adlı bu çalışma, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Enstitüsü Özel Hukuk Dalında yapılan yüksek lisans eğitiminin sonunda “Yüksek Lisans Tezi” olarak hazırlanmıştır.

Borçlar Kanunda düzenlenmeyen ve uygulama alanı oldukça geniş olan arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin inşaatı tamamlamak üzere gerektiği maddi kaynağı sağlamak amacı ile yüklenici ile alıcı üçüncü kişiler arasındaki yapılan harici taşınmaz satım sözleşmelerini de aynı oranda arttırmıştır.

Yüklenicilerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile üstlendikleri edimi yerine getirerek inşaatı tamamlamak için gereken maddi kaynağı sağlamak ve böylece inşaatın daha kolay ve daha kısa zamanda tamamlanmasına olanak sağlayan bu harici satım sözleşmeleri kural olarak taşınmaz satım sözleşmelerinin resmi şekilde düzenlenmesi zorunluluğu nedeni ile geçersiz olduğu halde, Yargıtay ve öğreti yüklenicinin yaptığı bu sözleşmeleri arsa payının mülkiyetini talep etme konusundaki kişisel alacak hakkının temliki olarak değerlendirmektedir. Taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin alacağın temliki olarak nitelendirilmesi, resmi şekilde düzenlenmediği için geçersiz olan bu sözleşmelere, yazılı yapılmaları kaydı ile geçerlilik kazandırmaktadır. Çalışmamızın konusunu da alıcı ile yüklenici arasında yapılan bu arsa payının devrine ilişkin satım sözleşmesi oluşturmaktadır. Alacağın temliki niteliğindeki bu sözleşmelerin temelinde yer alan hukuki sebep yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesidir. Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan kişisel alacak hakkını, alıcı ile yaptığı satım sözleşmesi nedeni ile alıcıya bir bedel karşılığında devretmektedir.

İnşaat sektöründeki gelişmeler, yeni yerleşim ve yaşam alanları yaratılması, yükleniciye, daha inşaat başlamadan ya da tamamlanmadan önce ileride tamamlanıp bağımsız bölüm haline gelecek arsa paylarını üçüncü kişilere, resmi şekil şartı aranmaksızın satma olanağı vermesi nedeni ile bu harici satım sözleşmeleri geniş bir

uygulama alanı bulmaktadır. Çok yaygın olan bu sözleşmenin, hem sözleşmeye resmi şekilde yapılmadığı halde geçerlilik kazandıran alacağın temliki niteliği hem de satım sözleşmesinden kaynaklanan özellikleri, tarafların sözleşme nedeni ile sahip olduğu kanuni borçlar ve haklar, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeni ile ortaya çıkan sorunlar çalışmamızın temelini oluşturmaktadır. Sözleşme ile ilgili konuların daha iyi anlaşılması ve açıklanması amacıyla öğretilerde yer alan farklı görüşler, özellikle Yargıtay'ın konuya bakış açısı ve ilgili kararları çalışmamızda geniş bir biçimde yer verilmiştir.

Bu çalışma gerek konu seçimi ve gerekse tezin yazım aşamasındaki yönlendirmeleri ve katkılarından dolayı değerli danışmanın Yrd. Doç. Dr. Fuat Tiryaki 'ye, teşekkür ederim.

Adana, Haziran 2008

KEZBAN YILMAZ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	I
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR	IX
ÖZET.....	X
ABSTRACT.....	XI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN ARSA PAYI ALACAĞININ DEVRİNE İLİŞKİN SATIM SÖZLEŞMESİ VE KURULUŞU

§ 1. SÖZLEŞME HAKKINDA GENEL BİLGİ.....	5
I. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi.....	5
II. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Arsa Payının Satımına İlişkin Sözleşme.....	8
§ 2. ARSA PAYI ALACAĞININ DEVRİNE İLİŞKİN SATIM SÖZLEŞMENİN TARAFLARI.....	10
I. Yüklenici/Satıcı.....	10
A)Yüklenicinin Fiil Ehliyetinin Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi.....	11
B) Yüklenicinin Tasarruf Ehliyeti ve Tasarruf Yetkisi.....	12
II. Alıcı.....	14
III. Yüklenici ile Alıcı Arasındaki Sözleşmede Temsil.....	14
A) Sözleşmenin Temsilci Aracılığı ile Yapılması ve Hukuki Sonuçları.....	14
B) Yüklenici veya Alıcı Tarafından Verilen Temsil Yetkisinin Sona Ermesi ve Sonuçları.....	15
§ 3. YÜKLENİCİ VE ALICININ İRADE AÇIKLAMALARI VE SÖZLEŞMENİN KURULMASI.....	16
I. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Sözleşmede İcap.....	16
II. Kabul	18
III.Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Sözleşmenin Kurulma Zamanı.....	19
§ 4. YÜKLENİCİ VE ALICI ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ.....	20
I. Genel Olarak Şekil.....	20
II. Yazılı Şekil.....	21
A) Adi (Basit) Yazılı Şekil.....	21
B) Vasıflı Yazılı Şekil.....	22
C) Resmi Şekil.....	22
III. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Satım Sözleşmesinin Şekli.....	22
IV. Şekle Uyulmamasının Sonuçları.....	26
A) Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Sözleşme Açısından.....	26
B) Yüklenici ile Arsa Sahibi Arasında Yapılan Sözleşmenin Şekli ve Şekle Aykırılığın Alıcıya Etkisi.....	29

1. Yüklenici ile Arsa Sahibi Arasında Yapılan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli	29
2. Yüklenici ile Arsa Sahibi Arasında Yapılan Sözleşmenin Şekle Aykırı Olmasının Sonuçları	30
3. Sözleşmenin Şekle Aykırılık Nedeni ile Geçersizliğin Alıcıya Etkisi.....	31

İKİNCİ BÖLÜM
YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN ARSA PAYININ
DEVİRİNE İLİŞKİN SATIM SÖZLEŞMESİNİN
ALACAĞIN TEMLİKİ NİTELİĞİ

§ 5. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN ARSA PAYININ DEVİRİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	34
I. Genel Olarak.....	34
II. Alacağın Temliki	36
A) Alacağın Temliki Kavramı ve Tanımı	36
B) Alacağın Temlikinin Çeşitleri.....	36
1) Kanuni Temlik	36
2) Yargı Kararı ile Temlik.....	37
3) Alacağın Rızaya Dayalı Temliki.....	38
C) Yüklenici ile Alıcı Arasındaki Alacağın Temliki İşleminin Özellikleri.....	38
1) Temlik Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Hukuki Bir İşlemdir.....	38
2) Alacağın Temliki İşlemi Bir Tasarruf İşlemdir.....	38
3) Alacağın Temliki İşlemi Yazılı Bir Sözleşmedir.....	41
D) Temlik Sözleşmesinin Sebebe Bağlı ya da Soyut Bir İşlem Olup Olmadığı Konusu	43
§ 6. YÜKLENİCİ VE ALICI ARASINDAKİ TEMLİK SÖZLEŞMESİNİN KONUSU.....	45
I. Genel Olarak.....	45
II. Temlik İşlemine Konu Olabilecek Alacaklar.....	46
III.Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Sözleşmenin Konusu.....	48
§ 7. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN TEMLİKİN HÜKÜMLERİ VE ARSA SAHİBİNİN DURUMU	54
I. Temlikin Hükümleri.....	54
A)Temlik ile Alacaklı Değişir	54
B) Alacak ve Fer'ilerinin Yeni Alacaklıya Geçmesi.....	55
C) Yüklenicinin Alacağa İlişkin Belgeleri Verme Yükümlülüğü.....	56
D) Temlik Eden Yüklenicinin Garanti Sorumluluğu	56
1) Alacağın Varlığından Sorumluluk.....	57
2) Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluk.....	58
3) Garantinin Kapsamı.....	58
II. Borçlu Arsa Sahibinin Hukuki Durumu.....	59

A) Temlik için Arsa Sahibinin (Borçlunun) Rızasına Gerek Yoktur	60
B) Önceki Alacaklıya İyiniyetle Ödeme	60
C) Borçlunun Def'i Hakları	61
1) Arsa Sahibinin İleri Süreceği İtiraz ve Def 'iler	62
2) Borçlu Arsa Sahibinin Takas Hakkı	63

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN TEMLİKİN
HUKUKİ SEBEBİ - SATIM SÖZLEŞMESİ ve
SÖZLEŞMENİN ÖZELLİKLERİ

§ 8. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN TEMLİKİN HUKUKİ SEBEBİ	65
I. Genel Olarak	65
II. Satım Sözleşmesi	66
A) Satım Sözleşmesinin Tanımı	66
B) Satım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	67
C) Satım Sözleşmesinin Kurucu Unsurları	68
1) Satım Konusu Mal	68
2) Satım Bedeli	69
3) Tarafların Karşılıklı Anlaşması	70
§ 9. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN SATIM SÖZLEŞMESİ	71
I. Genel Bilgiler	71
II. Yüklenici ile Alıcı Arasındaki Satım Sözleşmesinin Özellikleri	73
A) Satım Sözleşmesi Rizai ve Taraflar Açısından Borç Doğurucu Bir Sözleşmedir	73
B) Satım Sözleşmesi ile Yükleniciye Ait Olan Arsa Payının Devrini Talep Etme Konusundaki Alacak Hakkı Alıcıya Geçer	73
C) Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Sözleşme İki Tarafta Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir	75
III. Yüklenici ile Alıcı Arasında Düzenlenen Satım Sözleşmesinin Kurucu Unsurları	75
A) Arsa Payı ve Buna Karşılık Gelecek Bağımsız Bölüm	75
B) Yükleniciye Ödenecek Satım Bedeli	76
C) Edimlerin Değiştirilmesi Konusunda Anlaşma	78
IV. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Satım Sözleşmesinin Aynı Zamanda Eser Sözleşmesi Niteliğinde Olup Olmadığı Sorunu	79

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN SATIM SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

§ 10. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN SATIM SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ.....	83
I. Genel Olarak.....	83
II. Yüklenicinin Borçları.....	83
A) Arsa Payını (Bağımsız Bölümü) Teslim ve Mülkiyetini Geçirme Borcu	83
B) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	85
1) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Kavramı ve İçeriği.....	85
2) Yüklenicinin Ayıp Nedeni ile Sorumluluğuna İlişkin Maddi Şartlar.....	87
a) Ayıp Hasarın Alıcıya Geçtiği Zaman Mevcut Olmalıdır.....	87
b) Satılarda Bulunan Ayıp Önemli Bir Ayıp Olmalıdır.....	88
c) Ayıp Gizli Olmalıdır.....	89
d) Alıcı Sözleşme Ayıbı Kabul Etmemiş Olmalıdır.....	89
e) Yüklenicinin Sorumluluğu Sözleşme İle Kaldırılmamış Olmalıdır.....	89
f) Yüklenicinin Sorumlu Tutulabilmesi İçin Kusurlu Olması Gerekmez.....	90
3) Vaad Edilen Niteliklerin Eksiliği Nedeni ile Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu.....	90
4) Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Doğumu İçin Alıcının Üzerine Düşen Yükümlülükler (Şekil Şartı).....	91
a) Muayene Yükümlülüğü, Süresi, Muayene Yeri ve Muayene Masrafları.....	92
b) Alıcının İhbar Külfeti.....	93
5) Ayıba Karşı Alıcının Sahip Olduğu Haklar.....	95
a) Alıcının Sözleşmeden Dönmesi.....	98
b) Satım Bedelinin İndirilmesi.....	99
C) Satıcının (Yüklenicinin) Zapta Karşı Tekeffül Borcu.....	100
1) Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Borcunun Doğumu İçin Gereken Koşullar.....	100
a) Satılan Alıcıya Teslim Edilmiş Olmalıdır.....	100
b) Üçüncü Kişinin Satılanı Zapt Etmesi Üstün Bir Hakkı Dayanmalıdır.....	100
c) Bu Hakkın Varlığı Sözleşme Yapılırken Alıcı Tarafından Bilinmemelidir.....	101
d) Satılan Üçüncü Kişi Tarafından Zapt Edilmiş Olmalıdır.....	101
e) Alıcı Üçüncü Kişi Tarafından Açılan Davayı İhbar Etmelidir.....	102
aa) Üçüncü Kişinin Mahkemeye Başvurması	102
bb) Zaptın Alıcı Tarafından Mahkeme Hükmü Olmadan Kabulü.....	103

f) Satıcının Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Nedenler Bulunmamalıdır.....	103
2) Tamamen Zapt Halinde Alıcının Sahip Olduğu Haklar.....	104
3) Kısmi Zapt Halinde Alıcının Hakları.....	105
4) Zamanaşımı Süresi.....	106
II. Alıcının Borçları.....	106
A) Satım Bedeli Ödeme Borcu.....	106
B) Satılanı Teslim Alma Borcu.....	107
C) Alıcının Yan Borçları.....	107

BEŞİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİ İLE ALICININ TEMERRÜDÜ VE TEMERRÜT NEDENİ İLE UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

§ 11. YÜKLENİCİ İLE ALICI AÇISINDAN TEMERRÜT.....	108
I. Genel Olarak Yüklenici ile Alıcının Temerrüdü.....	108
II. Yüklenici ile Alıcı Açısından Temerrüdün Gerçekleşme Koşulları.....	110
A) Borçluya Son Süre Verilmiş Olmalıdır.....	110
1) Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Son Süre.....	111
2) Alıcının Temerrüdü Halinde Son Süre.....	112
B) Son Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar.....	112
1) Borçluya Son Süre Verilmesinin Faydasız Olacağının Belli Olması.....	113
2) İfanın Alacaklı Açısından Faydasının Kalmaması.....	113
3) Sözleşmede Kesin Vade Bulunması.....	113
C) Borçlunun Kusurunun Gerekliği Haller.....	115
III. Temerrüdün Sonuçları.....	115
A) Yüklenici ile Alıcı Açısından Temerrüdün Ortak Sonuçları.....	116
1) Borcun Aynen İfası ve Gecikme Tazminatı Ödeme Yükümlülüğü.....	116
2) Gecikmiş İfanın Kabul Edilmemesi ve Müspet Tazminat Talebi.....	118
3) Sözleşmeden Dönme ve Tazminat Talebi.....	119
B) Alıcı Açısından Temerrüdünün Diğer Sonuçları.....	122
1) Alıcı Temerrüde Düştüğü Takdirde Temerrüt Faizi Ödemekle Yükümlüdür.....	122
2) Munzam Zarar.....	123
§ 12. TEMERRÜT NEDENİ İLE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR.....	125
I. Genel Olarak	125
II. Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesini Feshetmesi.....	125
A) Tam Tazminat Ödemek Sureti ile Fesih.....	125
B) Yüklenicinin Temerrüdü, Ayıp, İfadan Önce Gelişen Olaylar, Yaklaşık Keşif Bedelinin Aşılması vb. Nedenler ile Sözleşmenin Feshi.....	126
III. Arsa Sahibince Sözleşmenin Feshinin Alıcıya Etkisi.....	127
A) Tam Tazminat Ödemek Sureti ile Feshin Etkisi	127
B) Temerrüt ve Diğer Nedenler ile Feshin Etkisi.....	128
C) Feshin Bağımsız Bölümü Tapuda Devir Alan Alıcıya Etkisi.....	130

VI. Arsa Sahibinin Katlanabileceği Eksiklikler ile Alıcının Eksiklikleri Gidermesi ya da Bedelini Ödemesi.....	133
V. Arsa Sahibi ile Yüklenici Arasındaki Sözleşmenin Şekle Aykırılık Nedeni ile Geçersiz Olması Durumu	134
VI. Arsa Sahibinin Temerrüdü.....	136
VII.Yüklenicinin Alıcıya Sattığı Bağımsız Bölümü Birden Fazla Kişiyeye Satması.....	136
A) Harici Satım Sözleşmesi ile Satış.....	136
B) Tapudan Devir Sureti ile.....	137
C) Yüklenicinin Alıcıya Sattığı Bağımsız Bölümü Üçüncü Bir Kişiyeye Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmesi ile Satması Hali.....	137
VIII. Yüklenicinin Ölümü ve Aczi.....	138
SONUÇ.....	140
KAYNAKÇA.....	144

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BK	: Borçlar Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Kr.	: Karar
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

ÖZET

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan arsa payının devrine ilişkin satım sözleşmesi, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibine karşı sahip olduğu arsa payının mülkiyetini devir konusundaki kişisel alacak hakkının alıcıya bir bedel karşılığı temlik edildiği bir taşınmaz satım sözleşmesidir. Yüklenici, arsa payının mülkiyetinin devrine yönelik kişisel alacak hakkını alıcıya bedel karşılığı Borçlar Kanununun 162 vd. maddeleri gereğince temlik etmektedir. Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan kişisel alacak hakkını temelde yer alan bir borç ilişkisine dayanarak, alıcıya temlik etmektedir. Temlik işleminin hukuki sebebini oluşturan temel borçlandırıcı ilişki, taraflar arasında yapılan bağımsız bölüm satım sözleşmesidir. Kural olarak taşınmaz satımının geçerli olması resmi şekil şartına uygun olarak yapılması koşuluna bağlı iken, sözleşmenin temlik niteliği taşınmaz satım sözleşmenin harici olarak düzenlenmiş olduğu hallerde bu sözleşmeye geçerlilik kazandıran en önemli etkidir.

Temlik işlemini gerçekleştiren taşınmaz satım sözleşmesi yüklenici ile alıcı arasında karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşmeye Borçlar Kanununun 217 inci maddesinin göndermesi ile taşınır satımına ilişkin genel hükümler uygulanır. Yüklenicinin bu satım sözleşmesi nedeni ile satılan taşınmazla ilgili olarak ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu vardır. Yüklenici ve alıcının temerrüdü halinde ise, karşılıklı sözleşmelerde temerrüt halini özel olarak düzenleyen Borçlar Kanununun 106 vd. maddeleri uygulanır.

ABSTRACT

This Selling Contract about cession of land allotment acted between contractor and purchaser is real property selling agreement. Contractor is obliged to making over his or her land allotment to landowner and have to transfer his personal claim, as a counterbalance, to purchaser under “Construction Contract Based on Land Allotment”. Contractor makes over his personal claim right about cession of land allotment to purchaser with a price as payoff under the Law of Debts Article 162. Based on debt relations between parties, Contractor makes over his personal claim right about cession of land allotment to purchaser. Essential relationship about obligatory debts based on judicial cause of procedures for making over is relating with Detached Department Selling Contract acted the parties. As a rule, the validity of selling of real property depends on the rule of official modalities. The most important factor for acceptability of this Contract is relating with including some article for making over.

Real Property Selling Contract, as an agreement, establishes making over between contractor and purchaser and also encumbers mutual burden for two parties. In other words, contractor and the purchaser are both the debtors and the creditors. Selling Contract is defined in Law of Debts Article 217 and is subject to other general articles for selling properties. Contractor is responsible for acting as guarantor against seizure and defect for sold real property in accordance with this Selling Contract. If there is a perverseness between contractor and purchaser, in mutual contracts, it is necessary to implement the article 106 of Law of Debts, which specifically define the perverseness.

GİRİŞ

Bu tez, bağımsız bölüm satışlarının büyük çoğunluğunu oluşturan yüklenici ile alıcı arasında arsa payının devrine ilişkin yapılan harici taşınmaz satım sözleşmeleri, sözleşmenin geçerli sayılmasına neden olan temlik niteliği, sözleşmenin tarafları açısından hükümleri, sözleşmenin yerine getirilmemesi halinde tarafların sahip olduğu kanuni haklar, uygulamada karşılaşılan sorunlar açısından incelemek ve bu inceleme yapılırken Borçlar Kanununda yer alan hükümler, Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan değişiklikler, öğretide yer alan değişik görüşler, konu ile ilgili Yargıtay kararları da birlikte incelenmek, değerlendirilmek ve karşılaştırılmak sureti ile sözleşme hakkında hukuksal bir değerlendirme oluşturmak amacı ile hazırlanmıştır.

Çalışmanın hazırlanması aşamasında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve yüklenici ile alıcı arasında yapılan arsa payının devrine ilişkin satım sözleşmesi ve sözleşmenin temlik niteliği nedeni ile alacağın temliki ile ilgili yazılmış çeşitli kaynaklar, konu ile ilgili öğretide yer alan değişik görüşler, yazılmış makaleler, Borçlar Kanununda yer alan ilgili maddeler ve Yargıtay kararları okunup incelenmiştir. Ayrıca konu ile ilgili Borçlar Kanunu hükümleri ile Borçlar Kanununda yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin Borçlar Kanunu Tasarısının konu ile ilgili hükümleri birebir karşılaştırılmıştır. Tez çalışmasında yer alan konularla ilgili öğretide yer alan değişik görüşlere ve çalışmada yer alan konularla ilgili ve Yargıtay'ın konuya bakış açısını ve değerlendirmesini yansıtan Yargıtay kararlarına dipnotlarda geniş yer verilmiştir. Kanun maddeleri, değişik görüşler ve Yargıtay'ın konuya bakış açısı ortaya konarak çalışma konusu hukuki açıdan değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Tez konusu olan sözleşmenin yaygınlaşmasının en etkili nedenlerinden biri göçlerle birlikte artan kent nüfusunun beraberinde yerleşim sorununu da getirmiş olmasıdır. Mevcut konutların artan kent nüfusunun ihtiyacını karşılamaması, insanların uzun vadede taşınmazı iyi yatırım aracı olarak görmeleri, yaşam kalitesinin artışı ile orantılı olarak lüks konuta yönelme ya da sadece başını sokacak bir eve sahip olma isteği, zaman içerisinde kalabalık aile yaşamından çekirdek aile yaşamına geçiş ve

herkesin kendi evinde oturmak istemesi, vb. nedenler konut- işyeri ihtiyacını ve talebini maksimum düzeye taşımıştır. İnşaat sektörü bu talep doğrultusunda yeni yerleşim alanları yaratmak ve konut ihtiyacını karşılamak üzere boş alanlara yönelmiş, inşaat sektöründeki gelişmeler, imar planlarında yapılan düzenlemeler, yerleşim alanların yeni yerlere taşınması ve boş alanların konutlarla dolması sonucunu doğurmuştur.

Konuta olan talep artışı sadece konut sayısını artırmak ve boş arazilerin binalarla dolmasını sağlamakla kalmamış ve hukuk sistemimize kanunla düzenlenmemiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi adı altında yeni karma tipli bir sözleşme de kazandırmıştır. Bu sözleşmenin ortaya çıkışı ve yaygınlaşması, birikimlerini taşınmaz satın almak sureti ile değerlendirme yolunu seçen arsa sahipleri açısından bu arsaları yükleniciye inşaat yapılmak üzere devretmek ve karşılığında bağımsız bölümler olarak yatırımın semeresini görme fırsatını yaratmıştır. Yükleniciler de yapılacak inşaatın en maliyetli kalemlerinden olan arsayı bedel ödemeksizin temin ederek, inşaaata artı ile başlamakta ve inşaatı yaparken arsa sahipleri ile yaptıkları sözleşmeye konulan maddelerle kendi payına düşecek bağımsız bölümleri satma konusunda yetkilendirilerek inşaatı tamamlayacak maddi kaynağa bu satışlar sayesinde sahip olmaktadır.

Yüklenici ile arsa sahibi, sözleşmelere koydukları hükümlerle inşaatı tamamlayacak maddi finansmanı sağlaması açısından inşaat tamamlandığında yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışı konusunda yükleniciyi yetkilendirmekte ya da inşaat yapılacak arsa sözleşme ile birlikte tapuda yüklenici adına devredilmek sureti ile bu arsa paylarını doğrudan alıcı/üçüncü kişilere satmasına olanak sağlanmaktadır.

Konut ya da işyeri satın almak isteyen alıcıların çoğu zaman tamamlanmış bir bağımsız bölümü alacak nakit parası bulunmamaktadır. Tamamlanmış bağımsız bölümü alacak yeterli birikimi olmayan alıcılar, yüklenicilerden inşaat başlamadan ya da devam ederken bedeli taksitler halinde ödenmek sureti ile arsa paylarını ve buna karşılık gelen bağımsız bölümleri çoğunlukla adi satış sözleşmesi ya da noterde düzenlenen taşınmaz satım vaadi sözleşmeleri ile satın almaktadır. Yüklenici, alıcı ile yaptığı bu satım sözleşmelerinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak arsa sahibinden talep edeceği arsa payının devrine ilişkin kişisel alacak hakkını alıcılara bir bedel karşılığında

temlik etmektedir. Yüklenici yaptığı bu satışlarla inşaatı tamamlayacak düzenli bir gelire sahip olmakta, alıcılarda satış bedelini taksitler halinde ödemek sureti ile kararlaştırılan süre sonunda zorlanmadan ev ya da işyeri sahibi olmaktadır.

Ancak tarafları açısından pek çok avantaj taşıyan bu sözleşmeler ifa edilmediğinde özellikle alıcı açısından sorunlar yaratmakta ve çoğu zaman alıcının mağdur olmasına neden olmaktadır. Yüklenicinin sözleşmede yüklendiği edimleri yerine getirmemesi, aynı taşınmazı birden fazla kişiye satması, acze düşmesi, inşaatı yarım bırakması gibi nedenlerle ortaya çıkan sorunlara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Ayrıca yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşmede yüklendiği edimleri yerine getirmemesi ve bu nedenle sözleşmenin feshedilmesi ya da sözleşmeden dönülmesi hallerinde bundan yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişilerde doğrudan etkilenmektedir.

Bir taşınmaz mal yani arsa payına bağlı bağımsız bölüm satımına ilişkin bu sözleşmenin geçerli olması kural olarak resmi şekilde düzenlenmesi şartına bağlıdır. Ancak öğreti ve Yargıtay'ın kabul ettiği baskın görüşe göre bu sözleşme yüklenicinin arsa sahibine karşı sahip olduğu arsa payının devrini talep etme şeklindeki sözleşmeden kaynaklanan kişisel alacak hakkının temlik niteliğindedir. Sözleşmenin alacağın temlik niteliği nedeni ile Borçlar Kanununa göre bu satım sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi geçerli sayılabilmesi için yeterlidir. Bu satım sözleşmesinin en belirgin niteliği bir alacak hakkının temlik edilmesi olduğundan, sözleşmenin bu temel niteliği üzerinde özellikle durulacaktır.

Yüklenici ile alıcı arasında arsa payına bağlı bağımsız bölüm satışına ilişkin yapılan sözleşmenin kuruluşu, sözleşmenin yargı kararları ile öğretilerde kabul edilen alacağın temlik niteliği, temlik işleminin özellikleri, temlik işleminin hukuki sebebini oluşturan taşınmaz satım sözleşmesi, satım sözleşmesinin kurucu unsurları, taraflara yüklediği hak ve borçlar, tarafların temerrüdü, temerrüt halinde alacaklının borçluya karşı sahip olduğu seçimlik haklar, sözleşmenin uygulanması açısından karşılaşılan çeşitli sorunlar ve bu sorunlara Yargıtay'ın bakış açısı, konuyla ilgili Yargıtay kararlarına yer verilmek suretiyle **tez çalışmasının kapsamı belirlenmiştir.**

Çalışmanın **birinci bölümünde**, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile konumuz olan yüklenici ile alıcı arasında yapılan taşınmaz (bağımsız bölüm) satım sözleşmesi hakkında genel bilgiler, yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşmenin kurulması, tarafları, sözleşmenin şekli ve şekle aykırılığın sonuçları incelenmiştir. **İkinci bölümde** ise, sözleşmenin belirleyici özelliği olan alacağın temlik niteliği göz önünde bulundurularak, genel olarak alacağın temlik ve yüklenici ile alıcı arasındaki temlikin esasa ve usule ilişkin koşulları, temlikin hukuki niteliği ile taraflar ve borçlu açısından temlikin hükümleri incelenmiştir. **Üçüncü bölümde** ise, temlik işleminin temelinde yatan asıl borç ilişkisi yani temlikin sebebinin oluşturduğu yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesi önce genel olarak anlatılmış ve ardından yüklenici ile alıcı arasındaki satım sözleşmesi ve özelliklerine değinilmiştir. **Dördüncü bölümde** ise, yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu sözleşmenin, yüklenici ve alıcı açısından doğurduğu borçlar, yüklenici açısından özellikle ayba ve zapta karşı tekeffül borcu ve bu borca aykırılık halinde alıcının sahip olduğu haklar ile alıcının borcu olan bedel ödeme borcu konularına yer verilmiştir. **Beşinci bölümde** ise, satım sözleşmesi açısından tarafların temerrüdü, temerrüdün koşulları ve temerrüt nedeni ile alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar ile bu sözleşmenin uygulaması ve tarafların temerrüdü nedeni ile karşılaşılan çeşitli sorunlara değinilmiştir.

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan bağımsız bölüm satım sözleşmesine ilişkin olarak hazırlanan bu çalışmanın her bölümde, o bölümü ilgilendiren Yargıtay kararlarına, Yargıtay 'ın konuya bakış açısını göstermek amacı ile geniş olarak yer verilmiştir.

Ayrıca Borçlar Kanununun incelenen ve konuyu ilgilendiren maddelerinde Borçlar Kanunu Tasarısı ile yapılması öngörülen değişiklik var ise, bu konuda yapılan değişikliklere de çalışmada yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN ARSA PAYI ALACAĞININ DEVRİNE İLİŞKİN SATIM SÖZLEŞMESİ VE KURULUŞU

§ 1. SÖZLEŞME HAKKINDA GENEL BİLGİ

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesinin açıklamadan önce yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan ve bu satım sözleşmesinde devredilen alacak hakkının doğumuna neden olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de kısaca değinilecektir.

I. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Bu sözleşme arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile arsa sahibi sahip olduğu arsanın belirli paylarını yükleniciye devretmek karşılığında, yüklenicinin yapacağı inşaattan belirli bağımsız bölümler almakta; yüklenicide, alacağı arsa payları karşılığında arsa sahibi tarafından kendisine bedelsiz olarak teslim edilen bu arsada inşaat yaparak, tamamlanmış inşaattan belirli arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmektedir.

Borçlar Kanununda düzenlenen iş görme sözleşmelerinden olan ve eser sözleşmesi niteliğinde bulunan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunda yapılmış bir tanımı mevcut değildir. Sözleşme şu şekilde tanımlanabilir: **“Yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerine belirli arsa paylarının mülkiyetinin kendisine devredilmesi karşılığında bütünlük arz eden bağımsız bölümler inşası ve teslimi edimini üstlendiği bir sözleşmedir”**.¹

¹ Kartal, s. 15; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 1; Yavuz, s. 366; Akipek/Küçükgüngör, s. 121 vd.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu sözleşme ile arsa sahibi belirli arsa paylarının mülkiyetini yapılacak inşaata (meydana getirilecek esere) karşılık olarak (eser sözleşmesinin esaslı unsuru olan ücret yerine geçmek üzere) yükleniciye devir etme borcu altına girmektedir.² Yüklenici ise, sözleşme ile arsa sahibine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerle birlikte tüm inşaatı tamamlama ve arsa sahibine ait bağımsız bölümleri sözleşmeye uygun olarak teslim etme borcunu yüklenmektedir. Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini şu şekilde tanımlamaktadır: **“Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, Borçlar Yasasının 355. maddesinde tanımlanan ve karşılıklı haklar ve borçlar içeren iki taraflı sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinin bir türüdür. Bu sözleşmelerde, yüklenicinin yapacağı işin yani inşaatın bedeli, arsa üzerinden, arsa sahibince verilecek pay ile aynı olarak ödenmektedir”**.³

Sözleşme iki taraflı bir sözleşme olmasının yanı sıra bir taraftan taşınmaz satım sözleşmesine, diğer taraftan ise eser sözleşmesine ilişkin unsurlar taşımakta olup bu niteliği açısından çift tipli karma bir sözleşmedir.⁴ Ayrıca bu sözleşme her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında yer almaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, hem yüklenici hem de arsa sahibi karşılıklı olarak borç altına girmektedir. Bu sözleşmede taraflardan birine ait borç diğer tarafın alacağı karşılığını oluşturmakta, sözleşmenin tarafları karşılıklı olarak birbirlerinden alacaklı ve birbirlerine borçlu olmaktadır.⁵

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması itibarı ile bir taraf için önceden ifa yükümlülüğü bulunmadığı takdirde iki tarafın edimini aynı zamanda yerine getirmeleri yani ifa etmeleri gerekir.⁶ Borçlar Kanunu m. 81 hükmü bu tip sözleşmelerde ifa sırasını açıkça ortaya koymuştur. *“Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lâzımdır”*.

² Yavuz, s. 366 vd.; Kartal, s. 20; Akipek/Küçükgüngör, s. 122.

³ Yarg. 15. HD. 15.10.2003 T. 2003/4424 E. 2003/4772 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

⁴ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 4; Yavuz, s. 368 vd.; Erman, İstisna Sözleşmesi, s. 23 vd.

⁵ Yavuz, s. 370; Akipek/Küçükgüngör, s. 122.

⁶ Kılıçoğlu, s. 439.

Öğretide, kendisinden ifa talep edilen borçlunun, BK. m. 81 gereğince önce ifada bulunma zorunda olmadığı yönündeki savunmasına “*ödemezlik Def 'i*” adı verilmektedir.⁷ Yüklenici inşaatı tamamlayıp arsa sahibine ait bağımsız bölümleri teslim etmeden, kendi hissesine düşecek bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep edemez. Aynı şekilde arsa sahibi de yükleniciye ait arsa paylarının devrini vermediği sürece, yüklenicinin bitirdiği bağımsız bölümlerin teslimini isteyemez.

Taraflar, bu sözleşmeyi arsanın tamamının ya da belirli arsa paylarının yükleniciye devri veya arsa üzerinde yapılan inşaatın belirli aşamalarına göre arsa paylarının devri ya da arsa sahibinin arsayı satmayı vaad etmesi ve karşılığında yüklenicinin satışı vaad edilen bu arsa üzerinde inşaat yapmayı taahhüt ettiği gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde düzenleyebilirler.⁸

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesinin unsurlarının yanı sıra aynı zamanda taşınmaz mülkiyetinin satımı, devri veya devrinin vaad edildiği bir sözleşme niteliğinde olduğundan yani sözleşmenin konusunu bir taşınmaz mal oluşturduğundan bu sözleşmenin emredici kanun hükmü gereği resmi şekilde düzenlenmesi şartı aranır.⁹ Medeni Kanun m. 706, BK. m. 213 ve Tapu Kanunu m. 26 gereğince, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşme resmi şekilde yapılmalıdır.¹⁰ Borçlar Kanunu m. 213'e göre, “*Gayrimenkul bey'i muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair beyi vadi ve bey'i bilvefa ve istimplâk mukavelesi resmî senede raptedilmedikçe muteber değildir*”. Bu hükümde taşınmaz satım sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı açıkça gösterilmiştir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerli olabilmeleri resmi şekilde düzenlenmiş olmaları şartına bağlıdır.

Uygulamada genellikle bu sözleşmeler gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri adı altında noterler tarafından resmi olarak düzenlenmektedir. Ayrıca resmi şekilde yapılan bu sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak yapılacak her türlü anlaşmanın da resmi şekilde yapılması zorunludur¹¹. Resmi şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli olmaz. Ancak resmi şekilde yapılmayan

⁷ Kılıçoğlu, s. 439.

⁸ Yavuz, s. 370 vd.; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 11 vd.; Kartal, s. 29.

⁹ Kılıçoğlu, s. 373; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 15 vd.; Erman, İstisna Sözleşmesi, s. 23 vd.

¹⁰ Öz, s. 19; Oğuzman/Seliçi, s. 337 vd.; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 839.

¹¹ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 17; Öz, s. 19.

arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alan tüm edimler taraflarca yerine getirildikten ve inşaat tamamlandıktan sonra sözleşmenin şekle aykırı olarak yapıldığı, bu nedenle geçersiz olduğunu ileri sürmenin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı gerek öğreti¹² ve gerekse Yargıtay tarafından kabul edilmektedir¹³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ayrıca tapu kütüğüne şerh edilmek sureti ile inşaat yapılan arsanın el değiştirmesi durumunda yeni malike karşı ileri sürülebilir.¹⁴

II. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Arsa Payının Satımına İlişkin Sözleşme

Yüklenici arsa sahibi ile yaptığı inşaat sözleşmesi ile sözleşmede belirlenen koşullarda ve teknik şartlara sahip inşaatı yapma ve bitirme işini üstlenmektedir. Yüklenicinin inşaatı yapacak her türlü malzemeyi almak, bina yapımında çalışacak işçilere gereken ücretleri vermek ve inşaatı sözleşmede öngörülen sürede tamamlamak için paraya ihtiyacı vardır. Yüklenicilerin inşaatı tamamlamak için gereksindikleri maddi kaynağa kavuşmalarını sağlamak amacı ile inşaat sözleşmelerine, yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının üçüncü kişilere satışı konusunda yüklenicilere yetki ya da vekâletname verilmesine ilişkin hükümler konulmaktadır. Bu sözleşmenin düzenleniş biçimine göre, arsanın doğrudan yükleniciye devredildiği durumlarda, yüklenici inşaat tamamlandığında kendisine verilmesi kararlaştırılan, bağımsız bölümleri bu mülkiyet hakkına dayanarak satmaktadır.

Bizzat konut veya işyeri olarak kullanmak ya da birikimlerini değerlendirip yatırım yapmak amacı ile bağımsız bölüm satın almak isteyen alıcılar, yapımına başla-

¹² Kartal, s. 60 vd.; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 22 vd.; Yavuz, s. 374 vd.

¹³ “..Davalıların, haricen düzenlenen senetle dava konusu daireyi davacıya satıp teslim ettikleri, takside bağlanan satış bedelini kabul edip aldıkları, hatta birara bakiye bedel ödendiğinde tapuyu verecekleri konusunda davacıya tam bir güven verdikleri, geçersiz bulunan sözleşmeyi benimseyerek davacı aleyhinde hiç bir yasal girişimde bulunmadıkları, davacı tarafından asliye hukuk mahkemesine davanın açılmasından ve belirtilen gerekçeyle reddedilip kesinleşmesinden sonra taşınmazı kayden bir başkasına sattıkları, böylece davacıda aktin ifa edileceği fikrini uyandırarak geçersiz akti yapmaya yönelttikleri, sözleşmedeki taahhütlerini yerine getireceklerine dair davacıda tam bir güven yarattıkları, zaman içinde de bu güveni sürdürüp devam ettirdikleri taşınmazın sonradan değer artışından yararlanmak sözleşmeyi imkansız hale getirerek ondan kurtulmak istedikleri anlaşılmalıdır. Davalıların satım sözleşmesinin şekil noksanlığı nedeni ile geçersizliğini ileri sürmeleri mk. nun 2. Maddesinde ifadesini bulan iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır.”, Yarg. 13. HD. 24.3.1995 T. 1995/2203 E. 1995/2905 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 2.5.2008).

¹⁴ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 9.

nacak ya da yapımı devam eden inşaatlardan, henüz tamamlanmamış ve ileride tamamlanacak bağımsız bölümler satın almaktadır. Bu tür satışlar hem yüklenici hem de alıcı açısından avantajlar sağlamaktadır. Yüklenici henüz yapımına başlamadığı ya da yeni başladığı inşaatla ait arsa paylarını satarak nakit ihtiyacını karşılamaktadır. Alıcı ise, çoğu zaman peşin bedel ödeyerek alması mümkün olmayan bir bağımsız bölümü, tamamlanmış bir bağımsız bölüm için ödemesi gereken bedelden daha düşük bedele temelden satın almakta ve satım bedelini, uygun koşullarda kredi kullanarak ya da ödemeleri kendi kişisel gelirine göre ayarlayarak iki üç yıla yayılan vadelerde ödemektedir. Yüklenici ile alıcı arasında uygulamada temelden ya da topraktan daire alımı şeklinde tanımlanan bu tip sözleşmelerle, bağımsız bölüm satışları taşınmaz satım sözleşmelerin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

Taraflar biraya gelerek, satımı gerçekleştirilecek olan daire ya da işyeri niteliğinde olan ve arsa sahibi ile yapılan teknik şartname ve projeye uygun olarak tamamlanacak bağımsız bölümün satışına ilişkin bir satım sözleşmesi düzenleyerek imzalamaktadır. Bu satım sözleşmesinde bağımsız bölümün bitirileceği ve teslim edileceği tarih ile alıcının taşınmaz için ödeyeceği satım bedeli karşılıklı olarak belirlenmektedir. Bu satım sözleşmesine, daha önce arsa sahibi ile yapılmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eki niteliğinde olan teknik şartname, mahal listesi, inşaatın özelliklerine ilişkin kararlaştırılan hususlar eklenmektedir.

Yüklenici ile alıcı bu taşınmaz alım-satım sözleşmesini dilerlerse noterde düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapabilirler. Uygulamada bu sözleşmeler çoğunlukla yüklenici ile alıcı arasında yazılı olarak düzenlenen ve resmi nitelik taşımayan harici taşınmaz satım sözleşmesi şeklinde yapılmaktadır.

Bağımsız bölüm satın alan alıcı bu taşınmazı kendi özel kullanımı için satın alabileceği gibi ticari ve mesleki bir amaçla da satın alabilir. Alıcının bu taşınmazı konut ya da tatil amaçlı kendi kişisel ve özel kullanımı için satın alması durumunda yapılan bu satım işlemi 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 2 'ye göre sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması nedeni ile tüketici işlemi sayılacaktır.

Tüketici sözleşmeleri, girişimciler ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticari, mesleki ya da işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir.¹⁵ 4077 sayılı TKHK m. 3/c 'de yapılan değişiklikle¹⁶ konut ve tatil amaçlı olarak satın alınan taşınmaz mallar da kanunun uygulaması açısından tüketici tarafından edinilen ve kanuna tabi olan mal kavramına eklenmiştir.

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu satım sözleşmesi diğer sözleşmeler gibi kişisel hak doğurur ve sadece taraflarını bağlar. Alıcı yüklenici ile arasında yapılan bu satım sözleşmesinden kaynaklanan haklarını kural olarak, sözleşmenin tarafı olmayan arsa sahibine karşı ileri süremez. Ancak yüklenici edimini yerine getirerek inşaatı tamamlayıp, arsa sahibin ait bağımsız bölümleri teslim ettiği takdirde kendisine ait olacağı kararlaştırılan arsa paylarının devrini talep etme konusunda kişisel bir hak kazanır ve bu hakkını üçüncü kişilere devir edebilir. Yüklenicinin bu kişisel hakkını satım sözleşmesi ile devralan alıcı bu durumda yüklenicinin halefi olarak, arsa sahibine başvurabilir, satın aldığı arsa payının kendi adına devrini talep edebilir.

§ 2. ARSA PAYI ALACAĞININ DEVRİNE İLİŞKİN SATIM SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

I. Yüklenici/Satıcı

Yüklenici, eser sözleşmesi ile sözleşmedeki şartlar çerçevesinde, alacağı bağımsız bölümlere karşılık olmak üzere, iş yapmayı (konumuz açısından inşaat yapmayı) bunun için gerekli malzeme, işçilik, makine, alet vb. temini ve üzerine aldığı işi tamamlamayı borcunu yüklenmiş gerçek ya da tüzel kişidir. Eser sözleşmesini tanımlayan Borçlar Kanunu m. 355 'de yüklenici iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği semen karşılığında bir şeyin imalini üstlenen taraf olarak tanımlamaktadır¹⁷.

¹⁵ Ozanoğlu, AÜHFD, 2001/1, C. 50, s. 65.

¹⁶ Resmi Gazete, 14 Mart 2003, S. 25048; Zevkliler/Aydoğdu, s. 92.

¹⁷ Uçar, s. 23; Olgaç, s. 677.

Yüklenici için bir başka tanım ise şu şekildedir: “**yüklenici, istisna akdine konu olan eseri imal ve inşa etmek suretiyle meydana getirme ve iş sahibine bu eseri teslim ile yükümlü gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi bunların oluşturduğu iş ortaklığı veya (ortak girişim) «joint- venture» şeklinde olabilir**”¹⁸.

Konumuz olan sözleşme açısından yüklenici, alıcı ile yaptığı bağımsız bölüm satışına ilişkin sözleşme gereğince sözleşmede yazılı bağımsız bölümü yine sözleşmede belirtilen koşullarda yaparak alıcıya teslim etme borcunu üstlenen inşaat işi ile uğraşan gerçek ya da tüzel kişidir. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere yüklenici gerçek kişi olabileceği gibi inşaat yapım ve satım işi ile uğraşan tüzel bir kişilikte olabilir. Yüklenici, alıcı ile yaptığı bu satım sözleşmesinde, sözleşme konusu arsa payına bağlı ileride tamamlanarak, kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilecek bağımsız bölümü alıcıya satan, satım sözleşmenin satıcı tarafıdır.

A) Yüklenicinin Fiil Ehliyetinin Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi

Fiil ehliyeti, bir kimsenin kendi eylem ve iradesi ile kendisi hakkında sonuçlar meydana getirmesidir.¹⁹ Fiil ehliyetine sahip olanlar Medeni Kanun hükümlerine göre hak kazanıp, borç altına girebilirler.

Medeni Kanun, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetine sahip olduğunu açıkça belirtmiştir. Medeni Kanununun 13 üncü maddesi ayırt etme gücünü şu şekilde tanımlamıştır: “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*”.

Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti olduğu kabul edilmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, küçükler ve kısıtlılık hali olanların fiil ehliyeti bulunmamaktadır.²⁰ Bunlar kanuni temsilcileri rıza göstermedikçe

¹⁸ Dayınlarlı, İstisna Akdi, s. 24.

¹⁹ Şener, s. 81.

²⁰ “Bilindiği üzere; davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırdedebilme kudreti (gücü) bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ile hak kurabilme, borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. Nitekim Medeni Kanunun” fiil ehliyetine

kendi işlemleriyle borç altına girmezler. Karşılıksız kazanma ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada böyle bir rızaya gerek yoktur.

Sözleşme yapmak, borç altına girmek, mülkiyet hakkı kazanmak ya da devir etmek gibi hukuki işlemler için fiil ehliyeti zorunlu unsurdur. Alıcı ile arsa payı satışa ilişkin bu sözleşmeyi yapabilmek için yüklenicinin her şeyden önce fiil ehliyetine sahip olması yani küçük, kısıtlı olmaması ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Yüklenicinin fiil ehliyetine sahip olmadığı halde böyle bir sözleşme yapması halinde bu sözleşme geçerli olmayaz ve yüklenici açısından her hangi bir borç doğurmaz. Ancak yüklenicinin fiil ehliyetine sahip olmamasına rağmen örneğin, küçük ya da kısıtlı olduğu hallerde, satım sözleşmesi yüklenici adına kanuni temsilcisi tarafından yapıldığı takdirde bu sözleşme geçerli bir sözleşme olur. Ayrıca fiil ehliyeti bulunmayan yüklenicinin yaptığı sözleşmeye kanuni temsilcisinin onay vermesi durumunda da yapılan sözleşme yüklenici açısından borç doğuran geçerli bir sözleşme olur. Yüklenicinin fiil ehliyetinin bulunması sözleşmenin geçerliliği için zorunlu unsur olup, fiil ehliyetinin bulunmadığı durumlarda, sözleşmenin kanuni temsilci tarafından yapılması ya da yapılmış sözleşmenin kanuni temsilci tarafından onanması halinde, fiil ehliyeti şartı gerçekleşmiş olur.

B) Yüklenicinin Tasarruf Ehliyeti ve Tasarruf Yetkisi

Yüklenicinin alıcı ile yaptığı arsa payının devrine ilişkin sözleşmelerde bir mal varlığı hakkı el değiştirmektedir. Taraflar arasında yapılan satım sözleşmesi bir tasarruf işlemidir. Bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işleme tasarruf işlemi

sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edebilir ve borç altına girebilir" biçimindeki 9. maddesi hükmüyle hak elde edebilmesi, borç (yükümlülük) altına girebilmesi, fiil ehliyetine bağlamış. 10. maddesinde de, fiil ehliyetinin başlıca koşulu olarak ayırtım gücü ile ergin (reşit) olmayı kabul ederek "ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan bir ergin kişinin fiil ehliyeti vardır." hükmünü getirmiştir. "Ayırtım gücü" eylem ve işlev ehliyeti olarak ta tarif edilerek aynı yasanın 13. maddesinde "yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." demek suretiyle açıklanmış, ayrıca, ayırtım gücünü ortadan kaldıran önemli nedenlerden bazılarına değinilmiştir. Önemlerinden dolayı bu ilkeler, söz konusu yasa ile öteki yasaların çeşitli hükümlerinde de yer almışlardır. Hemen belirtmek gerekir ki, Medeni Kanununun 15. maddesinde de ifade edildiği üzere, ayırtım gücü bulunmayan kimsenin geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeniyle, kanunda gösterilen aykır durumlar saklı kalmak üzere, yapacağı işlemlere sonuç bağlanamayacağından karşı tarafın iyi niyetli olması o işlemi geçerli kılmaz. (YİBK. 11.6.1941 tarih 4/2)", Yarg. 1. HD. 13.2.2006 T. 2005/13863 E. 2006/1109 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 28.4.2008).

denir. Mal varlığını doğrudan doğruya etkileyen, mal varlığında azalmaya ya da çoğalmaya neden olan hukuki işlemler tasarruf işlemi olarak nitelendirilir.²¹

Taraflar arasında yapılan bu hukuki işlem malvarlığını doğrudan etkilemekte, yükleniciye ait olan arsa payının mülkiyetini talep hakkını sözleşmenin diğer tarafı alıcıya geçirmektedir. Bir kimsenin tasarruf işlemi yapabilmesi için tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. Kişinin bir hakka doğrudan etki etme ve hak üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine *tasarruf yetkisi* adı verilir²². Tasarruf yetkisinin kullanılması her şeyden önce tasarrufta bulunulacak bir hakka sahip olmayı gerektirir. Tasarruf işlemi ile tasarruf işlemine konu hak arasında özel bir bağın bulunması gerektiğini ifade eden Von Tuhr, bu halde yalnız malik olanın mülkiyet üzerinde ve alacaklının da alacağı üzerinde tasarrufta bulunacağını belirtmektedir.²³ Hak sahibi genelde sahip olduğu hak üzerinde tasarrufta bulunabilir. Ancak bazı hallerde hak sahibin tasarruf yetkisi yasadan kaynaklanan nedenlerle kısmen ya da tamamen sınırlanmış olabileceği gibi bu hak üzerindeki tasarruf yetkisi temsilde olduğu gibi başka bir şahsa bırakılmış olabilir. Tasarruf yetkisinin temsil yoluyla kullanıldığı durumlarda ise, temsilci hakkın sahibi olmamakla birlikte aradaki hukuki ilişki nedeni ile temsilcisi bulunduğu kimsenin hakkı üzerinde tasarrufta bulunma hak ve yetkisine sahip olur²⁴.

Tasarruf yetkisinin gerek sınırlandırılması ve gerekse ortadan kaldırılması ancak yasal bir hükme dayanılarak yapılır. Bu yetki hukuki bir işlemle sınırlandırılmaz. Hukuki bir işlemle yapılacak sınırlama sadece sözleşme ilişkisi açısından bir borç doğurur ancak bu hakkı ortadan kaldırıp sınırlayamaz. Ancak sözleşmenin tarafının sözleşmeye uymaması borca aykırılık teşkil eder ve karşı taraf için bir zarar doğması halinde, sözleşmeyi ihlal eden taraf tazminat ödemekle yükümlü olur.²⁵

Bu nedenle yüklenicinin alıcı ile satım sözleşmesi yaparak, arsa payı alacağı hakkını temlik edebilmesi için öncelikle böyle bir hakkının olması, bu hakkının üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması ve bu yetkinin kanunda sayılı hallerden biri ile kısıtlan-

²¹ Kılıçoğlu, s. 33; Eren, s. 160 vd.; Reisoğlu, s. 47; Von Tuhr, s. 189; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 58; Ayan, s. 95.

²² Eren, s. 162; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 59.

²³ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 210.

²⁴ Eren, s. 163.

²⁵ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 211 vd.; Eren, s. 163.

mamış ve kaldırılmamış olması gerekir. Yüklenicinin tasarruf yetkisi bulunmaması halinde alıcı ile yaptığı temlik sözleşmesi, alıcı iyi niyetli olsa bile hüküm ifade etmez. Yüklenicinin tasarruf yetkisine tasarruf işlemini yaptığı anda yani temlik sözleşmesi yapılırken sahip olması şarttır.

II. Alıcı

Alıcı, yüklenici ile bağımsız bölüm satın almak amacı ile sözleşme yapan gerçek ya da tüzel kişidir. Alıcı satım sözleşmesinin bağımsız bölüm satın almak isteyen ve bunun karşılığında bedel ödemekle yükümlü olan tarafıdır. Medeni Kanun hükümlerine göre ayırtım gücüne sahip, ergin ya da kısıtlı olmayan herkes bu sözleşmenin alıcı tarafında yer alabilir. Alıcının küçük ya da kısıtlı olması durumunda bağımsız bölüm satışına ilişkin bu sözleşmeyi onun adına kanuni temsilcisi yapabilir. Ayrıca küçük ya da kısıtlının yaptığı sözleşme, kanuni temsilcisinin sonradan verilecek onayı ile geçerli hale gelir.

Sözleşmenin alıcı tarafını oluşturan kişi aynı zamanda tüketici de olabilir. TKHK. m. 3/e 'ye göre tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişidir. Alıcının satım konusu arsa payına bağlı bağımsız bölümü konut ya da tatil amaçlı edinmesi durumunda taraflar arasındaki sözleşme, alıcının tüketici olması nedeni ile tüketici sözleşmesi niteliğini kazanır.

III. Yüklenici ile Alıcı Arasındaki Sözleşmede Temsil

A) Sözleşmenin Temsilci Aracılığı ile Yapılması ve Hukuki Sonuçları

Bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere o şahsın ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine **temsil** adı verilir.²⁶ Yüklenici ya da alıcı içinde bulunduğu özel durum nedeni ile sözleşmeyi kendilerinin yapamaması durumunda, yüklenici ya da alıcı adına bu sözleşme temsilcileri aracılığıyla yapabilir.

²⁶ Eren, s. 383; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 220; Aral, s. 169; Kılıçoğlu, s. 155; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 314; Uygur, Borçlar Genel Hükümler C.I, s. 246.

Özellikle sözleşmenin taraflarının kısıtlı ya da küçük olması durumunda bu sözleşme tarafların kanuni temsilcileri aracılığı ile yapılacaktır.

Yüklenici ya da alıcı adına sözleşmeyi imzalamak üzere yetkilendirilen temsilcinin temyiz kudretine sahip olması gerekir. Ancak hukuki işlem temsil edilen adına yapıldığından temsilcinin tam ehliyetli olmasına gerek yoktur.²⁷ Temsil edilenin temsil konusunda yetki ya da vekâlet verebilmesi için medeni hakları kullanma ehliyetinin bulunması yani tam ehliyetli olması gerekir.²⁸

Temsilcinin yaptığı sözleşme ya da hukuki işlem hüküm ve sonuçlarını temsil olunan yüklenici ya da alıcının hukuk alanında doğurur.²⁹ Noterlik Kanunu m. 84 'e göre taşınmaz malların satışına ilişkin temsil yetkisi ve vekâletname resmi şekilde noterler tarafından düzenlenir. Yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşme bir taşınmaz satım sözleşmesi olduğundan taraflar temsile ilişkin yetkiyi noter tarafından düzenlenen resmi vekâletname aracılığı ile vermektedir

Temsil olunan yüklenici ya da alıcı temsilciye, temsil yetkisini ne şekilde kullanacağı konusunda talimat verebilir. Örneğin, yüklenici kendi adına sözleşme yapmak üzere yetkilendirdiği temsilciye taşınmazı ne kadar bedelle satacağı, ödeme planı, ödeme tarihleri ve ödeme süresi ile ilgili talimat verebilir. Temsilcinin yetkisini aşması durumunda, temsil olunan uğradığı zararları temsilciden tazmin edebilir³⁰.

B) Yüklenici veya Alıcı Tarafından Verilen Temsil Yetkisinin Sona Ermesi ve Sonuçları

Borçlar Kanunu m. 35 'de temsil yetkisinin sona erme halleri belirtilmiştir. Kanunda yer alan nedenler dışında temsil yetkisinin süreli olarak verilmesi durumunda bu sürenin sona ermesi, öngörülen işin tamamlanması ve bozucu şartın varlığı ve bu şartın gerçekleşmesi halinde temsil sona erer.³¹ Yüklenici ya da alıcının sözleşmeyi temsilci

²⁷ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 350; Uygur, Borçlar Genel Hükümler C. I, s. 247; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 230

²⁸ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 353; Eren, s. 396; Reisoğlu, s. 130; Kılıçoğlu, s. 160.

²⁹ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 354; Uygur, Borçlar Genel Hükümler C. I, s. 248; Eren, s. 383.

³⁰ Eren, s. 403; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 243.

³¹ Eren, s. 405; Reisoğlu, s. 133 vd.; Ayan, s. 172 vd.; Kılıçoğlu, s. 166 vd..

aracılığı ile yapması durumunda temsilcinin ya da temsil olunan yüklenici ya da alıcının ölümü, iflas etmeleri, gaiplik kararı alınması, medeni hakları kullanma ehliyetlerinin kaybı, sözleşmenin imzalanması, temsilcinin istifası, temsil olunanın temsilciyi azli hallerinde taraflar arasındaki temsil ilişkisi sona erer.

Kural olarak temsil yetkisinin sona ermesi ile birlikte temsilcinin yaptığı hukuki işlemler temsilciyi bağlamaz.³² Ancak kanun bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Temsil yetkisi sona ermiş olsa da, bu durumu bilmeyen temsilci ve iyi niyetli üçüncü kişin yaptığı hukuki işlemler temsil olunanı ve haleflerini bağlar. Temsilcinin durumu bilmesi halinde de sözleşme yaptığı üçüncü kişinin onu yetkili zannederek, onunla iyi niyetli sözleşme yapması durumunda yapılan sözleşme temsil olunanı bağlar.³³ Kanun tarafından getirilen istisna iyi niyetli üçüncü kişilerin bu iyi niyetinin korunması amacını taşımaktadır.

§ 3. YÜKLENİCİ VE ALICININ İRADE AÇIKLAMALARI ve SÖZLEŞMENİN KURULMASI

I. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Sözleşmede İcap

Sözleşmenin esaslı unsurunu, tarafların karşılıklı olarak yaptıkları irade açıklamaları oluşturur.³⁴ Buna göre sözleşme iki tarafın iradesi ve bu iradelerin karşılıklı açıklanması ile kurulur. Borçlar Kanunu taraflardan birinin açıkladığı iradeye icap, icap üzerine karşı tarafça yapılan irade açıklamasına ise kabul adını vermektedir.

Daha açık bir şekilde tanımlamak gerekirse; *sözleşmenin yapılması için gerekli teklifi kapsayan ve karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile birlikte sözleşmenin kurulması sonucunu doğuracak irade açıklamasına icap adı verilir.*³⁵

Uygulamada çoğunlukla inşaata başlayan yüklenici, inşaat alanına koyduğu tabelalarda inşaat ile ilgili bilgilere yer vermekte; inşaatın kaç kat olduğu, yapılmakta olan

³² Eren, s. 408; Kılıçoğlu, s. 167 vd.

³³ Eren, s. 408; Kılıçoğlu, s. 172.

³⁴ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 149.

³⁵ Eren, s. 219; Kılıçoğlu, s. 40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 108; Esener, AÜHFD., C.9, S. 3-4, 1952, s. 177.

dairelerin alanı, oda miktarı, diğer özellikleri yazılmaktadır. Bu ilanlarda inşaatın teknik özelliklerinin yanı sıra satılık oldukları, satım halinde satım bedeline uygulanacak vade ve iletişim için ilgili telefon numaraları ile yüklenicinin adresi yer almaktadır. Yükleniciler inşaat sahasında yer alan bu ilanlar dışında ayrıca kimi zaman gazetelerde yer almak üzere bağımsız bölüm satışına ilişkin, taşınmazın satım bedeli vade, kredi oranı gibi hususları içeren ilanlar vermektedir. Yüklenicinin bu tarz ilanları sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren icap değil icaba davet olarak değerlendirilebilir. Çünkü burada yüklenici kesin bir sözleşme yapma ve borçlanma niyetini ortaya koymamakta sadece bağımsız bölüm satışına hazır olduğunu ilgilenenlere bildirmektedir.³⁶ İcabı, icaba davetten ayıran ön önemli fark, icabın sözleşmenin tüm esaslı noktalarını içeren bir irade beyanı olmasına karşın, icaba davetin sözleşmenin kurulmasına yönelik bir irade beyanı olmayıp karşı tarafın yapılan davet konusunda icapta bulunmasını sağlamaya yönelik bir irade beyanı olmasıdır.³⁷

Yüklenicinin belirli bir kişiye yani alıcıya yönelmiş, kurulacak sözleşmenin esaslı unsurlarını yani satılacak dairenin katını, numarasını, teknik özelliklerini ve satım bedelini, satılan dairenin teslim edileceği tarihi kapsayacak şekilde ciddi ve icapla bağlı olmak amacı ile yaptığı irade beyanının, muhataba (alıcıya) varması ve muhatabın kabulü halinde sözleşme kurulacaktır. Yüklenicinin bu şekilde alıcıya yaptığı bu teklif Borçlar Kanunda yer alan ve sözleşmenin kurulması için gereken icap yani **“sözleşme yapma teklifi veya çağrısı”**³⁸ niteliğindedir.

İcap tek taraflı ve muhataba varması gerekli bir irade beyanı olup, icap yüklenici tarafından yapılabileceği gibi alıcı tarafından da yapılabilir. Alıcı yükleniciye başvurarak, yapılmakta olan inşaatta satın almak üzere seçtiği daireyi, bu daire için ödemeyi düşündüğü satış bedelini, bedelinin ödenme şeklini belirtmek sureti ile iradesini açıklayıp, sözleşme yapma teklifinde bulunabilir.

³⁶ Eren, s. 222; Reisoğlu, s. 58 vd.; Kılıçoğlu, s. 42 vd.

³⁷ Eren, s. 222; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 110; Kılıçoğlu, s. 42.

³⁸ Eren, s. 219.

İster yüklenici ister alıcı tarafından yapılsın icabın kesin, belirli ve açık³⁹, karşı tarafın kabul açıklaması yapması ve böylelikle sözleşmenin kurulması sonucunu elde etmek amacıyla yapılmış olması gerekir.⁴⁰

İcap, muhatabın kabul beyanı ile taraflar arasında sözleşme kurulması sonucunu doğuran bir irade açıklaması olduğundan icap sahibi icabı ile bağlıdır.⁴¹ Yüklenici ile alıcının hazır bulunduğu ortamda taraflardan biri tarafından yapılacak ve sözleşmenin esaslı noktalarını içeren icap hazır muhatap tarafından hemen kabul edilmesi halinde taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulacaktır.

Borçlar Kanunu icap için özel bir şekil öngörmemiştir. Ancak sözleşmenin geçerliği kanun tarafından bir şekil şartına bağlanmışsa, bu sözleşmenin kurulması için yapılacak icabında bu şekle uygun olarak yapılması gerekir.⁴²

II. Kabul

Kabul, kendisine icapta bulunulan muhatabın, sözleşme yapmak konusunda kendisine yapılan teklifi kabul ettiğini belirten irade açıklamasıdır. Kabul beyanı da icap gibi hukuki sonuç doğurabilmek için karşı tarafa varması gereken bir irade açıklamasıdır.⁴³ Kabul beyanı açıklanması ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğurduğu için yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir.⁴⁴

Kabule ilişkin irade beyanı örtülü ya da açık biçimde yapılabilir. Taraflar arasında kurulacak sözleşme kanun tarafından bir şekil şartına bağlanmış ise kabul örtülü değil bu şekil şartına uygun açık şekilde yapılmalıdır.⁴⁵ Yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesi, temlik niteliğinden dolayı yasa gereği yazılı olarak düzenlenmek zorunda olduğundan, sözleşme yapma teklifi ile karşılaşan muhatabının kabule ilişkin iradesini yazılı ve açık olarak beyan etmesi gerekir. Ancak kabul beyanının sözleşmenin hangi tarafınca açıklandığının önemi yoktur. Sözleşme yapma teklifi ile karşılaşan

³⁹ Eren, s. 220.

⁴⁰ Ayan, s. 119; Reisoğlu, s. 58; Kılıçoğlu, s. 40.

⁴¹ Eren, s. 224; Kılıçoğlu, s. 44; Ayan, s. 120; Reisoğlu, s. 58.

⁴² Ayan, s. 120; Eren, s. 221.

⁴³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 121; Ayan, s. 123; Eren, s. 228; Kılıçoğlu, s. 48.

⁴⁴ Eren, s. 228.

⁴⁵ Ayan, s. 124; Kılıçoğlu, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122 vd.; Reisoğlu, s. 61 vd.; Eşer, AÜHFĐ., C. 9, S. 3-4, 1952, s. 178.

yüklenici ya da alıcı sözleşme şartlarını kabul ettiği takdirde karşı tarafa varması şartı ile kabule ilişkin beyanda bulunabilir.⁴⁶

Kabul beyanı yenilik doğurucu nitelik taşıdığından ve beyanın karşı tarafa ulaşması ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğurduğundan, kabul beyandan dönülemez. Ancak kurulmuş sözleşmenin ortadan kaldırılması istisnaları hariç olmak üzere, ancak tarafların karşılıklı anlaşması ile bu beyandan dönme mümkün olur.⁴⁷

III. Yüklenici İle Alıcı Arasında Yapılan Sözleşmenin Kurulma Zamanı

Borçlar Kanununa göre sözleşmenin kurulma anı hazırlar arasında yapılıp yapılmamasına göre farklılık gösterir. Yüklenici ile alıcının ya da temsilcilerinin hazır olduğu ortamda sözleşmenin esaslı konularını içerecek şekilde sözleşme yapma teklifinin muhataba iletilmesi ve muhatabın kabule ilişkin irade açıklaması ile taraflar arasında sözleşme kurulmuş olacaktır.⁴⁸ Yüklenici ile alıcı arasında arsa payının devrine ilişkin sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerektiğinden, yüklenici ile alıcı arasında yapılacak sözleşmenin kurulma anı, icabın muhatabı olan tarafın sözleşmeyi imzalamak sureti ile sözleşmeyi icap sahibine verdiği andır.⁴⁹ Bu sözleşmenin kurulduğu an olmakla birlikte aynı zamanda sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andır.⁵⁰

Hazır bulunmayanlar arasında yapılan sözleşmenin kurulma anı ise, muhatabın icabı kabulüne ilişkin yaptığı irade açıklamasının icap sahibinin hâkimiyet alanına ulaştığı andır. Ancak icap sahibinin kabule ilişkin irade beyanını öğrenmesi şart değildir.⁵¹ Bu şekilde kurulan sözleşme hüküm ve sonuçlarını kabul beyanın icap sahibine gönderildiği ya da yollandığı andan itibaren doğuracağı yani kabulün icap sahibine varması ile kurulan sözleşmenin geçmişe etkili olarak yollama veya gönderme anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağı çoğunluk görüşü olarak kabul edilmektedir.⁵²

⁴⁶ Ayan, s. 124.

⁴⁷ Ayan, s. 125; Kılıçoğlu, s. 49.

⁴⁸ Eren, s. 235; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 124; Kılıçoğlu, s. 50; Ayan, s. 126.

⁴⁹ Eren, s. 235; Reisoğlu, s. 63; Kılıçoğlu, s. 50.

⁵⁰ Eren, s. 235.

⁵¹ Eren, s. 235; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 126; Kılıçoğlu, s. 50; Ayan, s. 126.

⁵² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 126; Kılıçoğlu, s. 50 vd.; Eren, s. 236; Ayan, s. 127.

§ 4. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

I. Genel Olarak Şekil

İradeyi açıklama sırasında bu iradenin açıklanması için kullanılan araca, dış kalıba veya biçime şekil adı verilir.⁵³ Borçlar Kanunu ilke olarak sözleşmelerde şekil serbestliğini kabul etmiştir.⁵⁴ BK. m. 11/I bu temel prensibi şu şekilde açıkça ortaya koymuştur. “*Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir*”.

Bazı işlemlerin yapılması için kanun belirli şekil şartı öngörmüştür. Şekil şartının konulmasındaki temel amaç sözleşmenin taraflarını korumaktır. Tarafların sözleşme yaparken sözleşmenin konusu hakkında iyice düşünmeleri, gerçekten ne istediklerine karar vermesi böylelikle geçici heveslerden etkilenmesi önlenmiş olur. Ayrıca şekil işlemin gerçek ilgilisi tarafından yapıp yapılmadığının,⁵⁵ tespiti ile sözleşmenin varlığını, içeriğini kanıtlamak açısından da taraflara kolaylıklar sağlar.⁵⁶

Kanunun sözleşmelerde şekil şartına yer vermesinin iki amacı vardır. Şekil şartı sözleşme açısından ya sözleşmenin geçerlilik şartı ya da ispat şartıdır. Geçerlilik şekli olarak şekil şartı şudur; kanunda öngörüldüğü biçimde yapılmayan sözleşme geçerli olmaz.⁵⁷ İspat şekli olarak şekil ise, Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmemiş olup, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288 inci maddesinde yer alan bir yargılama kuralıdır. Bu şekil şartı muamelenin geçerliliği için değil, onun ispatı için aranır.⁵⁸ HUMK. m. 288: “*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki*

⁵³ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 228 vd.; Eren, s. 236; Ayan, s. 127.

⁵⁴ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 229; Tekinay/Aman/Burcuoğlu/Altıp, s. 129; “Borçlar Kanununun on birinci maddesinde, akdin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça bir şekle tabi tutulmadığı gösterilmiştir. Binaenaleyh esas kaideye göre akdin inikadı için yazılı şekil veya sair herhangi bir merasimin yapılmasına lüzum yoktur. Ancak akit yapanları esaslı surette düşündürmek mesela kefilin taahhüde giriştiği esnada taahhüdün şümulü hakkında bir fikir edinebilmesini mümkün kılmak ve nihayet yapılan hukukî muamelenin ispatını kolaylaştırmak için bazı hallerde akdin şekle tabi tutulması lüzumlu ve faydeli görülmüş ve esas kaideye istisnaen kanunun gösterdiği hallerde şekil esası da kabul olunmuştur. Yalnız şekle müteallik hükümler, hukukî muamelelerin yapılmasını müşkülleştirmekte ve ağırlaştırmakta olduğundan bilhassa Borçlar Kanunu sahasında şekli lüzumu dar bir çerçeveye inhisar ettirilmiştir..”, YİBGK. 12.4.1944 T. 1943/14 E. 1944/13 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 30.4.2008).

⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 130.

⁵⁶ Eren, s. 238.

⁵⁷ Ayan, s. 129; Eren, s. 241; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 131.

⁵⁸ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 231.

miktar veya değerleri "dörtüzmilyon" () lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir".*

II. Yazılı Şekil

Yazılı şekil, sözleşmenin tarafların karşılıklı irade açıklamalarını yazılı olarak beyan ettikleri ve bir metne bağladıkları şekil türüdür. Yazılı şekil kendi içinde adi yazılı şekil, vasıflı yazılı şekil ve resmi yazılı şekil olmak üzere üçe ayrılır. Resmi yazılı şekil şartının arandığı durumlar yasada açıkça belirtilmiştir.

A) Adi (Basit) Yazılı Şekil

Tekinay, adi yazılı şekli şu şekilde tanımlamaktadır: “Adi yazılı şekil” ya da sadece “yazılı şekil” den maksat, sözleşmenin mahiyet ve konusunu göstermeye yeterli olan ve borç altına girenlerin ya da bir hakkı devredenlerin imzalarını havi her hangi bir yazıdır.⁵⁹

Adi yazılı şekilde öncelikle tarafların üzerinde anlaştığı sözleşme konularının tamamı ile sözleşme yapma konusundaki karşılıklı birbirine uygun irade açıklamalarının yer aldığı yazılı bir metin düzenlenir. Sözleşme metninin borç altına giren kişinin el yazısı imza edilmesi gerekir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borç altına giren kişinin metni imzalaması yeterli olup, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşme metnini iki tarafın imzalaması gerekir⁶⁰.

Sözleşmenin temsilciler aracılığı ile yapıldığı durumlarda, düzenlenen sözleşme metnini yetkili temsilcinin imzalaması gerekir. Temsilci ve yetkilinin bu sözleşmeyi temsil ettikleri kişi adına yapıp imzaladıkları metinde belirtilmelidir. İmza atmasını bilmeyenler, geçerli şekilde yapılmış mühür ve el yapımı onaylı işaret kullanabilirler.

Kanunda yazılı şekilde düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler yazılı şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmazlar. Bu husus BKT m. 12 'de açıkça belirtilmiştir: “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklindedir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”.⁶¹

⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 148.

⁶⁰ Ayan, s. 131; Eren, s. 246 vd.

⁶¹ Tasarı metninin tamamı için bkz. www.kgm.adalet.gov.tr.

B) Vasıflı Yazılı Şekil

Kanunda yer alan bazı sözleşmeler için kanun yazılı şekilde düzenlemenin yanı sıra yazılı düzenleme sırasında uyulması gereken bazı özel koşullar da getirmiştir. Bu koşullara uygun olarak yapılmayan sözleşme yazılı da olsa geçerli olmayacaktır. Bu durumda aranan yazılı şekle vasıflı yazılı şekil adı verilir.⁶²

C) Resmi Şekil

Bazı hukuki işlemlerin geçerli olması bu işlemlerin resmi makamlar önünde ve resmi memurun katılımı ile yapılması şartına bağlanmıştır.⁶³ Bu şekilde yapılan hukuki işlemlerde uygulanan şekil, *resmi şekil*'dir. Resmi şeklin söz konusu olduğu durumlarda, hukuki işlem veya sözleşme taraflarınca değil, devletin bu konuda görevlendirdiği kişiler tarafından kanunların öngördüğü usul ve şartlarda yapılmaktadır. Kanunda resmi şekilde düzenlenmesi hükmü bulunan sözleşmeler bu şekilde düzenlenmedikleri takdirde geçerlik kazanmazlar.⁶⁴

Resmi şekilde sözleşme yapma ya da düzenlenen sözleşmeye resmiyet kazandırma konusunda yetkili makamlar sulh hukuk hâkimi, noterler ve tapu memurlarıdır.⁶⁵ Resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmayacak sözleşmelerin başında taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmeler gelir. Bu sözleşmelerin geçerliği MK. m. 706 'a göre resmi şekilde düzenlenmiş olmaları şartına bağlıdır.⁶⁶

III. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Satım Sözleşmesinin Şekli

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu sözleşmelerin düzenlenme şekli, yükleniciyle arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çeşidine göre farklılık gösterecektir. Arsa payının tamamı veya belli arsa paylarının yükleniciye devri şeklinde yapılan sözleşmede; yüklenici sözleşme ile birlikte başlangıçta arsanın tamamı-

⁶² Eren, s. 253; Ayan, s. 133; Kılıçoğlu, s. 75.

⁶³ Eren, s. 253; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 158; Kılıçoğlu, s. 75.

⁶⁴ Ayan, s. 133.

⁶⁵ Eren, s. 254 vd.; Ayan, s. 133

⁶⁶ Bir taşınmaz malın veya payın başkasına devri ya da devir vaadini öngören sözleşmelerin geçerli sayılması için Tapu Sicil Muhafızı tarafından ya da noterlerce re'sen düzenlenmesi gerekir....Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. (YHGK. 9.6.1982 T. 1979/15-1613 E. 1979/565 Kr.), Karahasan, Eşya Hukuku, s. 1007 vd.

nı ya da belirli arsa paylarını tapuda kendi adına devir almaktadır⁶⁷. Yüklenici taşınmazın ya da taşınmazın belirli arsa paylarının mülkiyetini kazanmış olduğundan, bu takdirde alıcılara bu inşaatın malik sıfatı ile bağımsız bölüm satarak, mülkiyetini geçirmektedir. Mülkiyetinin devrini öngören bu sözleşmeler, sözleşme konusu satılan mal taşınmaz olduğundan resmi şekilde yapılmalıdır. BK. m. 213/I 'de taşınmaz satımının resmi şekilde yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir “*Gayrimenkul bey'i muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair beyi vadi ve bey'i bilvefa ve istimlak mukavelesi resmî senede raptedilmedikçe muteber değildir*”. Yine taşınmaz mülkiyetinin kazanma yollarının düzenlendiği MK. m. 706 'da “*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır*”, hükmü ile taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde düzenlenmedikleri takdirde geçerli olmayacağını bir kez daha vurgulamıştır.

Yüklenici kendi adına tapuya kayıtlı olan arsa paylarını alıcılara sattığı bu sözleşmelerin geçerliği tapu memuru huzurunda ve onun tarafından düzenlenen resmi senet ile yapılmaları şartına bağlıdır. Taraflar arasında yapılan arsa payının devrine yani taşınmaz satımına ilişkin sözleşmeler resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz⁶⁸. Yüklenici kendi adına kayıtlı olan arsa payının mülkiyetini tapu memuru huzurunda düzenlenen satım sözleşmesi ile alıcıya geçirmek sureti ile mülkiyeti resmi şekilde devir etmekte ve alıcı bu resmi işlem sonucunda satın aldığı arsa payının maliki durumuna geçmektedir.

Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacak arsa paylarının devrinin inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım gerçekleştirilmesinin kararlaştırıldığı hallerde⁶⁹, inşaatın seviyesine göre arsa sahibi yükleniciye verilecek arsa paylarını tapuda devir etmekte ya da arsa sahibi yükleniciye bırakılacak arsa paylarının inşaatın belirli seviye gelmesi halinde satışı konusunda vekâlet vermektedir.⁷⁰ Bu tarz bir sözleşme yapmış olan yüklenici sözleşme

⁶⁷ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 11; Kartal, s. 29 vd.; Yavuz, s. 370 vd.

⁶⁸ Zevkliler, s. 72; Yavuz, s. 95; “Taraflar arasında haricen düzenlenerek, imzaları notere onaylatılan satış sözleşmesi, MK. nun 634 (yeni madde no: 706), BK. nun 213, SK. nun 60 ve 89. maddelerinde öngörülen şekil şartına uygun bulunmadığından geçersizdir...”, YHGK. 24.2.1984 T. 1982/13-146 E. 1984/143 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 5.5.2008).

⁶⁹ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 12; Kartal, s. 29 vd.; Yavuz, s. 371vd.

⁷⁰ Yavuz, s. 372; Kartal, s. 29 vd.; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 12 vd.

gereği kendi payına düşen arsa payını tapuda devir aldığından yani tapu maliki olduğundan ya da bu arsa payının satışı konusunda arsa sahibi tarafından kendisine vekalet verilmiş olduğundan alıcılarla yapacağı arsa payının satımına ilişkin resmi sözleşme ile arsa payının mülkiyetini alıcıya geçirmektedir.

Yüklenici ile arsa sahibi arasında arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaad etmesi ve yüklenicinin de arsa üzerinde inşaat yapmayı taahhüt etmesi şeklinde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada en çok yapılan sözleşme şeklidir.⁷¹ Bu şekilde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici inşaatı yapmayı taahhüt etmekte, arsa sahibi de yüklenicinin yaptığı inşaat karşılığı olmak üzere sözleşmede belirlenen arsa paylarını yükleniciye devir etmeyi taahhüt etmektedir. Bu şekilde düzenlenen sözleşmede yükleniciye sözleşme ile tapuda devir edilen arsa ya da arsa payı bulunmadığından, yüklenici inşaatı tamamlaması yani sözleşme ile yüklediği kendi edimini yerine getirmesi halinde arsa sahibinden ücret olarak talep edeceği, arsa paylarını üçüncü kişilere inşaat devam ederken resmi nitelik taşımayan harici satım sözleşmeleriyle satmaktadır. İnceleme konumuzun esasını da bu sözleşmeler oluşturmaktadır.

Yüklenici ile alıcı arasında, yüklenicin yapmakta olduğu inşaatın arsa payı ve buna karşılık gelecek bağımsız bölüm satımına ilişkin olarak yapılan ve resmi şekil şartına uymayan bu sözleşmeler, bir taşınmaz satımını düzenlediklerinden kural olarak geçerli sayılmazlar. Ancak yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu sözleşme Yargıtay kararları ile öğretide “alacağın temlik” olarak nitelendirilmektedir.⁷² Bunun nedeni yüklenicinin sözleşme ile satımını yüklediği ve mülkiyetini devir borcu altına girdiği bağımsız bölümün, aynı zamanda yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince; arsa sahibinden devrini talep edeceği, arsa payı alacağının da konusunu oluşturmasındandır. Yüklenici alıcı ile yaptığı sözleşmede satım konusunu oluşturan bağımsız bölüm yüklenicinin kişisel bir alacak hakkı olup, bu alacak bedel karşılığında alıcıya devredilmektedir. Satım sözleşmesi ile bir alacak hakkı devir edildiğinden, bu sözleşmenin düzenleneceği şekil Borçlar Kanunu m. 163 ’de açıkça gösterilmiştir: “*Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik muteber olmaz*”.

⁷¹ Yavuz, s. 372; Kartal, s. 31 vd.; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 13 vd.

⁷² Kartal, s. 50; Yavuz, s. 374; Duman, s. 835; Kostakoğlu, s. 1227.

Taraflar arasında alacağın temlik niteliğinde bulunan bu sözleşmenin yazılı yapılması zorunluluğu, sözleşmenin geçerlilik şartıdır.⁷³ Yüklenici ile alıcı arasında yapılacak arsa payının satışına ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılması yeterli olup, resmi şekilde düzenlenmesine gerek yoktur.⁷⁴

Yüklenici ile alıcı arasında yazılı olarak düzenlenecek bu temlik sözleşmesinin, temlik işleminin tüm esaslı unsurlarını, özellikle temlik edilen arsa payına karşılık gelecek bağımsız bölümün hangisi olduğu, numarası ve alıcı tarafından ödenecek, satım bedeli miktarını açıkça içermesi gerekir.⁷⁵ Bunun nedeni kanunda öngörülen şekil şartının sözleşmenin bütün esaslı noktalarını da kapsamaya zorunluluğudur.⁷⁶ Borçlar Kanununun 13. maddesi, “*Tahriri olması icabeden akitlerde, borç deruhte edenlerin imzaları bulunmak lâzımdır*”, hükmü ile yazılı olarak düzenlenmesi gereken sözleşmelerde borç altına giren tarafın sözleşmeyi imzalaması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁷

Temlik sözleşmesinin tamamlanması için alacağı temlik alanın rızası gerektiği halde, bu rızanın yazılı şekilde bildirimine gerek yoktur.⁷⁸ Ancak yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesi karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yüklenici arsa paylarını alıcıya bedel karşılığında devir ve temlik ettiğinden, taraflar

⁷³ Reisoğlu, s. 404; Dayımlarlı, Alacağın Temliki, s. 66; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C. II, s. 828; Kılıçoğlu, s. 600; Reisoğlu, s. 404; Ayan, s. 40; Eren, s. 1185; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 320; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 831; Kartal, s. 51; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 177; Duman, s. 834 vd.

⁷⁴ “Arsa sahipleri ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptıktan sonra, kendisine düşen daireyi yazılı olarak satan yüklenicinin bu davranışı, alacağın temlik hükmündedir. Yazılı olması yeterli olup resmi olma koşulu yoktur.”, Yarg. 13. HD. 10.11.1997 T. 1997/6627 E. 1997/8983 Kr; “Dava, kişisel hakka dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Davacı, yükleniciden eser sözleşmesi uyarınca payına düşen dairelerden satın almıştır. Yüklenici payını Borçlar Kanununun 162 maddesi uyarınca davacı-lara temlik etmiştir. Kural olarak yüklenici ve arsa sahibi kat karşılığı inşaat yapılması hususunda anlaş-tıklarında ve anlaşma koşulları yerine getirilmediğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Bu kişisel hakka dayanarak yüklenici arsa sahibinden inşaat anlaşması uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir. Ya da Borçlar Kanununun 162.maddesi ve onu izleyen maddeleri hükmünce yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin onayını almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişiye temlik edebilir...”, Yarg. 14. HD. 19.3.1998 T. 1988/1584 E. 1998/2108 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 5.5.2008).

⁷⁵ Eren, s. 1187.

⁷⁶ Reisoğlu, s. 66.

⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 600; Ayan, s. 41; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 321; Dayımlarlı, Alacağın Temliki, s. 68 vd.; Reisoğlu, s. 404; Kartal, s. 51; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 828.

⁷⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 321; Reisoğlu, s. 404; Kılıçoğlu, s. 600; Dayımlarlı, Alacağın Temliki, s. 68 vd.; Kartal, s. 51.

arasında düzenlenecek arsa payı alacağının devrine ilişkin temlik sözleşmesi, hem yüklenici hem de alıcı tarafından imzalanmalıdır.⁷⁹

IV. Şekle Uyulmamasının Sonuçları

A) Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Sözleşme Açısından

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan arsa payının satışına ilişkin sözleşme, alacağın temliki hükmünde olduğundan, kanun gereğince mutlaka yazılı şekilde düzenlenmelidir. Kanunda öngörülen yazılı şekil şartı alacağın temliki sözleşmesinin geçerlilik şartıdır.⁸⁰

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölüm satışına ilişkin sözleşme, temlik niteliği nedeni ile yazılı şekil şartına uyulmadan yapıldığı takdirde geçersiz olacak ve her hangi bir hüküm doğurmayacaktır.⁸¹ BK. m. 11 'de bu husus açıkça belirtilmiştir. Buna göre, *“Kanunun emrettiği şeklin şumul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tâyin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz”*. Şekil geçerlilik şartı olarak öngörüldüğünden, şekle aykırılık sonuç olarak sözleşmeyi de geçersiz hale getirir.⁸² Borçlar Kanununun 11. maddesini karşılayan BKT m. 12 'de, kanunun şekil şartı öngördüğü hallerde şeklin geçerlilik şekli olduğu ve bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağı açıkça belirtmiştir.

Şekle aykırı olarak yapılan sözleşmenin geçersizliği ile ilgili olarak öğretide farklı görüşler mevcuttur. **Genel** olarak kabul edilen **görüş**, şekle aykırı **sözleşmenin baştan itibaren geçersiz, batıl olduğu görüşüdür.**⁸³ Bu görüşe göre **sözleşme yapıldığı andan itibaren geçersizdir.** Bu nedenle sonradan verilecek icazetle geçerli hale gelmez. Sözleşme tarafları açısından hak ve borç doğurmaz. Şekle aykırılık, sözleşme-

⁷⁹ Ayan, s. 41; Öz, s. 92.

⁸⁰ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 66; Reisoğlu, s. 404; Kartal, s. 51; Yavuz, s. 374; Duman, s. 834; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 696; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 175; Kılıçoğlu, s. 600; Ayan, s. 40; Eren, s. 1183 vd.; Von Tuhr, s. 832; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 320 vd.; Akıntürk, s. 194.

⁸¹ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 67; Kartal, s. 51; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 320; Eren, s. 1185.

⁸² Reisoğlu, s. 66; Altaş, s. 89; Akıntürk, s. 41.

⁸³ Bu görüşte olan yazarlar ve ayrıntı için Altaş, 102 vd.; Ayan, s. 135; Akıntürk, s. 41.

nin tarafları ve menfaati olan üçüncü kişilerce ileri sürülebilir. Hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur.⁸⁴

“Kendine özgü geçersizlik” olarak nitelendirilen **yeni görüş** ise, şekle aykırılık nedeni ile **sözleşmenin mutlak butlanla batıl olmadığını**, kendine özgü bir geçersizlik durumunun söz konusu olduğunu kabul etmektedir.⁸⁵ Bu görüşe göre, **taraflar şekle aykırı sözleşmeden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek, her türlü yanılmadan uzak olarak ifa etmişlerse, sözleşme geçerlilik kazanır.** İfadan sonra taraflar ifanın iadesini isteyemezler. Bu şeklin koruma amacına ters düşen bir yaklaşım olur. Sözleşmenin bilerek ve isteyerek taraflarca ifa edilmesi durumunda baştan itibaren geçersiz sözleşme, sanki geçerli bir sözleşme gibi, taraflardan biri şekil eksikliğini ileri sürene kadar hüküm ve sonuçlarını doğurur. Sözleşme, ancak taraflardan biri şekil eksikliğini ileri sürdüğü takdirde geçersiz olur. Bu görüşe göre, hâkim şekil eksikliğini kendiliğinden göz önünde bulunduramaz.⁸⁶ Bende kendine özgü geçersizlik görüşüne katılmaktayım. Sözleşme ilişkisi kişisel yani sadece sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülebilecek bir hak doğurur, bu sözleşmenin geçersizliği de kural olarak tarafları açısından bir hukuki sonuç oluşturur. Bu nedenle geçersizliği ileri sürmek hakkı da sözleşmenin taraflarına ait olmalıdır. Taraflardan biri şekil eksikliğini ileri sürmediği sürece sözleşmenin geçerli bir sözleşme olarak sonuçlarını doğurduğu, ancak taraflardan biri şekil eksikliğini ifadan önce ileri sürdüğü takdirde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Kanunun şekil şartı getirdiği durumlarda, amaçlanan sözleşmenin taraflarını korumak, onları daha iyi düşünmeye sevk etmekse, taraflar şekil nedeni ile eksik sözleşmeyi bilerek ve isteyerek ifa ettikleri takdirde koruma hakkından açıkça vazgeçmişlerdir.

⁸⁴ Eren, s. 260; Ayan, s. 135; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 134 ve 502; “Yasa koyucu Borçlar Kanunundaki şekil serbestisi ilkesinden ayrılarak, temlik sözleşmesi için özel bir şekil şartı öngörmüştür. Bu şekil geçerlik (sıhhat) şartıdır. Borçlar Kanununun 11/2 maddesi gereğince de "Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz". Bundan da anlaşılacağı üzere aksine açıklık bulunmadıkça Yasanın uyulmasını emrettiği şekil bir geçerlik (sıhhat) şartıdır. Kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin kuralları emredici nitelikte olduğundan sözleşmenin şekil noksanlığı nedeniyle geçerli olup olmadığına hâkimin görevi gereği kendiliğinden dikkate alması gerekir. Orta yerde yazılı bir alacağın temlik sözleşmesi bulunmadığından Yasa, sözlü sözleşme ile yapılan temlikin muteber olmayacağını hükme bağladığından, davacı yüklenicinin yaptığı sözlü temlike dayanarak tescil talep edemez”, Yarg. 14. HD. 14.11.2006 T. 2006/13020 E. 2006/13069 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 9.5.2008).

⁸⁵ Bu görüş hakkında daha çok bilgi için Altaş, s. 134 vd.; Eren, s. 262.

⁸⁶ Altaş, s. 134 vd.; Eren, s. 262; Ayan, s. 135; Kılıçoğlu, s. 97.

Kanun koyucu emredici kanun hükmü ile alacağın temlikine ilişkin sözleşmelerin geçerli olmasını yazılı olarak yapılması şartına bağlamış olduğundan baskın görüşe göre, yüklenici ile alıcı arasında yazılı şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşme, sözleşmenin kurulması anından itibaren batıl olup, taraflar açısından hak ve borç doğurmaz. Şekil eksikliği nedeni ile geçersiz sözleşme ile taahhüt edilen edimin yerine getirilmesine gerek yoktur. Kanunda öngörülen yazılı şekil şartına ilişkin hüküm emredici nitelikte olup tarafların bu kanun hükmünü anlaşılarak oradan kaldırmaları mümkün değildir. Şekil eksikliği hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur.⁸⁷

Yazılı şekilde yapılmayan ve bu nedenle kurulduğu andan itibaren geçersiz olan temlik sözleşmesi sonradan tarafların kabulü, ikrarı ya da sözleşmeyi ifa etmeleri ile geçerlilik kazanamaz.⁸⁸ Geçersiz sözleşmeye dayanarak ifada bulunan taraflar sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davası ile verdikleri şeyi geri alabilirler.⁸⁹ Batıl olan sözleşme butlan nedeni ile zarar görecekt üçüncü kişinin iyi niyetli olması nedeni ile geçerlilik kazanmaz.⁹⁰

Ancak bu konuda bir istisna öngörülmüştür. Geçersiz sözleşmenin bilerek ve isteyerek tümüyle ifa edilmesinin ardından, sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmenin somut olay bakımından dürüstlük ilkesine açıkça aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması hallerinde, taraflar şekil eksikliği nedeni ile sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremezler.⁹¹

⁸⁷ Reisoğlu, s. 66; Eren, s. 261.

⁸⁸ Kartal, s. 51; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 320 dip not 3; Eren, s. 260.

⁸⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 503; Eren, s. 260 vd.; “Dava, satım ve inşaat sözleşmesinin feshi ile verilenlerin iadesi talebine ilişkindir. Dava konusu sözleşme, mülkiyeti nakil borcu içerdiğinden resmi şekilde yapılması gerekirken, adi şekilde düzenlendiğinden geçersizdir. Geçerli olmayan sözleşmenin feshinden bahsedilemez. Ancak taraflar birbirlerine verdiklerini iade ile yükümlüdürler”, Yarg. 15. HD. 22.11.2001 T. 2001/3323 E. 2001/5372 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 30.4.2008).

⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 505.

⁹¹ Eren, s. 261; Ayan, s. 135 vd.; Reisoğlu, s. 67; Kılıçoğlu, s. 101 vd.; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 137 vd.; Altaş, s. 238 vd.

B) Yüklenici ile Arsa Sahibi Arasında Yapılan Sözleşmenin Şekli ve Şekle Aykırlığın Alıcıya Etkisi

1) Yüklenici ile Arsa Sahibi Arasında Yapılan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şekli

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satımı ile eser sözleşmesinin unsurlarını taşıyan karma nitelikte bir sözleşme olması⁹² ve sözleşmenin eser yapma borcuna karşılık taşınmaz mülkiyetinin devri veya devrinin vaad edilmesi nedeni ile resmi şekilde düzenlenme zorunluluğu vardır.⁹³ Yasa taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmelerin geçerli olmasını resmi biçimde yapılması şartına bağlamıştır. Resmi ve düzenleme biçimde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak geçerli olmaz.⁹⁴

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamada düzenleme şeklinde satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak noterler tarafından düzenlenmektedir. Sözleşmenin mutlaka noter huzurunda ve noter tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Arsa sahibi ile yüklenici arasında haricen düzenlenen sözleşmenin notere tasdik ettirilmesi halinde şekil şartı gerçekleştirilmiş olmaz. Sözleşme şekil yönünden geçersiz kabul edilir.⁹⁵

Resmi şekilde düzenlenmesi gereken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sonradan değiştirilmesi, ortadan kaldırılması ya da taraflara ek yükümlülükler geti-

⁹² Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 15; Kartal, s. 22 vd.; Öz, s. 19; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 29 vd..

⁹³ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 15 vd.; Kartal, s. 42; Yavuz, s. 373; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 32; Öz, s. 19 vd.; Kostakoğlu, s. 65; Gülal, s. 1153; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 29.

⁹⁴ Kartal, s. 42 vd.; "...davacının mülkiyetini davalı-ya devir borcu yönünden, satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanacaktır (MK. m. 634, BK. m. 213, Tapu K. m. 26, Noterlik Yasası m. 60).Hal böyle olunca da, davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya aktarma (devir) borcu için, Yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır. Çünkü, böyle bir sözleşmenin geçerli olması, resmi biçimde yapılmasına bağlıdır (Kenan Tunçomağ; Borçlar Hukuk Dersleri - Özel Borç İlişkileri - Cilt II - İstanbul 1967, sahife 434-435), (Becker - m. 363, N. 11). Gerçekten, bir taşınmaz malın veya payının mülkiyetinin başkasına devri, ya da devir vaadini öngören sözleşmelerin geçerli sayılmasına MK.'nun 634, BK.'nun 213 ve Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca, tapu sicil muhafızı tarafından veya 1512 sayılı Noterlik Yasasının 60. maddesi buyruğuna göre noterlerce resen düzenlenmesine bağlıdır. Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Çünkü burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle ki, gerek mahkeme ve gerekse Yargıtayca doğrudan doğruya göz önünde tutulur...", YHGK. 9.6.1982 T. 1979/15-1613 E. 1982/565 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 1.5.2008); Uygur, (İnşaat Hukuku), s. 37.

⁹⁵ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 17 vd.

rilmesi hallerinde yapılacak sözleşme değişikliklerinin yine resmi şekle uygun olarak yapılması şartı aranır.⁹⁶

2) Yüklenici ile Arsa Sahibi Arasında Yapılan Sözleşmenin Şekle Aykırı Olmasının Sonuçları

Resmi şekilde düzenlenmeyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak geçersizdir. Sözleşme tarafları açısından hak ve borç doğurmaz. Yargıtay uygulaması ile öğretide baskın olan görüş, resmi şekil şartına uygun olarak düzenlenmeyen sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu yönündedir.⁹⁷ Sözleşme hükümsüz olması nedeni ile sözleşme ile borçlanılan edimin ifa edilme zorunluluğu yoktur. Şekil eksikliği nedeni ile geçersiz olan sözleşme aradan zaman geçmesi ya da sözleşmeye icazet verilmesi ile geçerlilik kazanmaz⁹⁸. Sözleşmenin tarafları açısından yerine getirilmiş bir edim varsa edimi ifa eden taraf, diğer taraftan bu edimini nedensiz zenginleşme ya da istihkak davası yolu ile geri isteyebilir.⁹⁹ Sözleşmenin şekle aykırı olması nedeni ile geçersiz olduğunu tarafların ileri sürmesine gerek olmaksızın hâkim kendiliğinden göz önünde bulundurur. Sözleşmenin geçersizliği ilgili üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir.¹⁰⁰

Ancak şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmenin mutlak geçersiz sayılması gerektiği görüşünün aşıldığı iki durum söz konusudur. Sözleşmede yer alan edimlerin

⁹⁶ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 17; Kartal, s. 43; Altaş, s. 81; “..Arsa malikleri ile yüklenici arasında düzenlenen inşaat sözleşmesi noterde düzenlenmiştir....ilk sözleşmede değişiklik yapan ikinci sözleşmenin de noterde düzenlenmesi gerekir...”, Yarg. 14. HD. 8.111999 T. 1999/7459 E. 1999/7717 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 1.5.2008).

⁹⁷ Yavuz, s. 374; Kartal, s. 57; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 20.

⁹⁸ Kartal, s. 57; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 38.

⁹⁹ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 16; Kartal, s. 56 vd.; “Davalı arsa sahibi ile diğer davalı yüklenici arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi, yasalarımızın öngördüğü şekil koşuluna uygun olarak resmi biçimde yapılmamıştır. Öte yandan, yüklenici bu sözleşmede öngörülen edimini yerine getirip inşaatı tamamlamadığı, ancak % 65-68 seviyesine kadar getirebildiği için MK. nun 2. maddesi gözetilerek sözleşmeye geçerlilik tanınması da mümkün değildir. Hal böyle olunca, davalılar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuken geçersiz bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir. Davacı ile davalı yüklenici arasındaki tapulu taşınmazın satışına ilişkin 13.4.1990 tarihli sözleşme de resmi biçimde yapılmadığından geçersizdir. Diğer taraftan, davalılar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olduğu için, yüklenicinin arsa sahibine karşı doğmuş bir şahsi hakkı yoktur. O nedenle, bu sözleşmenin yüklenicinin şahsi hakkının davacıya temlik olarak kabulü de mümkün değildir. Hukuken geçersiz olan sözleşmeler taraflarına, geçerli sözleşmelerde olduğu gibi hak ve borç doğurmaz. O sebeple, davacı ancak bu geçersiz sözleşme gereğince davalı yükleniciye verdiği satış bedelini haksız iktisap kuralları uyarınca geri isteyebilir. Bu durumda taraflar arasındaki uyumsuzluğun, haksız iktisap kurallarına uygun çözümlenmesi ve tasfiye edilmesi gerekir...”, Yarg. 13. HD. 25.2.1997 T. 1996/11384 E. 1997/ 1392 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 1.5.2008).

¹⁰⁰ Kartal, s. 57.

taraflarca bilerek ve isteyerek ifa edilmesi halinde, taraflar sözleşmenin şekil eksikliği nedeni ile geçersiz olduğunu ileri süremezler. Taraflardan her hangi birinin sözleşmenin şekle aykırı olarak düzenlenmesi nedeni ile geçersiz olduğu yönündeki itirazı hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilir ve kabul edilmez.¹⁰¹ Ayrıca şekil eksikliğine karşı tarafı aldatmak ve onda güven uyandırmak sureti ile kasten neden olan kişi, sözleşmenin kuruluşundan sonra şekil eksikliği nedeni ile bu sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremez.¹⁰²

3) Sözleşmenin Şekle Aykırılık Nedeni ile Geçersizliğin Alıcıya Etkisi

Resmi şekilde düzenlenmeyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olup, hukuki açıdan hüküm doğurmaz. Yüklenicinin arsa payı alacağını alıcıya devir ve temlik edebilmesi kural olarak arsa sahibine karşı böyle bir hakkın varlığı halinde mümkündür. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşme şekle aykırı yapılması halinde baştan itibaren geçersiz olduğundan, yüklenici bu geçersiz sözleşmeye dayanarak arsa payının devrini talep edemez. Bu nedenle geçersiz sözleşmeye dayanarak, doğmamış olan arsa payı alacağını alıcı üçüncü kişilere temlik edemez. Geçersiz sözleşmeye dayanarak yapılan bu temliklerde geçersiz olacaktır.

¹⁰¹ Kartal, s. 57; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 22; Yavuz, s. 374 vd.; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 39; “..Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakim MK. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi..”, YİBGK. 30.9.1988 T. 1987/2 E. 1988/2 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 4.5.2008).

¹⁰² Kartal, s. 58; Ayan, s. 136; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 39 vd.; Altaş, s. 190; “.. Davalıların, haricen düzenlenen senetle dava konusu daireyi davacıya satıp teslim ettikleri, taksitli bağlanan satış bedelini kabul edip aldıkları, hatta bir ara bakiye bedel ödendiğinde tapuyu verecekleri konusunda davacıya tam bir güven verdikleri, geçersiz bulunan sözleşmeyi benimseyerek davacı aleyhinde hiç bir yasal girişimde bulunmadıkları, davacı tarafından asliye hukuk mahkemesine davanın açılmasından ve belirtilen gerekçeyle reddedilip kesinleşmesinden sonra taşınmazı kayden bir başkasına sattıkları, böylece davacıda akdin ifa edileceği fikrini uyandırarak geçersiz akdi yapmaya yönelttikleri, sözleşmedeki taahhütlerini yerine getireceklerine dair davacıda tam bir güven yarattıkları, zaman içinde de bu güveni sürdürüp devam ettirdikleri taşınmazın sonradan değer artışından yararlanmak sözleşmeyi imkânsız hale getirerek ondan kurtulmak istedikleri anlaşılmaktadır. Davalıların satım sözleşmesinin şekil noksanlığı nedeni ile geçersizliğini ileri sürmeleri MK. nun 2. Maddesinde ifadesini bulan iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır...”, Yarg. 13. HD. 24.3.1995 T. 1995/2203 E. 1995/2905 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 4.5.2008).

Yargıtay çeşitli kararlarında şekle aykırılık nedeni ile geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre yüklenicinin arsa sahibine karşı bir hakkının doğmayacağı ve bu nedenle hukuken var olmayan bu hakkını üçüncü kişilere devir etmesi halinde bu devrin üçüncü kişiler açısından da hak sağlamayacağı görüşüne yer vermiştir.¹⁰³

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle aykırılık nedeni ile geçersiz olması durumunda temlik sözleşmesi de geçersiz olacağından alıcı yükleniciye ödediği satım bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilir.

Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan sözleşme resmi şekil şartına uygun olarak düzenlenmemekle birlikte, sözleşmenin taraflarından biri sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek edimini tamamen ya da tamamına yakın bir kısmını yerine getirmişse, sözleşmenin diğer tarafının sözleşmenin şekil şartına aykırılık nedeni ile geçersiz olduğunu ileri sürerek edimini yerine getirmekten kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.¹⁰⁴ Ayrıca geçersiz sözleşmeye rağmen karşılıklı edimlerin tamamının ifa edilmiş olması halinde de sözleşmenin tarafları sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürerek, edimlerin sebepsiz zenginleşme ya da istirdat davası yolu ile geri verilmesini talep edemez.¹⁰⁵ Sözleşme şekil şartına uygun olarak düzenlenmediği halde arsa sahibi

¹⁰³ Yarg. 14. HD. 7.7.2005 T. 2005/33E. 2005/6976 Kr.; YHGK. 9.6.1982 T. 1979/15-1613 E. 1982/565 Kr.(karar metni için bkz.dip not 129), Yarg. 13. HD. 25.2.1997 T. 1996/11384 E. 1997/1392 Kr. (Karar metni için bkz. dip not 134), (İçtihat Bilgi Bankası, 1.5.2008).

¹⁰⁴ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 23; Altaş, s. 196 vd.; "MK. 'nun 634. Maddesinde tapulu taşınmazların mülkiyetini nakledici nitelikteki bütün sözleşmelerin resmi biçimde yapılması öngörülmüş, ayrıca BK. 'nun 213. Maddesinde ise tapulu kayıtlı taşınmazlar hakkındaki satış ve satışı vaad sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerektiğine işaret edilmiştir. Yasalarımızda belirtilen şekil koşuluna uyulmadan yapılan sözleşmeler de kural olarak batıldır. Geçersizdir(BK 11/2 md.). Şekle aykırılık o hukuki işlemin herhangi bir hüküm doğurmasına olanak vermez. Değişik bir anlatımla taraflarına alacak ve borç tevhit etmez. Dolayısıyla da taraflarından biri, o sözleşmenin, hukuki işlemin batıl (geçersiz) olduğunu öne sürerek sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmekten kaçınabilir. Davalının ekonomik zorluktan kurtulup, şüphalı taşınmazları adına tescil ettirdikten sonra sıra kendi ediminin ifasına geldiğinde kendi konumunu garanti göreyerek bu defa sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınma hakkını kullanması toplumun hak ve adalet duygularını da rencide eder ve toplumun adalete olan saygınlığının kaybolmasına neden olur. 2. Şekil noksanı nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmedeki edim ve karşı edimler fiilen ifa edilmemiş olsa dahi bir tarafın a) Yasada öngörülen şeklin gerçekleşmesinde kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olduğunun, b) Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duygularını rencide ettiği veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, aksine sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığının, c) Edimini mutlaka ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmiş olduğunun, anlaşılması halinde dahi şekil eksikliğini ileri sürerek, edimini ifa etmekten kaçınması "bir hakkın kötüye kullanılması yasağına" aykırılık teşkil edeceği ve bu halde de diğer tarafın geçerli sözleşmelerde olduğu gibi şekil noksanı nedeniyle geçersiz olan sözleşmenin aynen ifasını veya ifa edilmemesinden doğan olumlu zararlarını isteyebileceği kabul edilmelidir... ", Yarg. 13. HD. 22.11.1996 T. 1996/8841 E. 1996/10366 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 5.5.2008).

¹⁰⁵ Kostakoğlu, s. 67; Altaş, s. 247.

arsasını yükleniciye teslim etmiş ve yüklenicide kendisine düşen edimi yerine getirerek inşaatı tamamlamış ise, taraflar artık sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremezler.¹⁰⁶ İleri sürmeleri halinde bu hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilir ve dürüstlük kuralına aykırılık nedeni ile böyle bir talep kabul edilmez.

Şekle aykırılığının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği durumlarda, geçersiz sözleşmeye rağmen yüklenici sözleşmenin ifa edileceği inancı ile arsa sahibine güvenerek inşaatı tamamlayıp, arsa sahibine teslim etmişse, arsa sahibi artık yüklenici ile arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle aykırılık nedeni ile geçersiz olduğunu ileri süremez. Alıcı arsa sahibine karşı kişisel hakka dayalı olarak tescil davası açarak, temlik aldığı arsa payının kendi adına tescilini talep edebilir.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Kostakoğlu, s. 67 vd.

¹⁰⁷ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 24 vd.; Kostakoğlu, s. 67 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN ARSA PAYININ DEVİRİNE İLİŞKİN SATIM SÖZLEŞMESİNİN ALACAĞIN TEMLİK NİTELİĞİ

§ 5. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN ARSA PAYININ DEVİRİNE İLİŞKİN SATIM SÖZLEŞMESİNİN TEMLİK NİTELİĞİ

I. Genel Olarak

Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği kendisine arsa sahibi tarafından ödenecek olan ücreti, genelde para olarak değil, arsa üzerine inşa ettiği bina-
dan arsa payı devir almak sureti ile almaktadır. Eser sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmadığı takdirde ücret eser tamamlanıp teslim edildiği zaman ödenir. Ücret alacağı eserin iş sahibine teslimi anında muaccel olur. Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim ettiği zaman ücret alacağı muaccel hale gelir.¹⁰⁸

Yüklenici arsa sahibi ile yaptığı sözleşme gereğince inşaata başladığında, ücret olarak kendisine devir edilecek bu arsa paylarını ücret alacağı henüz muaccel olmadan yani arsa payı kendi adına devir edilmeden ya da arsa payının devrine ilişkin kişisel alacak hakkı doğmadan çok önce alıcılara adi satış sözleşmeleri ya da noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile satmaktadır. Yüklenici bu satım karşılığında aldığı satım bedellerini inşaatın tamamlanması için kullanılmakta; inşaat büyük ölçüde bu satışlardan elde edilen bedeller ile maddi açıdan zorlanmadan finanse edilmekte ve inşaat daha kolay tamamlanmaktadır.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Kartal, s. 109; Yavuz, s. 354 vd.; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 49; Olgaç, s. 730 vd.; Zevkliler, s. 342 vd.; Aral, s. 376.

¹⁰⁹ "alacağı temlikli hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması mümkündür. Aslında arsa sahibinin kural olarak BK. m. 364 uyarınca eserin tesliminde vermesi gereken arsa payını, inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi, yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan arsa payı ile inşaat tamamlanıp kat mülkiyetine geçildiğinde bu arsa payına karşılık gelecek **bağımsız bölümün satım ve teslimine ilişkin bu sözleşme öncelikle bir taşınmaz satım sözleşmesidir.** Bu satım sözleşmesi ile yüklenici alacağı satım bedeli karşılığında, sözleşme konusu arsa payı ve inşaat tamamlandığında bu arsa payına karşılık gelecek Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi bağımsız bölümün mülkiyetini alıcıya satıp mülkiyetini geçirmek konusunda taahhütte bulunmaktadır. Alıcı ise, ileride tamamlanacak bağımsız bölüm için kararlaştırılan satım bedelini ödeme borcunu yüklenmektedir. Yüklenicinin yapılan bu sözleşme ile satım ve mülkiyetini geçirme borcunu yüklediği arsa payı, aynı zamanda, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme gereği kendisine verilmesi kararlaştırılan ve arsa sahibinden sözleşme gereği alacağı olan arsa payıdır. **Yüklenici alıcı ile yaptığı satım sözleşmesi ile arsa sahibinden sözleşme gereği arsa payının devrini talep etme konusundaki kişisel alacak hakkını satıp alıcıya temlik etmektedir.** Yapılan taşınmaz satım sözleşmesi, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan kişisel alacak hakkını alıcıya temlik etmesinin hukuki sebebidir.

Yüklenici arsa sahibi ile yaptığı inşaat sözleşmesi gereğince üzerine düşen edimi yerine getirerek inşaatı sözleşmede öngörülen biçimde tamamladığı ve arsa sahibine teslim ettiği takdirde, arsa sahibine karşı arsa payı alacağının devrini talep konusunda kişisel bir alacak hakkı kazanır. Yüklenicinin alıcaya sattığı arsa payı, bu kişisel hakkın konusu olan arsa payı olduğundan, gerek Yargıtay ve gerekse öğreti taraflar arasında yapılan arsa payının devrine ilişkin bu satım sözleşmesinin alacağın temlik hükmünde olduğu konusunda birleşmektedir.¹¹⁰ Yüklenici ile alıcı arasında yapılan arsa payı ve bu paya karşılık gelen bağımsız bölümün satışına ilişkin sözleşme alacağın temlik olarak kabul edildiğinden bu bölümde sözleşmenin temlik niteliği üzerinde duracağız.

sağlaması, arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırması demektir...”, Yarg. 14.HD. 17.4.2008 T. 2008/4897 E. 2008/5276 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 5.5.2008).

¹¹⁰ Kartal, s. 50; Öz, s. 93 vd.; “Arsa sahipleri ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptıktan sonra, kendisine düşen daireyi yazılı olarak satan yüklenicinin bu davranışı, alacağın temlik hükmündedir..”, Yarg. 13. HD. 10.11.1997 T. 1997/6627 E. 1997/8983 Kr; “yüklenici arsa sahibine karşı edimini yerine getirirse, kişisel hak kazanır ve eser sözleşmesi gereğince, kendisine bırakılan dairelerin tescilini isteyebileceği gibi bu şahsi hakkını üçüncü kişilere yazılı olmak koşulu ile temlik edebilir.”, Yarg. 14. HD. 30.5.2000 T. 2000/3616 E. 2000/3837 Kr, 13. HD. 15.11.1990 T. 1999/7739 E. 1999/8370 Kr, 13. HD. 8.2.2000 T. 1999/8918 E. 2000/870 Kr, (İçtihat Bilgi Bankası, 5.5.2008).

II. Alacağın Temliki

A) Alacağın Temliki Kavramı ve Tanımı

*Alacağın temliki, bir borç ilişkisinden doğan alacak hakkının borçlunun rızasına gerek kalmaksızın anlaşma, kanun hükmü ya da bir mahkeme kararına dayanarak üçüncü kişiye devir edilmesi yani alacağın alacaklısının değişmesi işlemidir.*¹¹¹ Alacağın temlik edilmesi ile birlikte alacak hakkı alacağa bağlı tüm imtiyaz ve fer'ilerle birlikte alacağı devralan üçüncü kişiye geçer. Alacağı temlik alan alacak üzerinde tasarruf yetkisi ve alacağı talep etme hakkını kazanırken, alacak hakkını devir eden temlik eden alacaklı sıfatı ile birlikte alacak üzerinde tasarrufta bulunma hakkını kaybeder.¹¹²

Alacağın temlik edilmesindeki amaç, borç ilişkisinden kaynaklanan belli bir talep hakkının (bir alacak hakkının), bu borç ilişkisi dışında kalan üçüncü bir kişiye devir edilmesidir. Alacak temlik edilirken, **temlik eden ile temlik edilen alacağın borçlusu arasında bulunan hukuki ilişki değil, sadece bu hukuki ilişkiden doğan alacak hakkı devir edilmektedir.** Bu nedenle temlik eden alacaklı yapılan temlik işleminden sonrada, temlik edilen alacağa ilişkin borç ilişkisinde kendisine düşen ödevleri yerine getirmekle yükümlü olur.¹¹³

B) Alacağın Temliki Çeşitleri

Alacağın temlikine ilişkin olarak verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere; alacağın temliki üç şekilde mümkündür.

1) Kanuni Temlik

Bir alacağın kanunda öngörülen hallerin gerçekleşmesi ile her hangi bir işleme ve önceki alacaklının rızasına gerek kalmaksızın üçüncü kişilere geçmesine kanuni temlik

¹¹¹ Ayan, s. 37; Eren, s. 1176; Kartal, s. 50; Reisoğlu, s. 403; Kılıçoğlu, s. 595 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 826; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 316 vd.; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 54 vd.; Aral, Top Yekün Temlik, AÜHFD., C. 42, S. 1-4, 1991/92, s. 94.

¹¹² Eren, s. 1176; Reisoğlu, s. 401; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 330 vd.; Kılıçoğlu, s. 597.

¹¹³ Reisoğlu, s. 402; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 57 vd.; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.II, s. 694.

adı verilir.¹¹⁴ Kanuni temlik niteliği itibarı ile hukuki işlem olmadığından alacağın üçüncü kişiye geçmesi için her hangi bir şekil şartına uyulmasına gerek yoktur. Alacağın temliki için alacaklının irade beyanına gereksinim olmadığından kanuni temlik durumunda irade sakatlığı ya da şekil eksikliği söz konusu olmaz.¹¹⁵

Kanuni temlik, genel olarak eski alacaklı ile yeni alacaklı arasında bir halefiyet ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda ve miras hukukunda gerçekleşir.¹¹⁶

2) Yargı Kararı ile Temlik

Yargı kararı ile temlikte, temlik hâkim tarafından verilen bir karar neticesinde gerçekleşir.¹¹⁷ Bu durumda alacak, alacaklının rızası aranmaksızın üçüncü kişiye hâkimin verdiği bir karar neticesinde geçer.¹¹⁸ Yargı kararı ile temlik, ancak alacağın hâkim tarafından verilecek karar ile üçüncü kişiye geçmesi yani hâkim kararı ile alacaklı sıfatının değişmesi halinde söz konusu olur. Alacağın tespitine ilişkin hüküm alacağın yargı kararı ile temliki niteliğinde değildir.¹¹⁹

Yargı kararı ile temlike ilişkin örneklerden biri temlik vaadini ifadan kaçınma halidir. Alacağı temlik edeceğini üçüncü kişiye vaad eden alacaklı bu vaadini yerine getirmediği ve alacağın temliki için yasa tarafından aranan temlik sözleşmesini yapmaktan kaçındığı hallerde kendisine alacağın temliki vaad edilen mahkemeye başvurarak bu vaadin yerine getirilmesini ve alacağın mahkeme kararı ile temlik edilmesini talep edebilir. Bu takdirde hâkim tarafından verilecek karar ile alacak alacaklının rızasına gerek kalmaksızın mahkeme kararı ile temlik vaad edilen üçüncü kişiye devredilecektir.¹²⁰

¹¹⁴ Eren, s. 1178; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 349 vd.; Kılıçoğlu, s. 595; Ayan, s. 38; Reisoğlu, s. 403; Uygur, Borçlar Genel Hükümler C.II, s. 831; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 105 vd.

¹¹⁵ Eren, s. 1178; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 105 vd.; Kılıçoğlu, s. 596.

¹¹⁶ Eren, s. 1178; Ayan, s. 38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 350; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 106.

¹¹⁷ Eren, s. 1179; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 351; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 831; Ayan, s. 39; Kılıçoğlu, s. 596; Reisoğlu, s. 403; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.II, s. 698.

¹¹⁸ Kılıçoğlu, s. 596; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 108.

¹¹⁹ Eren, s. 1179.

¹²⁰ Reisoğlu, s. 403; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 351.

3) Alacağın Rızaya Dayalı Temliki

Temlik edilecek alacağın, temlik eden ile temlik alan arasında yapılan temlik sözleşmesi gereğince doğrudan doğruya temlik alana geçirildiği temlik çeşidine “*rızai temlik*” adı verilir. Alacağın temlikinden amaç rızai temliktir.¹²¹ Kanunda yer alan düzenlemelerde rızai temlik yani sözleşmeden doğan temlike göre düzenlenmiştir.¹²²

Yüklenici ile alıcı arasında düzenlenen ve yükleniciye ait olan arsa payının devrini talep etme konusundaki kişisel alacağın devri niteliğinde bulunan bu sözleşmede rızaya dayalı temlik söz konusudur. Bu nedenle yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği açıklanırken aynı zamanda alacağın rızaya dayalı temlik konusu da birbirleri ile olan bağlantıları nedeni ile birlikte açıklanacaktır.

C) Yüklenici ile Alıcı Arasındaki Alacağın Temliki İşleminin Özellikleri

1) Temlik Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Hukuki Bir İşlemdir

Hukuki işlem, tarafların bir hakkın doğumu, devri, ortadan kalkması, değiştirilmesi, vb. bir hukuki sonuca yönelmiş irade açıklamalarıdır.¹²³ **Alacağın temliki işlemi de hukuki bir işlemdir.** Bu işlemle alacağı devreden ile alacağı devir alan arasında alacak hakkının devir edilmesine ilişkin birbirleri ile uyumlu irade açıklamaları ile temlik konusu alacak temlik edenden temlik alana geçer.¹²⁴ Temlik işleminin yapılması ile birlikte arsa sahibinden arsa payının mülkiyetini devir konusundaki alacak hakkı yükleniciden, alıcıya geçer.

2) Alacağın Temlik İşlemi Bir Tasarruf İşlemdir

Tasarruf işlemi, bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu bir başkasına geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işleme denir.¹²⁵ Tasarruf işlemi ile işlemi yapanın mal varlığın aktifinde başka bir şahıs lehine

¹²¹ Eren, s. 1180; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 109; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 318; Aral Top Yekün Temlik, AÜHFD., C.42, S. 1-4, 1991/92, s. 93.

¹²² Kılıçoğlu, s. 596.

¹²³ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 133; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 48 vd.; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 71.

¹²⁴ Eren, s. 1180; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 72.

¹²⁵ Eren, s. 160; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 74; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 189; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 58.

doğrudan doğruya bir değişim ve azalmaya meydana gelir. Tasarruf işlemi tek taraflı bir hukuki işlem şeklinde olabileceği gibi tarafların yaptıkları bir sözleşmeye de dayanabilir.¹²⁶ Alacağın temlik sözleşme niteliği taşıyan tasarruf işlemlerindedir.¹²⁷

Alacağın temlik bir kişiye ait olan alacak hakkını başka birine geçirerek alacaklı sıfatının değişmesine neden olduğu için tasarruf işlemi niteliğinde bir hukuki işlemdir. Alacak temlik edilmekle, alacaklı sıfatı değişmekte ve alacağı talep hakkı temlik edenin malvarlığının aktif kısmından çıkararak, temlik alanın malvarlığına geçmektedir. Temlik işlemi, temlik edenin mal varlığının aktifinde azalmaya temlik alanın mal varlığında ise temlik alınan alacak oranında artışa neden olmaktadır.¹²⁸ Tasarruf işlemleri bir hakka doğrudan etki eden işlemlerden olduğundan tasarrufta bulunan kişinin bu işleme konu hak üzerinde tasarrufta bulunma hak ve yetkisinin de bulunması şarttır.¹²⁹

Tasarruf işlemlerinin konusunu kural olarak haklar oluşturur. Tasarruf sahibinin beyanı ile hak değişir, kısıtlanır, devredilir ve ortadan kaldırılabilir. Tasarruf sahibi hakkın devrine ve ortadan kaldırılmasına yönelik tasarruf işlemi ancak bir kez yapabilir. Bunun nedeni yapılan tasarruf işlemi ile birlikte tasarruf hakkın işlemi yapan açısından sona ermesi ve hakla ilgili tasarruf yetkisinin işlemle birlikte bu hakkı devralana geçmiş olmasıdır.¹³⁰ Tasarruf işlemi her şeyden önce bir hakkın devrine yönelik hukuki sonuç doğurur.¹³¹ Alacağın temlik işleminde alacak hakkı devir edilmektedir.

Yüklenici arsa sahibi ile yaptığı sözleşme gereğince üzerine aldığı edimi yerine getirerek, inşaatı tamamlamış ve arsa sahibine teslim etmişse, kendi edimini yerine getirdiğinden, arsa sahibinin karşı edimi olan arsa paylarının kendi adına ya da bu hakkını devir ettiği alıcılar adına tapuya tescilini talep hakkını kazanır. Yüklenicinin arsa sahibinden arsa paylarının devrini talep etme hakkı sözleşmeden kaynaklanan bir alacak hakkıdır.

¹²⁶ Eren, s. 160; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 74 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 58 vd.

¹²⁷ Eren, s. 161; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 74; Aral Top Yekün Temlik, AÜHFD., C.42, S. 1-4, 1991/92, s. 83 vd.

¹²⁸ Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 74 vd.

¹²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 60; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 77; Kılıçoğlu, s. 597; Eren, s. 162; Aral Top Yekün Temlik, AÜHFD., C.42, S. 1-4, 1991/92, s. 94.

¹³⁰ Eren, s. 162.

¹³¹ Eren, s. 164.

Yüklenici arsa payının tescilini talep etme şeklindeki kişisel alacağını alıcı ile yaptığı satım sözleşmesi ile alıcıya devir ve temlik etmektedir. Yüklenici yaptığı bu tasarruf işlemi ile bu alacak hakkını kendi malvarlığının aktif kısmından çıkarmakta ve bu hakkı sözleşme yaptığı alıcının mal varlığına geçirmektedir. Yapılan sözleşme ile yüklenicinin aktif mal varlığında alıcının lehine bir azalma meydana gelmektedir. Temlik işleminin gerçekleşmesi ile yüklenicinin temlik ettiği alacak üzerinde tüm hakları sona ermekte, alacak yani arsa payının devrini talep etme hakkı sözleşmenin yapılması ile birlikte alıcıya geçmektedir¹³². Yüklenici temlikten sonra artık bu borcun ifasını arsa sahibinden talep edemez. Bu hakkın ifasını talep etme hakkı yeni alacaklı sıfatı ile alıcıya aittir.¹³³

Doğal olarak yüklenicinin böyle bir tasarruf işlemi yapabilmesi her şeyden önce temlik ettiği alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin bulunması gerekir. Alacağın temlik işlemi tasarruf yetkisi, bizzat temlik eden alacaklı tarafından kullanılabilir gibi onun kanuni temsilcisi ya da yetkilendirdiği biri tarafından kullanılabilir.¹³⁴ Alıcıya sattığı arsa payı ve bağlı bulunduğu bağımsız bölümün yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğinde kendisine bırakılması kararlaştırılan arsa payları ve bağımsız bölümler arasında yer alması gerekir. Yüklenici sahip olmadığı ve üzerinde tasarruf hak ve yetkisinin bulunmadığı bir alacak hakkını alıcıya temlik edemez.¹³⁵ Tasarruf yetkisi olmadan yapılan bu temlik işlemi hukuki açıdan her hangi bir

¹³² Kılıçoğlu, s. 597; Reisoğlu, s. 401.

¹³³ Reisoğlu, s. 401; “Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasına bakmaksızın alacaklı alacağını üçüncü şahıslara temlik edebilir. Borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu bilcümle def’ileri temellük edene karşı da ileri sürmek hakkına sahiptir. BK. nun 162. maddesince alacaklının alacağını tahriri şekilde (BK. m. 163) temlik etmesi üzerine alacak, borçlunun malvarlığından çıkarak alacaklının mal varlığına (mamelek) girmiş olur. Bu vaziyette temellük eden kişi alacaklı yerine geçer. Temlik eden kişinin borçlu ile hukuki ilişkisi kesildiğinden bu takdirde alacağın tahsilini dava ve talep etmek hakkı, onun maliki durumuna geçmiş olan temellük eden kişiye aittir. ...Davacı sıfatıyla dava açan kimsenin dava konusu hak üzerinde bir tasarruf yetkisi olmalıdır. Davadan önce alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmayacağından bu alacağını dava yolu ile takip edemez. Bir davada kişilerin davacı ve davalı olmak sıfatları hâkimin görevinden ötürü (re’sen) veya davalının itirazı üzerine incelenir...”, Yarg. 15. HD. 29.3.1977 T. 1976/3126 E. 1977/751 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 11.5.2008).

¹³⁴ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 827; Aral, Top Yekün Temlik, AÜHFD., C.42, S.1-4, 1991/92, s. 94

¹³⁵ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 827; Eren, s. 1180; “.. Davacı, davalıların dava dışı yüklenici ile yaptıkları kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile inşaatı yapan yüklenici firmadan haricen düzenlenen sözleşme ile inşaa edilmekte olan 11 nolu daireyi sözleşmede de belirtildiği üzere yarım bir şekilde kendisi tamamlamak üzere satın alıp bilahare bu daireyi tamamlayarak oturabilir hale getirmiştir. Bilahare yüklenici ile arsa sahipleri arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de fesih edildiği, davacıya yüklenici tarafından tapuda dairenin devrinin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu hususlar taraflar arasında da çekişmesizdir. Davacı ile davalılar arasında sözleşme ilişkisi olmadığı için, ayrıca davacı ile dava dışı yüklenici arasındaki sözleşme alacağın temlik niteliğinde olup, yüklenici edimlerini yerine getirmediğinden kazandığı ve temlik edeceği bir hakkının olmadığı, dolayısı ile davacıya yaptığı temlikin

hüküm ve sonuç doğurmaz¹³⁶. Ancak temlik sırasında tasarruf yetkisi bulunmayan alacaklı, bilahare bu yetkiyi kazandığı takdirde yaptığı temlik işlemi geçerlilik kazanır.¹³⁷

3) Alacağın Temlik İşlemi Yazılı Bir Sözleşmedir

Alacağın temlik işlemi tek taraflı bir hukuki işlem değildir.¹³⁸ Alacağın temlik işleminin gerçekleşebilmesi için temlik edenin tek taraflı hukuki işlemi yeterli olmayıp, temlik alanında ayrıca bu temlik işlemi kabul etmesi yani açık ya da örtülü temlike ilişkin rızasının bulunması gerekir.¹³⁹ Buna göre alacağın temlik, temlik eden alacaklı ile alacağı temlik alan üçüncü kişi arasında düzenlenen bir sözleşmedir.¹⁴⁰ Temlik işleminin gerçekleşmesini yani alacağın temlik edenden temlik alana geçmesini sağlayan olgu, temlik eden ile temlik alan arasında yapılacak sözleşmedir.¹⁴¹

Temlik iki taraflı bir hukuki işlem yani sözleşmedir.¹⁴² Diğer tüm sözleşmeler gibi bu sözleşmede temlik eden ile temlik alanın birbirine uygun karşılıklı irade açıklamaları ile kurulur.¹⁴³ Temlik sözleşmesi yapılırken temlik eden kendisine ait alacak hakkı üzerinde temlik alan lehine tasarrufta bulunma iradesini açıklamakta, bunun karşılığında temlik alanda kendisi lehine yapılan bu temlik işlemi kabul ederek sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanını ortaya koymaktadır. Karşılıklı olarak ortaya konulan ve birbirleri ile uyumlu olan bu irade açıklamaları ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaktadır.¹⁴⁴

Temlik eden ile temlik alan arasında düzenlenen bu sözleşmeye borçlunun katılmasına gerek yoktur.¹⁴⁵ Bu husus Borçlar Kanunu m. 164 'de açıkça öngörül-

hukuki sonuç doğurmayacağından, davacı arsa sahibi olan davalılardan dairesinin değerini, diğer bir anlatımla ifa menfaatini isteyemez ise de daireyi tamamlanmamış olarak satın aldıktan sonra dairesinin tamamlanması için yaptığı masrafları isteyebilir...”, Yarg. 13. HD. 8.3.2004 T. 2003/11101 E. 2004/2846 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 11.5.2008).

¹³⁶ Eren, s. 1180.

¹³⁷ Eren, s. 1181; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 827.

¹³⁸ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 827.

¹³⁹ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 826.

¹⁴⁰ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 827; Eren, s. 1181; Reisoğlu, s. 403.

¹⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 318; Eren, s. 1181; Ayan, s. 40; Kılıçoğlu, s. 600; Reisoğlu, s. 403.

¹⁴² Dayınlarlı, Alacağın temlik, s. 78; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 826.

¹⁴³ Eren, s. 218; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 79; Kılıçoğlu, s. 37.

¹⁴⁴ Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 79.

¹⁴⁵ Ayan, s. 40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 318; Kılıçoğlu, s. 601; Reisoğlu, s. 404; “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olan yüklenici edimleri yerine getirdiğinde kazanacağı kişisel hakkını doğrudan arsa sahibinden talep edebileceği gibi bu hakkı Borçlar Kanununun 162 ve

müştür. Buna göre “Alacağın temliki kanun veya mahkeme kararı mucibince vukubulduğu halde bir gûna merasime tâbi olmaksızın ve evvelki alacaklı tarafından rıza izhar edilmesine bile ihtiyac bulunmaksızın üçünü şahıslara karşı dermeyan edilebilir”.

Alacağın temliki borç doğuran bir sözleşme değildir.¹⁴⁶ Çünkü temlik işlemi ile yeni bir alacak hakkı doğmaz. Temlik var olan bir alacak hakkını, temlik edenin malvarlığından temlik alanın malvarlığına geçiren bir tasarruf işlemidir.¹⁴⁷ Yüklenici ile alıcı arasında yapılan temlikte yeni bir alacak hakkı doğurmamakta, yüklenici var olan ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan arsa payının mülkiyetini talep etme konusundaki kişisel alacak hakkını devir etmektedir.

Alacağın temliki Borçlar Kanunu m. 163/I 'e göre “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temliki muteber olmaz”. Temlik sözleşmesi yazılı yapılmalıdır. Yazılı şekilde yapılmayan temlik sözleşmeleri geçerli değildir.¹⁴⁸ Bu nedenle yüklenici ile alıcı arasında arsa payı ve inşaat tamamlandığında o paya karşılık gelecek bağımsız bölüm satışına ilişkin olarak düzenlenen bu sözleşmenin geçerli olması Borçlar Kanunu m. 163/I gereğince yazılı şekilde düzenlenmiş olması şartına bağlıdır.¹⁴⁹ Kanunda öngörülen yazılı şekil basit yazılı şekildir. Taraflar arasında yapılan sözleşmenin yazılı şekil şartına uygun olarak yapılmaması halinde bu sözleşme geçersiz olur ve taraflar açısından her hangi bir hak ve borç doğurmaz. Yüklenici ile alıcı arasında arsa payının devrine ilişkin olarak yapılan bu sözleşme kural olarak bir ivaz karşılığında yapıldığından düzenlenen bu yazılı sözleşmenin hem yüklenici hem de alıcı tarafından

devamı maddelerine dayanarak yazılı olması koşulu ile ve arsa sahibinin onamı gerekmeksizin üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir..”, Yarg. 14. HD. 7.12.2006 T. 2006/12366 E. 2006/14644 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 11.5.2008).

¹⁴⁶ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 826; Eren, s. 1181; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 77 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 318; Reisoğlu, s. 404.

¹⁴⁷ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 826; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 318.

¹⁴⁸ Ayan, s. 40; Reisoğlu, s. 404; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.II, s. 696; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 320; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 828; Eren, s. 1185; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 99; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 831; “Dava, tapu iptali ve tescil talebidir. BK.nun 163. maddesi gereğince, alacağın temliki kapsamında sözleşmeden doğan şahsi hakkın temliki, yazılı biçimde olmadıkça, geçerli olmaz. O halde, aralarında akdi ilişki kurulmadığından ve kendisine kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olduğu bildirilen arsa sahibi tarafından alacak hakkı yazılı olarak temlik edilmediğinden, yüklenici tarafından yapımı yüklenilen bağımsız bölümün bedelini davacı, davalıdan isteyemez.”, Yarg. 15. HD. 28.6.2007 T. 2007/1427 E. 2007/4401 Kr; “BK. nun temlik sözleşmesinin şeklini düzenleyen 163. maddesine göre temellük iddiasının yazılı şekilde kanıtlanması gerekir. Başka bir deyişle temlik yazılı şekle uyularak yapılmamışsa muteber olmaz...”, 14. HD. 14.11.2006 T. 2006/13020 E. 2006/13069 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

¹⁴⁹ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 831.

imzalanması gerekir. Taraflar yazılı olarak yapılan satım sözleşmesi ile temlik işleminin yazılı yapılması koşulunu yerine getirmektedirler.

D) Temlik Sözleşmesinin Sebebe Bağlı ya da Soyut Bir İşlem Olup Olmadığı Konusu

Alacağın temlik işlemi kazandırıcı bir işlemdir. Her kazandırıcı işlem gibi temlikin de hukuki bir sebebe dayanması gerekir. Temlik işleminin hukuki sebebi de alacaklının temlikte bulunma borcudur ve bu borç duruma göre bir sözleşme, vasiyetname ya da kanundan doğan bir borç olabilir.¹⁵⁰ Örneğin, alacaklı üçüncü kişiye karşı olan borcunu ifa etmek amacı ile alacağını temlik edebilir ya da temlik satım sözleşmesi nedeni ile gerçekleşmiş olabilir.¹⁵¹

Borçlar Kanununda alacağın temlikinin nedene bağlı olduğu ya da soyut bir işlem olduğu yönünde yapılmış bir düzenleme mevcut değildir.¹⁵² Öğretide temlik işleminin nedene bağlı olduğu görüşünde olan yazarlar olduğu gibi, temlik işleminin soyut bir hukuki işlem olduğu görüşünde bulunan yazarlarda mevcuttur.¹⁵³

Öğretide yer alan bir görüşe göre, alacağın temlik soyut bir hukuki işlemdir.¹⁵⁴ Bu durum alacağın temlik işleminin bir tasarruf işlemi olmasından kaynaklanmaktadır. Von Tuhr bu görüşü, “*Bütün tasarruf muameleleri gibi temlik de mücerret hukuki bir muameledir*” şeklinde ortaya koymuştur.¹⁵⁵ Temlik işleminin soyut bir işlem olduğunun kabulü durumunda temlike esas işlem geçerli olmasa ya da tamamen ortadan kalksa da usulüne uygun olarak yapılmış bulunan temlik geçerli bir temlik olur.¹⁵⁶ Temlike esas olan işlem geçersiz de olsa temlik hükmünü doğurur ve alacak karşı tarafa geçer.¹⁵⁷ Usulüne uygun yapılan ancak temlik nedeni bulunmayan böyle bir temlik sebepsiz bir iktisap sayılır ve alacağını temlik eden bu alacağını temlik alandan sebepsiz zengin-

¹⁵⁰ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 828 vd.; Eren, s. 1181.

¹⁵¹ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 828 vd.; Eren, s. 1182.

¹⁵² Dayımlarlı, Alacağın Temlik, s. 83.

¹⁵³ Dayımlarlı, Alacağın Temlik, s. 84.

¹⁵⁴ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 829; Bu görüşte olanlar için Ayan, s. 41, dip not: 64.

¹⁵⁵ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 829.

¹⁵⁶ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 829; Tekinay/Akman./Burcuoğlu/Altıp, s. 318; Eren, s. 1182 vd.

¹⁵⁷ Ayan, s. 41; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 830.

leşme hükümleri ile geri alabilir. Ancak temlik edilen alacak iade olunana kadar temlik alan kişiye aittir.¹⁵⁸

Öğretide yer alan diğer görüşe göre, alacağın temliki soyut değil sebebe bağlı bir hukuki işlemdir.¹⁵⁹ Tasarruf işlemlerinin başında gelen taşınmaz mülkiyetinin temliki işleminin sebebe bağlı olduğu Medeni Kanunda açıkça hükme bağlanmıştır. Taşınır malların temlikinde kural olarak temlik işleminin sebebe dayalı olduğu öğreti ve yargı kararlarında kabul edilmiştir. Bu nedenle alacağın temliki de aynı taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devri işlemlerinde olduğu gibi sebebe bağlı bir işlemdir.¹⁶⁰

Tasarruf işlemlerinde hukuki sebep, ilke olarak taraflar arasındaki borçlandırıcı işlemdir. Borçlandırıcı işlem, temel işlemin yani tasarruf işleminin hukuki sebebini oluşturur.¹⁶¹ Temlikin hukuki sebebini oluşturan temeldeki borçlandırıcı işlemin, örneğin, satım sözleşmesinin geçersiz olması, tasarruf işlemi olan temliki de etkiler ve onu da geçersiz kılar.¹⁶² Temlik işleminin dayanağı olan hukuki sebep yani borçlandırıcı işlem geçersiz ya da ortadan kalkmış ise, temlik işlemi usulüne uygun olarak yapılsa dahi alacak hakkını temlik edenden temlik alana geçirmez. Temlik edilen alacak hakkı temlik edenin malvarlığında kalmaya devam eder.¹⁶³ Temlik sebebini hukuken geçersiz olması ya da temlik sebebini ortadan kalkması nedeni ile temlik alana verilen belgenin iptali veya iadesi için dava açılabilir.¹⁶⁴

Ben de, alacağın temliki işleminin sebebe bağlı bir hukuki işlem olduğu ve temeldeki hukuki sebebini yani borçlandırıcı işlemin geçersiz olması halinde, alacağın temliki işleminin de geçersiz olacağı yönündeki görüşe katılıyorum.

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan kişisel alacak hakkını alıcıya temlik etmesinin hukuki sebebi, taraflar arasında yapılan ve temlikin nedenini olan satım sözleşmesidir. Yüklenici alacağını alıcı ile yaptığı satım sözleşmesi

¹⁵⁸ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 830; Ayan, s. 41; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 318 vd.; Kılıçoğlu, s. 597; Eren, s. 1182.

¹⁵⁹ Eren, s. 1183; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 90.

¹⁶⁰ Eren, s. 1183 vd.; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 90 vd.

¹⁶¹ Eren, s. 173; Aral, Top Yekün Temlik, AÜHFD., C.42, S. 1-4, 1991/92, s. 94.

¹⁶² Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 87; Eren, s. 174; Aral, Top Yekün Temlik, AÜHFD, C. 42, S. 1-4, 1991/92, s. 94.

¹⁶³ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 88; Ayan, s. 41; Eren, s. 174.

¹⁶⁴ Ayan, s. 41.

nedeni ile alıcıya devretmektedir. Satım sözleşmesinin her hangi bir nedenle geçersiz olması halinde, bu sözleşme gereğince yapılan temlikte geçersiz olacaktır.

Ayrıca temlik işleminin soyut bir hukuki işlem olduğunun kabul edilmesi halinde dahi, taraflar kendi aralarında temlik sözleşmesi düzenlerken temlik işlemini bir hukuki sebebin varlığına veya gerçekleşmesi şartına bağlayabilirler. Böyle bir anlaşma ile temliğin soyut olma özelliği ortadan kaldırır.¹⁶⁵

§ 6. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDAKİ TEMLİK SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

I. Genel Olarak

Temlik işleminin konusu alacaktır.¹⁶⁶ Von Tuhr alacağı şu şekilde tanımlamıştır: *“İki ya da daha fazla kişi arasında mevcut olan ve bunlardan birisini yani borçluyu diğer tarafa yani alacaklıya karşı edada bulunmakla mükellef kılan hukuki rabıtaya borç rabıtası denir. Borç ilişkisi alacaklı bakımından bir alacak, borçlu açısından da bir borç veya mükellefiyettir”*.¹⁶⁷ Yani alacak, alacaklı tarafından borçludan talep olunan ve borçlunun, borç ilişkisi nedeni ile yerine getirmekle yükümlü olduğu edimle ilgili olarak alacaklının kullandığı bir talep hakkıdır.¹⁶⁸ Tekinay 'a göre alacak; **“bir edimi borçludan talep etme hakkıdır”**.¹⁶⁹ *“Borç ilişkisinin içerdiği asli hak, alacak hakkı¹⁷⁰; asli yükümlülük ise, edim yükümüdür”*. Borç ilişkisinin edim yükümü ile alacak hakkı, birbirinin karşılığını oluşturan kavramlardır. Borçlu tarafından yerine getirilmekle yükümlü bulunan edim borçlu açısından bir edim yükümlülüğü yani **borcu** bu edimi talep etme hakkına sahip alacaklı için ise **alacağı** ifade eder.¹⁷¹

Alacak bir edimi yerine getirmekle yükümlü bulunan borçlunun şahsına karşı sahip olunan bir hak olması itibarı ile kişisel bir hak olarak değerlendirilir.¹⁷² Aynı haklar

¹⁶⁵ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 830; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 93; Kılıçoğlu, s. 597.

¹⁶⁶ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 839; Eren, s.1186; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 54; Kılıçoğlu, s. 597.

¹⁶⁷ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 9.

¹⁶⁸ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 54.

¹⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 17.

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, s. 13.

¹⁷¹ Eren, s. 46.

¹⁷² Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 9; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 54 vd.

mutlak haklar olup, herkese karşı ileri sürülebilirken, alacak hakkı nispi bir haktır. Alacaklı, alacak hakkını herkese karşı değil sözleşme ilişkisi içinde olduğu borçlusuna karşı ileri sürebilir.¹⁷³ Yani borç ilişkisi sadece bu ilişkinin tarafları olan borçlu ve alacaklı hakkında hüküm doğuracaktır. Bu ilişkiden kaynaklan talep hakları üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.¹⁷⁴ Ancak kişisel haklarının üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi kuralının kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan bazı istisnaları da mevcuttur. Alacak hakkının nisbi oluşuna getirilen bu istisnalarla üçüncü kişiler borç ilişkisine dâhil olmakta ve borç ilişkisi bundan sonra onlar hakkında da hüküm ve sonuç doğurmaktadır.¹⁷⁵ Alacağın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin önemli istisnaları sözleşmeden kaynaklanan şufa, iştirak, vefa ve kira sözleşmelerinin tapu siciline şerh edilmeleri halleridir.¹⁷⁶

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesinde yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan ve arsa paylarının mülkiyetini talep konusundaki kişisel alacak hakkı sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır.

II. Temlik İşlemine Konu Olabilecek Alacaklar

Kural olarak kaynağı ne olursa olsun kanun, sözleşme ya da işin mahiyeti gereği temlik edilemeyecek alacaklar dışında her tür alacak temlik işlemine konu olabilir.¹⁷⁷ Ancak bu alacağın muaccel olma zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁷⁸ Temlik edilecek alacak olağan bir alacak olabileceği gibi, şarta ya da belirli süreye bağlanmış, çekişmeli, dava konu edilmiş ya da müstakbel bir alacak olabilir. Bir alacak muaccel olmadan ya da şarta bağlı bir alacak bu şart gerçekleşmeden önce temlik edilebilir.¹⁷⁹

Müstakbel alacakların hatta temlik sözleşmesi düzenlenirken henüz mevcut olmayan alacaklarında temlik mümkündür.¹⁸⁰ Müstakbel bir alacaklar yeterince belir-

¹⁷³ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 9; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 55; Eren, s. 49.

¹⁷⁴ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 9; Eren, s. 49 vd.; Kılıçoğlu, s. 6.

¹⁷⁵ Kılıçoğlu, s. 7 vd.

¹⁷⁶ Voh Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 10

¹⁷⁷ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 55; Eren, s. 1186; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 840; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 323; Kılıçoğlu, s. 598.

¹⁷⁸ Kılıçoğlu, s. 597.

¹⁷⁹ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 846.

¹⁸⁰ Eren, s. 1186 vd.; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 55; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 327.

lenmiş ve belirlenebilir olmaları kaydıyla temlik edilebilirler.¹⁸¹ Müstakbel alacağın temlik durumunda ileride doğacak alacak hakkının kimin hukuk alanında doğacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre temlik edilen müstakbel alacak ileride doğrudan doğruya temlik alanın hukuk alanında doğar.¹⁸² Diğer görüşe göre ise, temlik edilen müstakbel alacak bir an içinde olsa temlik edenin mal varlığında doğar, daha sonra yapılan temlik gereğince otomatik olarak kendiliğinden temlik alanın mal varlığına geçer.¹⁸³

Alacaklı alacağının tamamını temlik edebileceği gibi bir kısmını da temlik edebilir. Bunun için alacağın bölünebilir nitelikte bir alacak olması gerekir. Müteselsil alacaklılardan biri de alacak hakkını temlik edebilir. Bu durumda alacağı temlik alan diğer alacaklılarla birlikte müteselsil alacaklı sıfatını kazanır.¹⁸⁴ Yüklenicinin alıcıya devrettiği alacak, arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan kişisel bir alacak hakkıdır.

Temlik işleminin yapılabilmesi için geçerli ve talep edilebilir bir alacağın varlığı şarttır.¹⁸⁵ Temlik edilen alacakla ilgili sözleşme hukuka, ahlaka, adaba aykırı ya da ifa edilmesi imkânsız olduğu için geçersiz ise, temlik bu sözleşmeyi ve bundan doğan alacağı geçerli hale getirmez. Geçersiz bir sözleşmeden doğan alacağın temlik de geçersizdir.¹⁸⁶

Bir kimsenin tüm müstakbel alacaklarını temlik edip edemeyeceği de tartışma konusudur. **Eren 'e** göre bir kimsenin belirli bir kimseyle mevcut borç ilişkisinden doğacak tüm alacak haklarını veya belirli türdeki alacak haklarının tamamını başkasına devretmesi mümkündür. Çünkü bu tür temlikte borçlunun kimliği ile temlik edilecek alacak belirli veya belirlenebilir niteliktedir. Buna karşılık bir kimsenin üçüncü kişilere karşı ileride doğacak her türlü alacak hakkını başkasına temlik etmesi, kişilik hakkının

¹⁸¹ Reisoğlu, s. 402; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 847.

¹⁸² Müstakbel bir alacağın temlikini aşağıdaki neticeyi doğurur: Temlik bulunmaksızın alacak temlik eden kimse lehine ne zaman doğacak idiyse temlik edilen kimse lehine dahi o zaman doğar. Temlik eden kimse mukaddem tasarrufu - yani yaptığı temlik - ile bağlı olup temlikin işbu neticeyi tevhit etmesine mani olmaz, Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 846; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 56.

¹⁸³ Eren, s. 1187.

¹⁸⁴ Eren, s. 1187; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 55 vd.

¹⁸⁵ Kılıçoğlu, s. 597; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 55.

¹⁸⁶ Kılıçoğlu, s. 598; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 56.

ve özellikle ticari (iktisap) ehliyet ve özgürlüğünün ahlaka aykırı olarak kısıtlanması anlamına geleceğinden böyle toplu bir temlikin Medeni Kanun m. 23 'e göre caiz ve geçerli olmaması gerekir.¹⁸⁷

Temlik işleminin konusunu asıl alacağın yanı sıra bu alacağa bağlı fer 'i hakları ve imtiyazları da kapsar.¹⁸⁸ BK. m. 168/I 'de: “*Alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dâhil olur*”, hükmü ile bu husus açıkça belirlemiştir. Temlik kapsamında yer alacak ve alacakla birlikte yeni alacaklıya geçecek fer 'i haklarının en önemlisi işlemiş faizler ve alacağı garanti etmek üzere verilmiş kefalet, menkul ve gayrimenkul rehni, hapis hakkı, ipotek gibi teminatlardır.¹⁸⁹

Temlik eden temlik ile birlikte devralana, alacak senedini ve alacağın ispatına yarayan her türlü belgeyi ve alacak hakkının kullanılabilmesi için gereken her tür bilgiyi BK. m. 168/II hükmü gereğince vermekle yükümlüdür.¹⁹⁰

III. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Sözleşmenin Konusu

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan arsa payına bağlı bağımsız bölüm satışına ilişkin sözleşmeler Yargıtay 'ın yerleşik kararları, uygulama ve öğretide alacağın temliki olarak nitelendirilmektedir.¹⁹¹ Sözleşme alacağın temliki olarak nitelendirildiği için doğal olarak taraflar arasında düzenlenen bu sözleşmenin konusunu bir alacak hakkı oluşturacaktır. Bu alacak hakkı, yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, edimini yerine getirdiği takdirde kendisine verilmesi kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetinin devrini arsa sahibinden talep etme konusundaki kişisel alacak hakkıdır.

¹⁸⁷ Eren, s. 1187; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 847; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 142 vd.

¹⁸⁸ Eren, s. 1190; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 330 vd.; Kılıçoğlu, s. 605; Ayan, s. 41 vd.; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 237.

¹⁸⁹ Reisoğlu, s. 406; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 239 vd.

¹⁹⁰ Eren, s. 1190; Reisoğlu, s. 406; Ayan s. 41 vd.; Kılıçoğlu, s. 605.

¹⁹¹ Kartal, s. 51; Yavuz, s. 374; “Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır ve bu kişisel hakkına dayanarak arsa sahibinden sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümün adına nakledilmesini isteyebilir veya yazılı olmak koşulu ile söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişiye temlik edebilir..”, Yarg. 14. HD. 25.11.2002 T. 2002/5800 E. 2002/7937 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

Yüklenici ile arsa sahibi arasında düzenlenen sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşmedir. Karşılıklı bir sözleşme olması nedeni ile sözleşmenin taraflarının ikisi de bu sözleşme ile borç altına girmektedir.¹⁹² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflardan her biri diğerine karşı asli bir edim borçlanmaktadır. Edimler arasında tam bir karşılıklık ve bağımlılık ilişkisi vardır.¹⁹³ Taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturur. Bu sözleşme de arsa sahibi ile yüklenici birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu durumundadır.¹⁹⁴

Yüklenici arsa sahibi ile yaptığı eser sözleşmesi gereğince inşaatı yapıp tamamlayarak arsa sahibine ait bağımsız bölümleri teslim etme ediminin borçlusu, buna karşılık olmak üzere edimini yerine getirdiğinde yaptığı inşaat nedeni ile kendisine ücret olarak ödenmesi kararlaştırılan arsa paylarının tescilini talep etme hakkının da alacaklısı durumundadır. Arsa sahibi de bağımsız bölüm inşası ve teslimi karşılığında arsa paylarının devir ve teslimi bakımından borçlu, inşaatın tamamlanıp teslimi konusunda da alacaklı konumundadır.¹⁹⁵

Yüklenici sözleşme hükümleri uyarınca edimini yerine getirerek inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim ettiğinde, kişisel bir hak kazanır.¹⁹⁶ Yüklenici bu kişisel

¹⁹² Yavuz, s. 370; Eren, s. 184; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 68; Ayan, s. 110; “..yüklenici şirket ile davalı arsa sahipleri arasında biçimine uygun düzenlenmiş 8.8.1995 tarihli arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunmaktadır. Bu tür sözleşmeler taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Arsa sahibinin öncelikli edimi üzerine bina yapılacak arsayı her türlü ayıptan arî olarak yükleniciye teslim etmek, yüklenicinin karşı edimi ise sözleşmeye fen ve amaca uygun bir bina meydana getirerek bu binadaki arsa sahibine bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümleri ona teslim etmekten ibarettir. Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde de sözleşmede aksine hüküm yoksa bir bakıma eser bedeli olan arsa payı devri Borçlar Kanununun 364. maddesi gereğince eserin tesliminde istenebilir. Yüklenici yapımını üstlendiği binayı sözleşmeye fen ve amacına uygun meydana getirerek arsa sahibine teslim etmişse hak kazandığı arsa payının devrini doğrudan arsa sahiplerinden isteyebileceği gibi kazandığı kişisel hakkı üçüncü kişilere de devredebilir.”; Yarg. 14. HD. 3.10.2006 T. 2006/11039 E. 2006/10309 Kr; “.. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir ”, Yarg. 14. HD. 3.7.2003 T. 2003/4656 E. 2003/5639 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

¹⁹³ Ayan, s. 110; Eren, s. 194; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 68.

¹⁹⁴ Yavuz, s. 370; Eren, s. 194; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 4.

¹⁹⁵ Yavuz, s. 370; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 4.

¹⁹⁶ Kartal, s. 54; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 177; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 707; “..Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir veyahut BK. m. 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce

hakkını arsa sahibinin onayına gerek kalmaksızın BK. m. 162 gereğince üçüncü kişilere temlik edebilir. Üçüncü kişi ile yüklenici arasında bağımsız bölüm satışı konusunda yapılan bu satım sözleşmesinde temlik konusu alacak, yüklenicinin arsa sahibinden olan arsa paylarının devrini talep etme konusunda kişisel alacak hakkıdır.

Yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan bu alacak hakkının doğumu için her şeyden önce yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olması gerekir.¹⁹⁷ Bu sözleşmenin geçerli olması sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şartına bağlanmış olduğundan, öncelikle bu alacak hakkının kaynağını oluşturacak bu sözleşmenin yasada öngörülen şekil şartına uygun olarak resmi şekilde düzenlenmiş olması gerekir.¹⁹⁸ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alan arsa taşınmaz mal niteliğindedir. Bu sözleşmelerin konusunu taşınmaz mal mülkiyetinin devri veya devrinin vaad edilmesi oluşturduğundan bu sözleşmelerin MK. m. 706, BK. m. 123, Tapu Kanunu m. 26 ve Noterlik Kanununun m. 60 ve m. 89 gereği resmi olarak düzenleme şeklinde yapılması gerekir.¹⁹⁹

Arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan sözleşme, resmi şekil şartına uygun olarak düzenlenmediği takdirde sözleşme şekil şartına aykırılık nedeni ile geçersizdir. Taraflar açısından bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.²⁰⁰ Sözleşme geçersiz olduğundan tarafların sözleşme ile yüklediği edimleri yerine getirmelerine gerek yoktur. Geçersiz sözleşmeye dayanarak alacaklı borçludan sözleşme ile yüklediği edimi yerine getirmesini isteyemez.²⁰¹

Arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşme şekle aykırılık nedeni ile geçersiz ise, geçersiz bu sözleşme tarafları açısından yani gerek arsa sahibi gerekse yüklenici açısından her hangi bir hak ve yükümlülük meydana getirmez. Geçersiz

yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir..”, YHGK. 21.10.1992 T. 1992/14-420 E. 1992/595 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası 14.5.2008).

¹⁹⁷ Kartal, s. 54; Kılıçoğlu, s. 597 vd.; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 55.

¹⁹⁸ Kartal, s. 54; Aral, Borçlar Hukuku, s. 172; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 475.

¹⁹⁹ Yavuz, s. 373; Kartal, s. 54; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 15 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 478; Oğuzman/ Seliçi, s. 337 vd.; Şener, s. 1237 vd.; Zevkliler/Havutçu, s. 72; Yavuz, s. 95 vd.; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 33; Öz, s. 19 vd.

²⁰⁰ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 20; Kartal, s. 56; Yavuz, s. 100; Zevkliler/Havutçu, s. 72 vd.; Şener, s. 1238; Oğuzman/ Seliçi, s. 343 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 37 vd.; Altaş, s. 93.

²⁰¹ Eren, s. 260; Ayan, s. 135.

sözleşme nedeni ile yüklenici açısından alıcıya devredeceği bir alacak hakkı da doğmaz. Temlik edilen alacakla ilgili sözleşme hukuka, ahlaka, adaba aykırı ya da ifa edilmesi imkânsız olduğu için geçersiz ise, temlik bu sözleşmeyi ve bundan doğan alacağı geçerli hale getirmez. Geçersiz bir sözleşmeden doğan alacağın temliki de geçersizdir.²⁰²

Temlik işleminin yapılabilmesi için geçerli ve talep edilebilir bir alacağın varlığı ön şarttır²⁰³.

Yüklenici ile arsa sahibi arasında düzenlenen ve yasada öngörülen şekil şartına uygun olarak düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenici kendi üzerine düşen edimi yerine getirdiği takdirde, lehine arsa sahibinden talep edeceği kişisel bir alacak hakkı doğar.²⁰⁴ **Yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşmenin konusunu oluşturan alacak, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümleri gereğince kendisine verilmesi kararlaştırılan, inşaat tamamlanıp arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin teslimi şartı ile arsa paylarının mülkiyetini arsa sahibinden talep etme konusundaki kişisel alacak hakkıdır.** Bu alacak hakkı geçerli olarak kurulması şartı ile sözleşme gereği mevcut geçerli bir alacak hakkıdır. Sözleşme de yüklenilen edimlerin yüklenici tarafından yerine getirilmesi halinde, bu alacak hakkının arsa sahibinden talep edilebilme koşulu da gerçekleşir.²⁰⁵ Yüklenici bu kişisel

²⁰² Kılıçoğlu, s. 598; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 56.

²⁰³ Kılıçoğlu, s. 597; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 55; “..alacağı devralan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur. Ancak, bu tür davalarda yükleniciden temellük edilen kişisel hakka dayanılarak ifanın arsa sahibinden istenmesi halinde mahkemece, yüklenicinin sözleşmesine göre gerçekte neyi istemeye hak kazandığı yönü üzerinde durulmalıdır. Çünkü yüklenici üçüncü kişiye ancak arsa sahibinden, neyi hak kazanmışsa onu temlik edebilir. Gerçekten de temlik sözleşmesinin konusu bir borç ilişkisinden doğmuş olan alacak ne ise odur.” Yarg. 14 HD. 20.4.2007 T. 2007/247 E. 2007/4636 Kr; “...raporda inşaatın ancak %74 fiziki seviyeye getirildiği saptanmıştır. Bu hali ile arsa payı devri inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan davalı sözleşmedeki edimini yerine getirdiğinden dolayısıyla arsa sahibi olan sair davalıeser bedeli olan arsa payını istemeye hak kazandığından söz edilemez. Yüklenicinin kazanmadığı bir hakkı alacağın temliki sureti ile davacıya temlik etmesi de üçüncü kişi olan davacıya mülkiyet hakkı talep yetkisi vermeyeceğinden mahkemenin bu olguları saptanmak suretiyle davacının tescil istemini reddedilmesinde kanuna aykırılık yoktur..”, 14. HD. 23.1.2007 T. 2006/14690 E. 2007/461 Kr. (Corpus, 16.5.2008).

²⁰⁴ Kartal, s. 54; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 92; “ ...yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkını arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir....”, Yarg. 14. HD. 20.11.2003 T. 2003/5341 E. 2003/8244 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

²⁰⁵ Kartal, s. 54; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 177.

alacak hakkını arsa sahibinin rıza ve onayına gerek kalmaksızın üçüncü kişilere temlik edebilir²⁰⁶.

Kural olarak eser sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı takdirde BK. m. 364 'e göre ücret, eserin iş sahibine teslimi zamanında ödenir.²⁰⁷ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde eserin teslim zamanı inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp, arsa sahibine teslim edildiği zamandır. Sözleşme gereği yükleniciye devir edilecek arsa payları ise, arsa sahibinin eser karşılığı yükleniciye ödeyeceği ücrettir.²⁰⁸ O zaman yüklenicinin arsa payı alacağını talep hakkı, onun inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmesi halinde doğacaktır. Çoğunlukla yüklenici arsa sahibi ile yaptığı sözleşmenin hemen ardından sözleşme ile kendisine verilmesi kararlaştırılan ve ileride tamamlanacak bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa paylarını, alıcılara henüz inşaat dahi başlamadan satmakta ve ileride edimlerini yerine getirdiği takdirde kazanacağı bu kişisel hakkını önceden sözleşme ile temlik etmektedir.²⁰⁹

Yüklenici tarafından alıcıya temlik edilen arsa payının mülkiyetini devir konusundaki bu alacak hakkının alacağının temlik esnasında doğmuş talep edilebilir bir alacak olması şart olmayıp gerçekleşebilecek bir alacak olması yeterlidir. Çünkü kural olarak yalnız mevcut alacaklar değil müstakbel alacaklar da yeterince belirlenmiş ve belirlenebilir olmaları kaydıyla temlik işlemine konu edilebilirler.²¹⁰ Ancak alacağı

²⁰⁶ "...Yasanın 162. maddesi uyarınca alacaklı, üçüncü bir şahıs ile yapacağı yazılı bir sözleşme ile 162. maddede belirtilen ayrıntılı durumlar dışında alacağını borçlunun rızasını aramaksızın adı geçen üçüncü şahsa temlik edebilir. ..", Yarg. 19. HD. 21.5.2003 T. 2002/7785 E. 2003/5255 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası 12.5.2008).

²⁰⁷ Yavuz, s. 354; Zevkliler/Havutçu, s. 347; Öz, s. 73.

²⁰⁸ Öz, s. 77; "...yüklenici 15.05.2004 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesiyle kazandığı bir bakıma eserin bedeli olan bağımsız bölüm mülkiyet aktarımını doğrudan arsa sahibinden isteyebileceği gibi bu hakkını temlik işlemiyle üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir.", Yarg. 14. HD. 7.4.2008 T. 2008/3837 E. 2008/4723 Kr. (Corpus, 14.5.2008).

²⁰⁹ "...arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu (BK. m. 364) yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini) arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Yasasının 162. maddesi hükmünden yararlanarak arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla (BK. m.163) devir ve temlik edebilir. Görülüyor ki Borçlar Yasasının 162 ve 163. maddeleri gereğince yüklenicinin yaptığı temlik işlemi ile birlikte temlike konu bağımsız bölümün ayrıca teslimi gerekmez. Çünkü temlik işlemi; inşaatın başında yapılabileceği gibi inşaat tamamlanmış iken dahi yapılabilir...", Yarg. 14. HD. 18.2.2008 T, 2008/518 E. 2008/1796 Kr. (Corpus, 12.5.2008).

²¹⁰ Reisoglu, s. 402; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 847; "...Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temlik hayatin ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir

temlik alan alıcının bu alacağı arsa sahibinden yüklenicinin halefi olarak talep edebilmesi, yüklenicinin sözleşme ile yüklendiği edimleri yerine getirmesi halinde mümkün olur.²¹¹ Yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu temlik işlemi sebebe bağlı bir işlemdir. Taraflar arasında yapılan bu alacağın temlik işlemi genellikle yüklenici ile alıcı arasında yapılan bir satım sözleşmesi sonucu gerçekleşir. Ancak yapılan bu temlik ancak yüklenici edimini yerine getirdiği takdirde hukuki açıdan sonuç doğurur.²¹²

Yüklenicinin yaptığı temlik işlemi, bir tasarruf işlemi olması nedeni ile temlikin geçerli olabilmesi için yüklenicinin temlik ettiği alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin de bulunması gerekir.²¹³ Bunun için yüklenicinin temlik ettiği alacak hakkını daha önce başka kişilere temlik etmemiş olması gerekir. Çünkü yüklenici alacak hakkını daha önce başka bir kişiye temlik ettiği takdirde, temlik işleminin tamamlanması ile alacak yükleniciden, alacağı devir alan alıcıya geçmiş olduğundan bu alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini de kaybetmiş olur. Bu nedenle yaptığı sonraki temlikler geçersiz olur²¹⁴. Bunun gibi yüklenici iflas etmiş ise tüm alacak hakları iflas masasına kaydedilmekte ve yüklenicinin bu alacaklar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi ortadan kalkmakta bu yetki iflas idaresine ait olmaktadır. Yüklenici

hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması mümkündür. Aslında arsa sahibinin kural olarak BK.m 364 uyarınca eserin tesliminde vermesi gereken arsa payını, inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi, yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlaması, arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırması demektir...”, Yarg. 14. HD 25.3.2008 T. 2008/2451 E. 2008/3912 Kr. (Corpus, 17.5.2008); “..Devredilen alacak, sözleşme anında mevcut olabileceği gibi ileride doğması muhtemel bir alacak ya da şarta bağlı bir alacak olabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı ise edimini tam olarak yerine getirmesi halinde doğacak olan bir alacaktır ve temlik mümkündür. Yazılı sözleşme ile bu hakkı temellük eden kişi, yüklenicinin edimini yerine getirmesi halinde ona tapuyu devretmekle yükümlü borçlu arsa sahibine karşı temellük ettiği hakkı ileri sürebilir...”, 14. HD. 14.3.2003 T. 2003/1060 E. 2003/1791 Kr. (Corpus, 19.5.2008).

²¹¹ Kartal, s. 54; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 177.

²¹² Kartal, s. 55; “Kural olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. ...Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir. Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yukarıda değinildiği üzere, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur..”, YHGK, 16.2.2005 T. 2005/14-6 E. 2005/73 Kr. (Corpus, 15.5.2008).

²¹³ Eren, s. 1180; Kılıçoğlu, s. 597.

²¹⁴ Eren, s. 1180.

iflas masasına kaydedilmiş bir alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunamaz, bu hakkı iflas idaresinin onayını almadan üçüncü kişilere temlik edemez.²¹⁵

Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenicinin bu alacak hakkını alıcılara temlik etmesi kısmen ya da tamamen yasaklanmış veya bazı şartların gerçekleşmesi koşuluna bağlanmış olabilir.²¹⁶ Sözleşmeden kaynaklanan böyle bir temlik yasağının bulunması halinde yüklenici bu alacak hakkını alıcılara kısmen ya da tamamen temlik edemez. Bu yasağa aykırı olarak yapacağı temlikler ise, hüküm ve sonuç doğurmaz²¹⁷. Ancak arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan sözleşmede yüklenicinin arsa payı alacağının devri bir şarta bağlanmış ise, şarta bağlı alacaklar temlik edilebileceğinden yüklenici bu alacağını üçüncü kişilere temlik edebilir.²¹⁸

§ 7. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN TEMLİKİN HÜKÜMLERİ ve ARSA SAHİBİNİN DURUMU

I. Temlikin Hükümleri

A) Temlik ile Alacaklı Değişir

Alacak temlik edilmekle, temlik eden alacaklının mal varlığının aktifinden çıkararak, alacağı temlik alanın mal varlığına dâhil olur. Temlik işleminin gerçekleşmesi ile borç ilişkisinin alacaklı tarafı değişir, temlik eden borç ilişkisinde taraf olmaktan çıkar, onun yerine borç ilişkisinin alacaklı sıfatını yeni alacaklı kazanır.²¹⁹ Alacağın temlik edilmesi ile birlikte temlik edenin alacak hakkı üzerindeki tasarruf hakkı ortadan kalkar. Bu hak alacağın yeni maliki olan temlik alana geçer. Temlik eden eski alacaklı bu borcun ifa edilmesini talep edemez, alacağı tahsil edemez, tekrar temlik edemez, ibra veremez. Bu haklar alacağın yeni sahibine aittir.²²⁰

²¹⁵ Eren, s. 1181.

²¹⁶ Eren, s. 1188; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 165; Kılıçoğlu, s. 599; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 844.

²¹⁷ Eren, s. 1189 vd.; Kılıçoğlu, s. 599; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 166; Reisoğlu, s. 406.

²¹⁸ Kılıçoğlu, s. 597; Eren, s. 1186 vd.

²¹⁹ Eren, s. 1190; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 259.

²²⁰ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 259; “ Davacı sıfatıyla dava açan kimsenin dava konusu hak üzerinde bir tasarruf yetkisi olmalıdır. Davadan önce alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf

Yüklenici, arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümün satışına ilişkin olarak alıcı ile yaptığı satım sözleşmesi ile arsa sahibine karşı sahip olduğu arsa payının mülkiyeti talep etme hakkını alıcıya geçirmiş olur. Yapılan bu temlik ile satıma konu edilen arsa payı ya da bağımsız bölümün mülkiyetinin arsa sahibinden talep edilmesine ilişkin kişisel hak yükleniciden, alıcıya geçer. Alıcı bu talep hakkının yeni sahibi olur. Yüklenicinin bu hak üzerindeki tasarruf hakkı sona erer.

B) Alacak ve Fer ' ilerinin Yeni Alacaklı Alıcıya Geçmesi

Alacağın temlikinin en temel hükmü, geçerli bir temlik sözleşmesi uyarınca; alacağı temlik edenin mal varlığından çıkarıp, temlik alanın mal varlığına geçirmesidir.²²¹

Alacağın temlikinde asıl alacakla birlikte; bu alacağı bağlı **temlik edenin kendi şahsına özgü olanlar** dışında kalan tüm fer ' i haklar, imtiyazlar ve diğer yan haklar da alacakla birlikte kanun gereği ayrıca anlaşma yapılmasına gerek kalmaksızın yeni alacaklıya geçer.²²² Alacağa bağlı olarak geçecek fer ' i hakların başında işlemiş ve henüz tahsil edilmemiş ve işlemeye devam eden akdi ya da kanuni faiz alacağı²²³, rehin hakkı, tapuya verilmiş şerhler²²⁴, alacak ipotek ile teminat altına alınmış ise ipotek²²⁵, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar, kefalet alacakla birlikte yeni alacaklıya geçer. Yükleniciye ait olan bağımsız bölümün tescilini talep etme hakkının yeni alacaklısı olan

yetkisi kalmayacağından bu alacağını dava yolu ile takip edemez. Bir davada kişilerin davacı ve davalı olmak sıfatları hâkimin görevinden ötürü (re`sen) veya davalının itirazı üzerine incelenir...”, Yarg. 15. HD. 29.3.1977 T. 1976/3126 E. 1977/751 Kr; “ Dava, temlik nedeniyle açılmış bir alacak davasıdır. Alacağın temlikiyle temlik eden, temlik edilen alacağın takip ve tahsil etme yetkisini temellük edene devretmektedir. Yani alacağı devralan kişi alacaklı olduğunu kanıtlamak koşuluyla evvelki alacaklının yerine geçerek, esas borçludan ifayı istemek ve gerektiğinde onu ifaya zorlamak hakkına sahiptir. Somut olayda davacının senetde borçlu gözüken Mahmut'a alacağını tahsil maksadıyla başvurmadığı anlaşılmaktadır. Oysa davacı, öncelikle esas borçlu Mahmut'u ifaya zorlamalıdır. Ancak bu yolla bir sonuç alamadığı takdirde, temlikin ivazlı olması halinde alacağı temlik eden davalıdan dava konusu miktarı isteyebilir. Mahkemenin bu yönleri gözden kaçırarak dava konusu alacağın davalıdan tahsiline karar vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..”, Yarg.13. HD. 3.3.1987 T. 1987/1020 E. 1987/1233 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008); “..Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişide alacağın temliki hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Zira alacağı devralan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek, gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur..”, Yarg. 14.HD. 13.3.2008 T. 2008/29 E. 2008/3194 Kr. (Corpus 13.5.2008).

²²¹ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 259; Ayan, s. 41; Eren, s. 190; Kılıçoğlu, s. 603; Voh Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 852; Kartal, s. 52; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 330.

²²² Reisoğlu, s. 406; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 259; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 331; Kılıçoğlu, s. 603.

²²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 331; Eren, s. 1192; Reisoğlu, s. 406; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 269 vd.; Ayan, s. 42.

²²⁴ Eren, s. 1191; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 331 vd.

²²⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 331 vd.

alıcı bu temlik ile bağımsız bölümün mülkiyetini geçirme borcuna ilişkin alınmış teminat ya da kefalet gibi haklarında yeni sahibi olur.

C) Yüklenicinin Alacağa İlişkin Belgeleri Verme Yükümlülüğü

Temlik eden; temlik ile birlikte devralana, elinde bulunan alacak senedini ve alacağın varlığını ispata yarayan her türlü belgeyi ve alacak hakkının doğru kullanılabilmesi için gereken her tür bilgiyi BK. m. 168/II hükmü gereğince vermekle yükümlüdür.²²⁶ Yüklenici, alacağı temlik ederken, bu bağımsız bölüme ilişkin her türlü bilgi, belge, arsa sahibi ile yaptığı inşaat sözleşmesi, vb. alacaklı olduğunu kanıtlayacak her türlü belgeyi alıcıya vermekle yükümlüdür.

D) Temlik Eden Yüklenicinin Garanti Sorumluluğu

Alacak bir ivaz karşılığında temlik edilebileceği gibi, ivazsızda temlik edilebilir. Temlik işleminin ivaz karşılığında yapılıp yapılmaması, temlik edenin sorumluluğu açısından önemlidir.

Temlikin bir ivaz karşılığında yapıldığı hallerde kanun koyucu alacağı temlik eden eski alacaklıya temlik alana karşı bir garanti borcu yüklemiştir. BK. m. 169/I gereğince: “*Alacağın temlik ivaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zâmindır*”. Buna göre alacağı temlik eden, temlik anında alacağın varlığından sorumlu olacaktır.²²⁷ Ayrıca BK. m. 169/II gereğince, ayrıca ve açıkça taahhüt edilmesi halinde temlik eden borçlunun ödeme gücünden de sorumlu olacaktır.²²⁸ Yüklenici ile alıcı arasında yapılan bağımsız bölüm satışına ilişkin sözleşme genelde ivazlı bir sözleşme olduğundan, alacağı temlik eden yüklenicinin, alıcıya karşı bu alacağın varlığını garanti borcu vardır.

Temlik açısından garanti şu şekilde açıklanabilir: “**Alacağın temlikinde garanti, temlik eden tarafından temlik alana karşı temlik edilen alacağın hukuki varlığını ve borçlunun ödeme gücünün bulunduğunu gösteren bir sorumluluktur**”.

²²⁶ Eren, s. 1191; Reisoğlu, s. 406; Ayan s. 43 vd.; Kılıçoğlu, s. 603.

²²⁷ Eren, s. 1190; Ayan s. 43 vd.; Reisoğlu, s. 410; Kılıçoğlu, s. 604.

²²⁸ Eren, s. 1190; Ayan s. 43 vd.; Kılıçoğlu, s. 604 vd.; Reisoğlu, s. 410; Engin, s. 105.

Yüklenici, alıcı ile yaptığı satım sözleşmesi sırasında, satıma konu olan bağımsız bölüme ilişkin arsa sahibinden mevcut böyle bir alacak hakkı olduğunu ve inşaat tamamlandığında ya da kararlaştırılan teslim tarihinde bu bağımsız bölümün alıcı adına tescil edileceğini garanti etmektedir.

1) Alacağın Varlığından Sorumluluk

Temlik eden temlik ettiği alacağın ivaz karşılığında yapılmış olması hallerinde alacağın varlığından yasa gereği sorumlu tutulmuştur. Kanun metninde geçen alacağın varlığı kavramı; yüklenicinin alacağının fiilen var olmasının yanı sıra, yüklenici ile alıcı arasındaki anlaşmada kararlaştırılan özellikleriyle mevcut olması, bu anlaşmaya göre taşınması gereken hukuki nitelikleri taşınması halini de kapsar.²²⁹ Alacağın tamamen veya kısmen elde edilmesini devamlı ya da geçici olarak engelleyen bütün def 'i ve itirazlar alacağın garanti edilmesi kapsamına dâhildir.²³⁰

Temlik edilen alacak hakkı, temlik anında temlik eden yüklenicinin malvarlığında mevcut değilse, temlik eden temlik alana karşı BK. m. 169 vd. maddeler gereğince sorumlu olacaktır. Alacağın mevcut olmaması, alacağın geçersiz bir sözleşmeye dayanması nedeni ile hiç doğmamış olmasından kaynaklanabilir. Ayrıca temlik alan alıcıya karşı borçlunun (konumuz itibarıyla arsa sahibinin) ileri sürdüğü def 'iler nedeni ile alacak tahsil edilememekte ise, bu durumda garanti kapsamına girecektir.²³¹

Alacak hakkını alıcıya bedel karşılığı devreden yüklenicinin bu sorumluluğu sadece alacağın mevcut olmasını değil duruma göre, bağımsız bölümün taraflar arasında sözleşmeye uygun olarak temlik edilmesini, temlik edilen alacağın varlığını ve değerini tehlikeye düşürecek tavır ve tutumlardan kaçınması hususlarını da kapsar.²³²

²²⁹ Engin, s. 106 vd.

²³⁰ Reisoğlu, s. 410.

²³¹ Engin, s. 109 vd.; “Eğer temlik eden , temlik yapıldığı anda alacağın mevcudiyetini garanti etmiş ise, bu alacağın hukuken geçerli olduğu da garanti etmiş sayılır; başka bir deyişle, temlik eden söz konusu alacağın temlik edilen alacağın borçlusu nezhide mevcut olduğunu ve temlik edilen alacağın borçlusunun her hangi bir def 'ileri sürmeyeceğini garanti etmiştir ”, Dayınlarlı, Alacağın Temliği, s. 213 vd.

²³² Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 219; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 845; “İvazlı temlikte temlik eden alacağın temlik zamanında varlığını tekeffül etmiş olur. Temlik tarihinde daire üçüncü kişi tarafından iktisap edilmiş olduğu için, temlik konusu alacağın yeni dairesinin temlik tarihinde mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Temlik ivazlı olduğu için temlik edenin bu durumu bilmemesi kendisini sorumluluktan kurtarmaz. Öyle ise temlik eden davalı, kanun hükmü uyarınca kural olarak

2) Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluk

Temlik eden kural olarak aksi kararlaştırılmadığı sürece, borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir(BK. m.169/ II). Ancak temlik eden, borçlunun ödeme gücünü ayrıca temlik sözleşmesi ya da düzenlenecek garanti sözleşmesi ile garanti edebilir.²³³ Ödeme gücünün garanti edildiği durumlarda temlik edenin bu garantisi muaccel alacaklar için temlik zamanında; süreye bağlı bir alacak ise alacağın muaccel olduğu tarihte geçerli olacaktır. Ödeme gücünden sorumluluk bu tarihlerden sonra söz konusu olmaz.²³⁴ Yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesinde, yüklenici satıma konu bağımsız bölümün belirlenen tarihte teslimi edimini üstelenerek, arsa sahibinin bu bağımsız bölümün mülkiyetini devir edeceğini dolayısıyla ödeme gücünde garanti etmektedir.

Borçlar Kanunu Tasarısında BK. m 169/II 'de değişiklik yapılmak sureti ile ivazlı temliklerde, temlik eden devir sırasında borçlunun ödeme gücünden de sorumlu tutulmuştur. Bu değişiklik yerinde olmuştur. BKT. m. 190 'na göre, “*Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur*”.²³⁵

3) Garantinin Kapsamı

BK. m. 171 'de alacaklının alacağın varlığını ya da borçlunun ödeme gücünü garanti ettiği hallerde bu sorumluluğun kapsamı belirleyen bir düzenleme yapılmıştır. BK. m. 171/I 'e göre; “*Temlik eden zaman ile mükellef ise; temellük edene karşı ancak resülmal ve faiz olarak almış olduğu miktar nispetinde mesuldür. Bundan başka temlikin mucip olduğu ve alacaklının borçluya karşı semeresiz takibi dolayısıyla ihtiyar ettiği masrafları da zâmin olur*”.

sorumludur...”, Yarg. 13.HD. 20.2.1987 T. 1986/6524 E. 1987/1019 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 16.5.2008).

²³³ Eren, s. 1190; Reisoğlu, s. 410; Kılıçoğlu, s. 604 vd.; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 228 vd.; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 845 vd.; Engin, s. 128 vd.

²³⁴ Reisoğlu, s. 410; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 235.

²³⁵ www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm.

Temlik eden temlik alana karşı almış olduğu bedel ve faiz oranında sorumludur. Sorumluluk miktarı temlik edilen alacak miktarı kadar olmayıp, temlik edenin aldığı miktarla sınırlıdır.²³⁶ Kanun bu hükmü ile sözleşmeden doğan sorumlulukla ilgili genel kural olan BK. m 96 'dan sapmış, temlik edenin garanti sorumluluğunu devir alanın menfi zararı ile sınırlı tutmuştur.²³⁷ Temlik edenin bu sorumluluğu temlik nedeni ile yapılan masraflar, sonuçsuz kalan icra takip giderleri, açılan davalar nedeni ile edilen masrafları da kapsar.

II. Borçlu Arsa Sahibinin Hukuki Durumu

Alacağın temlik edilmiş olması, borç ilişkisinin sadece alacaklı tarafını değiştirir, borç ilişkisi olduğu gibi kalır ve temlik borçlusu arsa sahibi açısından bir değişiklik yaratmaz. İfa yeri, ifa zamanı, alacağın miktarı, faiz vb. yükümlülükler eskisi gibi devam eder. Borçlu arsa sahibi eski alacaklı yükleniciye hangi koşullarda borcunu ifa edecek ise yeni alacaklı alıcıya karşı da aynı şekilde ifa ile sorumludur.²³⁸ Alacağın temlik edildiği hallerde borçlu arsa sahibi, borcu yeni alacaklı alıcıya ödemekle yükümlüdür. Yeni alacaklıya yaptığı ödeme ile borçtan kurtulur. Ancak temlik işlemi ile borçlunun mevcut durumunda bir ağırlaşma meydana getirilemez. Kanun koyucu, alacağın borçlusunun temlik ile durumunun ağırlaşmaması için korucuyu tedbirler almıştır.²³⁹

²³⁶ Eren, s. 1191; Kılıçoğlu, s. 605; Reisoğlu, s. 411; Ayan, s. 43; Yarg. 13. HD. 20.2.1987 T. 1986/6524 E. 1987/1019 Kr: "Temlik tarihinde daire üçüncü kişi tarafından iktisap edilmiş olduğu için, temlik konusu alacağın yeni dairenin temlik tarihinde mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Temlik ivazlı olduğu için temlik edenin bu durumu bilmemesi kendisini sorumluluktan kurtarmaz. öyle ise temlik eden davalı, anılan kanun hükmü uyarınca kural olarak sorumludur. Ancak Borçlar Kanunu'nun 171 inci maddesinde temlik edenin bu sorumluluğu, almış olduğu para ve bunun faizi ile davacının borçlu hakkında yapmış olduğu takip masrafları ile sınırlandırılmıştır. Davacı, kendisi üzerindeki tarla hisse tapusunu davalıya iade etmek karşılığında dairenin dava tarihindeki değerini talep ve dava etmiştir. Bu durumda, çoğun içinde azın da bulunduğu kuralı uyarınca, davacının davalıya ödemiş olduğu para, bunun ödeme tarihinden itibaren faizi ve evvelce açmış olduğu 1984/136 esas sayılı dava nedeniyle yapmış olduğu masrafların toplamı, davacının üzerindeki tarla hissesinin dava tarihindeki değerindeki değerinden fazla ise, hisse tapusunun davalıya iadesi karşılığında bu miktarların toplamdan evvelce davalının ödemiş olduğu 200 lira düşülmek suretiyle tahsile karar verilmelidir...", İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008.

²³⁷ Reisoğlu, s. 411; Kılıçoğlu, s. 605.

²³⁸ Kılıçoğlu, s. 602.

²³⁹ Reisoğlu, s. 407; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 280; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 332; Kılıçoğlu, s. 602; Eren, s. 1191; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 832.

A) Temlik için Arsa Sahibinin (Borçlunun) Rızasına Gerek Yoktur

Temlik işlemi ile alacak hakkı borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye geçmektedir. Bu işlemle borç ilişkisinin alacaklı tarafı değişmekle birlikte; alacaklının alacağını üçüncü bir kişiye temlik edebilmesi için borçlunun rızasını almasına gerek yoktur. BK. m.162/I gereğince alacaklı kanun, sözleşme ya da işin niteliği temlike engel olmadığı sürece, borçlunun rızasını almaya gerek kalmaksızın, alacağını üçüncü kişilere temlik edebilir.²⁴⁰ Yüklenici, arsa sahibinden olan bu alacağını, alıcılara devrederken arsa sahibinin onayını almak zorunda değildir. Arsa sahibinin onayına gerek olmaksızın bu hakkını alıcılara satım sözleşmesi ile temlik edebilir.

Yargıtay da pek çok kararında alacağın temlikinin gerçekleşmesi için borçlunun rızasına gerek olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Yargıtay 14. HD. 27.12.1998 Tarih, 1988/788-8850 sayılı kararı şu şekildedir: “Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir veya Borçlar Kanunu’nun 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almaya lüzum görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir”.²⁴¹ Ancak temlikin yapıldığını borçluya bildirmek yeni alacaklının yararına olacaktır.²⁴²

B) Önceki Alacaklıya İyiniyetle Ödeme

Alacak temlik edilirken borçlunun rızasının alınmasına hatta temlik işleminin yapıldığından haberdar edilmesine bile gerek yoktur. Ancak temlik işleminin yapıldığının bildirilmesi yeni alacaklının yararına olacaktır. Çünkü temlikten haberi olmayan borçlu, borcu eski alacaklıya ödeyebilir. İhbarın kimin tarafından ve ne şekilde yapılacağına bir önemi yoktur. Ancak ispat açısından yazılı bildirim yerinde olur.²⁴³

²⁴⁰ Dayınlı, Alacağın Temliki, s. 97; Eren, s. 1176; Kılıçoğlu, s. 601; Ayan, s. 40; Reisoğlu, s. 404; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 318; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 232.

²⁴¹ İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008; “..yüklenici arsa sahibi ile mevcut arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesiyle kazanacağı şahsi hakkını sözleşmede yasaklanmadığı sürece üçüncü bir kişiye alacağın temliki sözleşmesi ile devredebilir. Alacağın temliki, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve yalnızca kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akitir...”, Yarg. 14 HD. 8.4.2008 T. 2008/3661 E. 2008/4795 Kr. (Corpus, 12.5.2008).

²⁴² Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 318; Kılıçoğlu, s. 601.

²⁴³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 340 vd.; Eren, s. 1191 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 858 vd.; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II ,s. 832 vd.

BK. m. 165 'e göre: “*Temlik veya temellük eden tarafından ala-cağın temlik olunduğu kendisine bildirilmezden mukaddem evvelki alacaklıya ve mütevali temlikler vâki olmuş ise alacağı temellük edenlerden tercihi lâzım gelen biri var iken, diğerine hüsnüniyetle tediyede bulunan borçlu, beri olur*”.

Alacağın temlik edildiğinin bildirilmediği borçlu, bu temlikten habersiz olarak, eski alacaklıya ya da alacağı temlik alanlardan tercihi gereken biri varken diğerine yaptığı iyiniyetli ödeme ile borcunu ifa etmiş olur ve borçtan kurtulur. BK. m. 165 'e göre borçlunun borcundan kurtulması, temlikten habersiz **iyiniyetli** olarak ve hala eski alacalının alacaklı olduğu zannı ile eski alacaklıya ödeme yapması halinde mümkündür. Borçlunun temlikten haberi olduğu durumlarda, eski alacaklıya yapacağı ödeme onu borçtan kurtarmaz. Temlikten haberdar edilen ya da haber verilmediği halde bunu bilen borçlu, eski alacaklıya yapacağı ödemede iyiniyetli sayılmaz ve bu ödeme onu borçtan kurtarmaz. Ancak yeni alacaklıya yapacağı ödeme ile borcundan kurtulur.²⁴⁴

Arsa sahibi, yüklenicinin arsa payını alıcıya sattığını bilmeden, bu arsa payının ya da bağımsız bölümün mülkiyetini yüklenicinin talebi ile yükleniciye devir ettiğinde sözleşmeyle yüklendiği borcundan kurtulur. Alıcı, iyiniyetle ödemede bulunarak mülkiyeti devir eden arsa sahibine, satın aldığı bağımsız bölümün mülkiyetinin devri talebi ile başvuramaz. Borç yükleniciye ödenerek, arsa sahibi açısından ifa edilmiş ve arsa sahibi arsa payı ya da bağımsız bölümün mülkiyeti devir borcundan kurtulmuş olur. Ancak alıcı aralarındaki sözleşme ilişkisi nedeni ile yükleniciye başvurarak, bu arsa payı ya da bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilir.

C) Borçlunun Def 'i Hakları

Temlik edilen alacağın borçlusu arsa sahibi, alacağın temlik edildiğini **öğrendiği zaman** temlik eden eski alacaklıya (yükleniciye) karşı sahip olduğu def 'ileri yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir.²⁴⁵ Kanun metninde her ne kadar def 'i sözcüğü

²⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 339 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 857 vd.; Eren, s. 1192; Reisoğlu, s. 407; Ayan, s. 42; Akipek, AÜHFD., C.14, S. 1-4, 1957, s. 70.

²⁴⁵ Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 337; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 836.

kullanılmışsa da burada def 'i geniş anlamda itirazları da içine alacak geniş bir anlamda kullanılmıştır.²⁴⁶

1) Arsa Sahibinin İleri Süreceği İtiraz ve Def 'iler

Alacak temlik edilmekle borç ilişkisinin tarafı değiştiğinden, borçlu eski alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu itiraz ve def 'ileri yeni alacaklıya karşıda ileri sürebilecektir. BK. m.167/I 'de bu husus açıkça ortaya konmuştur: “*Borçlu temlike vâkıf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene karşı dahi dermeyeran edebilir*”.²⁴⁷

Borçlu/arsa sahibi kendisine ifa için başvuracak yeni alacaklı alıcıya, alacağın ehliyetsizlik ya da şekil eksikliği nedeni ile doğmadığını, zamanaşımına uğradığını, eski alacaklı yani yüklenicinin borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmediğini²⁴⁸, eski alacaklı açısından alacak hakkında sebepsiz iktisabının söz konusu olduğunu²⁴⁹ alacağın ifa, takas ibra ya da bedelsizlik nedeni ile artık var olmadığını²⁵⁰, erteleme, yenileme ve sonradan oluşan imkansızlık nedeni ile alacağın sona erdiğini ileri sürerek ifadan

²⁴⁶ Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 333; Ayan, s. 42; Eren, s. 1193; Reisoğlu, s. 408; Kılıçoğlu, s. 602; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 285; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 835 vd.

²⁴⁷ “Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi uyarınca temlik edene karşı ileri sürebileceği defileri temellük edene karşı da ileri sürebilir ”, Yarg. 12. HD. 4.3.2005 T. 2005/759 E. 2005/4497 Kr; Yarg. 13. HD. 7.12.2004 T. 2004/9891 E. 2004/17896 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008); “..alacağı devralan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek, gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur. Fakat temlik alanın ifa talebine muhatap olan borçlu (arsa sahibi) bu talebe hemen uymak zorunda değildir. Devralan kimse temlik işlemi ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile borçlu (arsa sahibi) ona karşı bir takım itiraz ve defilerde bulunmak imkânına sahiptir. Gerçekten BK. m. 167 'ye göre "Borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene karşı dahi dermeyeran edebilir". Buna göre temliki öğrenen borçlu temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı def 'iler yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürülebilir hale gelir...”, Yarg. 14. HD. 13.3.2008 T. 2008/29 E.2008/3194 Kr. (Corpus, 14.5.2008).

²⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 333.

²⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 333.

²⁵⁰ “BK. nun 163/1 nci maddesine uygun biçimde yazılı temlik sözleşmesi yapılmamış olsa bile, senet lehdarı ile davacı banka arasında imzalanan genel kredi sözleşmesinin 17 ve ferdi kredi sözleşmesinin 12 nci maddeleri hükümleri uyarınca senetlerin davacı bankaya temlik edilmiş sayıldığını kabul etmek gereklidir. Buna bağlı olarak, aynı yasanın 167/1 nci maddesine göre borçlunun temlik işlemi öğrendiğinde, temlik edene karşı sahip olduğu defileri temellük edene karşı da ileri sürebilecektir. Dava dışı senet alacaklısı vekili tarafından mahkemeye sunulan 22.03.2000 tarihli dilekçe ile inşaatı tamamlayıp teslim edemeyen müvekkilinin kendi yükümlülüğünü yerine getiremediği, bu nedenle dava konusu senedin bedelsiz kaldığı bildirilmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, senet bedelini ödeme borcu bulunmayan davalıya yönelik davanın belirtilen gerekçeyle reddi gerekirken yazılı gerekçelerle hüküm kurulması doğru değilse de, sonucu itibarıyla doğru olan kararın HUMK. nun 438/9 ncu maddesi uyarınca, düzeltilmiş bu gerekçeyle onanması gerekmektedir..”, Yarg. 11. HD. 26.9.2005 T. 2004/11390 E. 2005/8723 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

kaçınabilir. Ayrıca borçlu/arsa sahibi ile eski alacaklı yüklenici arasında yapılan sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan yeni alacaklı tarafından ifanın talep edilmesi halinde, yeni alacaklıya karşı ödemelik def 'ini ileri sürerek, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeni ile arsa payının mülkiyetini talep etme hakkının doğmadığını ileri sürebilir.²⁵¹

Kural olarak alacağı devralanın alıcının iyiniyetli olması, borçlunun (arsa sahibinin) temlik edene yani yükleniciye karşı ileri sürebileceği itiraz ve def 'ilerin varlığını bilmiyor olması sonucu değiştirmez. Bu def 'iler kanun hükmü gereğince arsa sahibi tarafından alıcıya karşı ileri sürülebilir.²⁵²

2) Borçlu Arsa Sahibinin Takas Hakkı

Borçlu arsa sahibinin, temlik eden yükleniciden bir alacağı olabilir. Alacak temlik edildiğinde yasa borçluya, temlik alana karşı takas beyanında bulunma hakkı tanımıştır. BK. m.167/II 'ye göre: “*Borçlunun matlubu temlik eden zimmetinde temlike vâkıf olduğu zaman müeccel bir alacağı var idiye bu alacağı temlik edilen matluptan sonra muacceliyet iktisap etmiş olmaması şartıyla borç ile takas edilmesini talep edebilir*”.

²⁵¹ Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 286 vd.; Reisoğlu, s. 408; Eren, s. 1193 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 865 vd. ; “ ..alacağı devralan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur. Ancak, bu tür davalarda yükleniciden temellük edilen kişisel hakka dayanılarak ifanın arsa sahibinden istenmesi halinde mahkemece, yüklenicinin sözleşmesine göre gerçekte neyi istemeye hak kazandığı yönü üzerinde durulmalıdır. Çünkü yüklenici üçüncü kişiye, ancak arsa sahibinden neyi hak kazanmışsa onu temlik edebilir. Gerçekten, temlik sözleşmesinin konusu, bir borç ilişkisinden doğmuş olan alacak ne ise odur... Temlik işlemi nedeniyle alacak ve ona bağlı olan bütün yan ve öncelikli haklar devralana geçer. Yine, temlik işleminin yapıldığı ana kadar temlik sözleşmesinin dışında olan ve işlemin tarafı olmayan (somut olayda arsa sahibi) arsa sahibi, işlemin yapıldığı andan itibaren temlik işleminin tarafı olur ve arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ona karşı (üçüncü kişiye) ileri sürer hale gelir. Şayet, temlik edilen alacağın dayanağı olan davalılar arasındaki borç ilişkisi (arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi) yüklenici bakımından bütünüyle ifa edilmemişse, üçüncü kişi yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur. Bu nedenle, borçlu temlik yapılmamış olsaydı eski alacaklısına (yükleniciye) ne gibi def 'ilerde bulunmak imkânına haiz idiye, bu def 'ileri yeni alacaklıya (temellük eden üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir (BK m. 167). Aksinin düşünülmesi halinde, arsa sahibine karşı sözleşmedeki edimlerini bütünüyle yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinin rızası gerekmeden yaptığı temlik işleminden dolayı borçlarından kurtulacak, arsa sahibi olan tarafın mal varlığında ise sebepsiz azalma olacaktır. Kuşkusuz, temlik yoluyla ifayı talep eden üçüncü kişi, temlik sözleşmesinin dışında arsa sahibine bazı ödemeler yapmak zorunda kalmışsa, yükleniciyle var olan temlik sözleşmesine dayanarak bunların istirdadını ancak yükleniciden isteyebilir. Bütün bu açıklamalardan sonra kısaca söylemek gerekirse, yüklenicinin borcu kapsamında kalan eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşullar yerinde ise arsa sahibinin isteyebileceği cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklardan ve ayrıca kanundan kaynaklanan arsa sahibinin diğer alacaklarından da ondan temellük edilen kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişi de sorumludur..”, Yarg. 14. HD. 29.5.2007 T. 2007/2499 E. 2007/6455 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 16.5.2008).

²⁵² Reisoğlu, s. 408.

Borçlu/arsa sahibi alacağın temlikini öğrendiğinde, temlik eden yükleniciye karşı muaccel bir alacağa sahipse, bu alacağın temlik öğrendiğinde yeni alacaklı alıcıya olan borcuyla takas edebilir. Takasın karşılıklı alacaklı olma kuralına, temlik halinde BK. 167/II nci maddesi ile bir istisna getirilmiştir. Borçlunun temlik edenden olan alacağı süreye bağlı olduğu takdirde takasın mümkün olabilmesi için temlik edilen alacaktan önce muaccel olması şarttır.²⁵³

²⁵³ Reisoğlu, s. 409; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 337 vd.; Eren, s. 1194; Kılıçoğlu, s. 603; Ayan, s. 42 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 867 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN TEMLİKİN HUKUKİ SEBEBİ - SATIM SÖZLEŞMESİ ve SÖZLEŞMENİN ÖZELLİKLERİ

§ 8. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN TEMLİKİN HUKUKİ SEBEBİ

I. Genel Olarak

Alacağın temliki kazandırıcı bir işlem olması nedeni kural tüm kazandırıcı işlemlerde olduğu gibi temlik işleminin de hukuki bir sebebe sahip olması gerekir. Temlik edeni alacağını temlik etmeye mecbur kılan bu hukuki sebep sözleşmeden ya da kanundan doğabilir. Temlik genel olarak temlik edenin borcunu ifa etmek amacıyla yapılır.²⁵⁴ **Temlik işleminin hukuku sebebi, temlik edilen kimsenin borçluya karşı değil; temlik eden kimseye karşı olan haklarını bilhassa alacağın tahsil edilememesi halinde bunun mesuliyetini tayine yarar.**²⁵⁵

Tasarruf işlemi yapılmasından öncesinde taraflar arasında borç doğuran bir hukuki işlemin yapılmış esastır. Tasarruf işleminin kendisine bağlanan hukuki sonucu doğurması, temeldeki hukuki ilişkinin geçerli olmasına bağlıdır.²⁵⁶ Katıldığımız temlik işleminin sebebe bağlı bir hukuki işlem olması görüşüne göre, alacağın temlikinin hukuki sebebini oluşturan temel işlemin (satış ya da bağışlamanın) geçersiz olması halinde bu geçersizlikten tasarruf işlemi olan alacağın temliki işlemi de etkilenir ve bu geçersiz sonuçta alacağın temliki işlemi de geçersiz hale getirir.²⁵⁷ Temliğin geçersiz olması nedeni ile temlik edilen alacak temlik alan üçüncü kişiye geçmez, temlik eden

²⁵⁴ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 828; Eren, s. 1181.

²⁵⁵ Bu mesuliyet kanun tarafından temlike tahsis edilen fasılda tanzim edilmiştir, m. 171/ 169 ve 173/ 171 fakat sistematik bakımdan temlik eden kimseyi temlik yapmaya mecbur kılan akitten doğar ve binaenaleyh Borçlar Kanununun hususi kısmında tetkik edilmesi lazımdı. İvaz mukabilinde yapılan temlikten satış kısmında, ivasız yapılan temlikten ise hibe akdi kısmında bahs olunmak icap eder, Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 829.

²⁵⁶ Reisoğlu, s. 47.

²⁵⁷ Eren, s. 1182; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 87.

eski borçlunun mal varlığında kalır. Temlik edilen alacak, temlik alanın mal varlığına geçmediğinden, temlik alan nedensiz zenginleşmemiş olur ve temlik alanın temliğin geçersizliği nedeni ile temlik edilen alacağı temlik edene devretmesi de söz konusu olmaz.²⁵⁸ Temlik eden tarafından temlik alana verilen belge iade edilmesi ya da iptal edilmesi söz konusu olur.²⁵⁹

Temlik işleminin soyut bir işlem olduğu kabul edildiği takdirde²⁶⁰, temlik işleminin temelindeki işlem geçersizde olsa alacağın temlik işlemi geçerli olacak ve alacak temlik edenden temlik alana geçer. Ancak bu temlik geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığından, temlik alana geçen alacak sebepsiz zenginleşme hükümlerine geri istenebilir.²⁶¹

Alacaklı tarafından yapılan temlik; temlik alanın ödeyeceği bedel karşılığında yapılacaksa taraflar arasındaki temlikin hukuki sebebi satım sözleşmesidir. Ancak alacaklı her hangi bir bedel almaksızın karşılıksız olarak alacağını temlik etmekte ise temliğin dayanağı olan borçlandırıcı işlem bağışlama sözleşmesidir. Alacak çeşitli nedenlerle temlik edilebilir. Alacaklı, alacağını kendisinin üçüncü kişiye olan borcunu ifa etmek amacıyla ifa yerine, bağışlamak amacıyla, inancılı temlik olarak tahsil ya da teminat amaçları ile temlik edebilir.²⁶²

II. Satım Sözleşmesi

A) Satım Sözleşmesinin Tanımı

Satım sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme niteliğindedir.²⁶³ BK. 182. maddesine göre: “*Beyi bir akittir ki onunla bayi, satılan malı müşterinin iltizam ettiği semen mukabilinde müşteriye teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder*”. Kanunda yer alan bu hükümden yola çıkarak satım sözleşmesi şu şekilde

²⁵⁸ Eren, s. 1182; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 88.

²⁵⁹ Eren, s. 1182; Ayan, s. 38; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 88.

²⁶⁰ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 839 vd.

²⁶¹ Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 839 vd.; Eren, s. 1182 vd.; Ayan, s. 38; Reisoğlu, s. 403.

²⁶² Alacağın temlik nedenleri hakkında daha fazla bilgi için, Dayınlarlı, s. 105 vd.; Eren, s. 1181 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 828 vd.

²⁶³ Yavuz, s. 21; Aral, Borçlar Hukuku, s. 61; Zevkliler/Havutçu, s. 51.

tanımlanabilir: “Satım sözleşmesi, alıcının vermeyi yükümlendiği bir miktar para karşılığı, satıcı yönünden satım konusu malı alıcıya teslim ederek mülkiyeti ona geçirme borcunu doğuran bir sözleşmedir ”.²⁶⁴

Satıcı, satım sözleşmesi ile satılan malı alıcının ödemeyi kabul ettiği satım bedeli karşılığında alıcıya teslim ve mülkiyetini devir borcu altına girmekte; alıcıda kendisine yapılacak devir ve teslim karşılığında bir satım bedeli ödemeyi kabul ve taahhüt etmektedir. Satım sözleşmesi borçlandırıcı sözleşmeler içinde en yaygın olanıdır.²⁶⁵ Devir edilmesi mümkün olan nesnel varlığa sahip ve mülkiyet konusu oluşturabilecek her türlü mal satım sözleşmesine konu olabilir; taşınır ve taşınmaz eşyalar, alacaklar, bir haber ya da sırsatın alma, elektrik, doğal gaz, hava gazı gibi doğal güçler, vb.²⁶⁶

B) Satım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Satım sözleşmesi rızai bir sözleşme olup, sözleşmenin kurulması için malın teslimi ve paranın ödenmesi şartı aranmaksızın, sözleşme taraflarının mal ve paranın değiştirilmesi konusundaki anlaşmaları ve bu konuda karşılıklı irade açıklamaları ile kurulur.²⁶⁷ Satım sözleşmesi borç doğuran sözleşmelerden olup, satım sözleşmesinin kurulması satılan malın mülkiyetini satın alana geçirmez. Satım sözleşmesi ile satıcı açısından satılanın teslimi ve mülkiyeti alıcıya devir borcu, satın alan açısından da satım bedeli ödeme borcu doğurur. Satılan malın mülkiyetinin devri satılan malın cinsine göre yapılacak tasarruf işleminin yapılmasından sonra gerçekleşir.²⁶⁸

Satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (karşılıklı) bir sözleşmedir.²⁶⁹ Satım sözleşmesinde satıcı satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyeti geçirme borcu altına girmekte, alıcıda bunun karşılığı olarak, satılan malla ilgili satım bedeli ödemeyi taahhüt etmektedir. Satım sözleşmesinde bir tarafın borçlandığı edim, diğer tarafın ala-

²⁶⁴ Zevkliler/Havutçu, s. 51.

²⁶⁵ Yavuz, s. 21.

²⁶⁶ Yavuz, s. 21; Zevkliler/Havutçu, s. 52.

²⁶⁷ Yavuz, s. 22; Zevkliler/Havutçu, s. 58; Aral, s. 62.

²⁶⁸ Yavuz, s. 23; Aral, Borçlar Hukuku, s. 61.

²⁶⁹ “Satım sözleşmesi tam iki yanlı (karşılıklı) bir sözleşme olup BK. m. 81'e göre karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşmenin yerine getirilmesini isteyen yanın, sözleşmenin gereklerine ya da niteliğine göre bir süreden yararlanma hakkı olmadıkça, kendi borcunu ödemiş ya da ödemeyi önermiş olması gerekir.”, Yarg. 13. HD. 21.10.1981 T. 1981/6354 E. 1981/6643 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 17.5.2008).

cağına karşılık gelmektedir. Satıcı sözleşme ile sattığı malın mülkiyetini devir ve teslim bakımından borçlu, alıcının ödeyeceği bedel açısından alacaktır. Alıcı ise, satım bedeli ödemek konusunda borçlu ancak satılan malın teslim ve mülkiyetini talep etme açısından ise alacaktır. Yani sözleşmenin tarafları karşılıklı olarak hem alacaktır hem de borçlu durumundadır.²⁷⁰ Satım sözleşmesi sebebe bağlı²⁷¹ ve satılanın mülkiyetini devir ve temlik borcu doğuran bir sözleşmedir.²⁷²

C) Satım Sözleşmesinin Kurucu Unsurları

Satım sözleşmesinin unsurlarından kasıt, bir satım sözleşmesinin meydana gelmesini ve kurulmasını sağlayan unsurlardır.²⁷³ Bu unsurlarının tamamının bir arada olması gerekir. Sözleşmede bu unsurlardan birinin eksikliği halinde satım sözleşmesi meydana gelmez. Satım sözleşmesinin kurucu unsurları; bir mal, bir miktar para ve bunların karşılıklı değiştirilmesine ilişkin taraflar arasında anlaşmadır.

1) Satım Konusu Mal

Satım sözleşmesinin konusu bir maldır. Satım sözleşmesinin konusu oluşturan “mal” kavramı sadece nesnel malları kapsamaz. Para ile değiştirilebilen ve ekonomik değeri bulunan maddi varlığı bulunan eşya ve maddi varlığı bulunmayıp, egemenlik altına alınabilen ve mülkiyetin konusunu oluşturmaya elverişli bulunan gaz, elektrik, vb. doğal güçler, alacaklar ve mal varlığına girip parasal değeri bulunan bütün haklar satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler.²⁷⁴

Satılan malın cinsinin prensip olarak bir önemi yoktur. Ancak satım sözleşmesine uygulanacak şekil açısından satılan malın cinsi önemlidir. Kural olarak taşınır satımı her

²⁷⁰ Yavuz, s. 23; Zevkliler/Havutçu, s. 52; Aral, Borçlar Hukuku, s. 62; Eren, s. 194 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 144.

²⁷¹ Aral, Borçlar Hukuku, s. 63.

²⁷² Yavuz, s. 23.

²⁷³ Zevkliler/Havutçu, s. 52; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 144; Yavuz, s. 23 vd.

²⁷⁴ Zevkliler/Havutçu, s. 52 vd.; Yavuz, s. 24; Aral, Borçlar Hukuku, s. 64; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 144; “Elektrik enerjisinin de, ekonomik bir değeri olup edinime elverişli bulunması ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmemesi nedeniyle taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturabilir ve elektrik satımı, taşınır satım sözleşmesi niteliğindedir...”, Yarg. 13. HD. 12.1.1981 T. 1980/6544 E. 1981/6013 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 11.5.2008).

hangi şekle tabi olmadığı halde, taşınmaz satım sözleşmesinin geçerli olması resmi şekilde düzenlenmesi şartına bağlıdır.²⁷⁵

Satım konusu malın, satış sözleşmesinin düzenlendiği sırada mevcut olması ya da satıcın mülkiyetinde bulunması zorunlu değildir. Satıcının daha sonraki bir tarihte satılan malı elde etmek sureti ile satıcıya teslim etmesini öngören satım sözleşmeleri de geçerli olacaktır.²⁷⁶ Ayrıca ileride elde edilecek ürün, yapıp üretilecek bir mal veya başkasına ait satılabilir malın satım sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkündür.²⁷⁷ Ancak satış sözleşmesi sırasında mevcut olmayan bu malın satım sözleşmesinin en geç ifa zamanında mevcut olması veya ifa zamanında satıcının mülkiyetine geçmiş, tasarrufunda bulunuyor olması şarttır. İfa zamanında satılan mal mevcut değil ve temin edilmesi de mümkün değil ise, satım sözleşmesi sözleşmenin yapılması sırasında var olan imkânsızlık nedeni ile geriye dönük olarak geçersiz sayılır. Satıcı satılan malı temin ederek alıcıya teslim etme olanağına sahip; ancak elde ederek teslim etmemişse imkânsızlık nedeni ile sözleşme geçersiz olmaz. Malı temin ederek, satıcı teslim etmeyen satıcının borcun ifa edilmemesi nedeniyle alıcıya karşı BK. m. 96 gereğince tazminat ödeme yükümlülüğü doğar.²⁷⁸

Satış konusu olan şeylerin mutlaka sözleşmenin kurulması anında tespit edilmiş olması şart değildir. Bunların tayinin teslim anında mümkün olması yeterlidir. Bunun tayinini üçüncü bir şahsa bırakılması dahi mümkündür.²⁷⁹

2) Satım Bedeli

Satım bedeli, **“alıcının karşı edim olarak ödemeyi taahhüt ettiği bir miktar paradır. Bir satım parası kararlaştırılmamışsa, satım yoktur.”**²⁸⁰ Satım sözleş-

²⁷⁵ Yavuz, s. 24; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 145; “Taşınmaz mülkiyetinin nakli için yapılacak sözleşmelerin resmi biçimde düzenlenmesi yasa gereğidir.. ”, YHGK. 21.3.1986 T. 1985/14-541 E. 1986/257 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 11.5.2008).

²⁷⁶ Zevkliler/Havutçu, s. 53; Aral, Borçlar Hukuku, s. 67; Yavuz, s. 24; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 144.

²⁷⁷ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 144; Aral, Borçlar Hukuku, s. 67.

²⁷⁸ Zevkliler/Havutçu, s. 53; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 144; Aral, Borçlar Hukuku, s. 67.

²⁷⁹ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 145.

²⁸⁰ Yavuz, s. 25.

mesinde bedel, mutlaka bir miktar paradır.²⁸¹ Satış bedeli sözleşmenin taraflarınca BK. 19 ve 20 inci maddeleri aykırı olmamak kaydı ile serbestçe belirlenebilir. Satım bedeli Türk parası ya da yabancı para üzerinden kararlaştırılabilir. Satış bedelinin belirlenmesi konusu sözleşmenin taraflarından birine bırakılabileceği gibi bu konuda üçüncü bir kişiye de yetki verilebilir.²⁸²

BK. m. 182/III hükmü gereğince; mevcut duruma göre belirlenmesi mümkün olan semen, belirlenmiş sayılır.²⁸³ Satım bedelinin sözleşmenin kurulduğu zaman kesin olarak belirlenmesi şart olmayıp, belirlenebilir nitelikte olması yeterlidir. Ancak taşınmaz satım sözleşmeleri resmi şekilde düzenlendiğinden satım bedelinin kesin olarak belirtilmesi gerekir²⁸⁴

3) Tarafların Karşılıklı Anlaşması

Satım sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli diğer bir unsur; satıcı ile alıcının satılan mal ile satım bedelinin karşılıklı olarak birbirleri ile değiştirilmesi konusunda anlaşmalarıdır.²⁸⁵ Bu konuda anlaşma olmaması halinde sözleşme kurulmuş olmaz.

Satım sözleşmesinde satıcının mülkiyeti veya başkaca bir hakkı geçirme borcu ile alıcın satım bedelini ödeme borcu arasında bir mübadele durumu söz konusudur. Tarafların edimleri arasındaki mübadelenin zamanı BK. m. 182/II 'de açıkça gösterilmiştir: "*Hilâfına âdet veya mukavele mevcut değil ise bayi ile müşteri borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler*". Bu hüküm gereğince taraflar, kendi edimlerini yerine getirmeden karşı taraftan edimini yerine getirmesini isteyemeyecektir.²⁸⁶

²⁸¹ Yavuz, s. 25; Zevkliler/Havutçu, s. 54.

²⁸² Yavuz, s. 25; Zevkliler/Havutçu, s. 54 ve 57 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 145 vd.

²⁸³ Aral, Borçlar Hukuku, s. 60; Yavuz, s. 25; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 145; Zevkliler/Havutçu, s. 56 vd.

²⁸⁴ Zevkliler/Havutçu s. 57; Uygur, Borçlar Özel Hükümler C.III, s. 146.

²⁸⁵ Zevkliler/Havutçu, s. 58 vd.; Yavuz, s. 25 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 59 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 146.

²⁸⁶ "BK.nun 182. maddesinin 2.fıkrası gereğince "Hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ile alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftir." Kural olarak alıcı ve satıcının edimlerini aynı anda yerine getirmeleri kanuni karine olarak kabul edilir. Bu karinenin aksini iddia eden davacı, sattığı pamukların çirçir fabrikasına teslim edildiği tarihteki rayiç değerinin değil, ödeme tarihlerindeki rayiç değeri üzerinden ödeme yapılacağını kanuni delillerle ispat etmekle yükümlüdür...", Yarg. 13. HD. 4.2.2005 T. 2004/17140 E. 2005/1631 Kr; "BK. na göre, aksine adet veya mukavele olmadıkça satıcı ile alıcı borçlarını aynı zamanda ifa etmekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle alım-satımda kural satılanın

Taşınırlarda mülkiyetin naklini sağlayan tasarruf muamelesinin sebebe bağlı olduğu kabul edilmektedir.²⁸⁷ “Sebebe bağlılıktan amaç, mülkiyetin geçmesi için, tarafların gerek şekil, gerek muhteva bakımından geçerli bir sözleşme yapmış olmalarının gerekliliğidir. Geçerli olmayan sözleşme, mülkiyetin geçmesine neden olmaz”.²⁸⁸

§ 9. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN SATIM SÖZLEŞMESİ

I. Genel Bilgiler

Yüklenici arsa sahibi ile yaptığı sözleşme gereğince yapacağı inşaat için maddi kaynak sağlamak, inşaatı tamamlayabilmek ve inşaatın yapımının üstlenilmesindeki nihai hedef olarak kar etmek amacı ile sözleşme ile kendisine verilmesi kararlaştırılan arsa paylarını, çoğu zaman inşaat başlamadan veya devam ederken alıcılara harici satış sözleşmeleri ile satmaktadır.²⁸⁹

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesi ile yüklenici, alıcının ödeyeceği bedel karşılığında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine ait olan bağımsız bölümü satmayı ve mülkiyetini geçirmeyi taahhüt etmektedir. Taraflar arasında yapılan sözleşme ile bir taşınmazın mülkiyetinin satışı ve devri amaçlanmaktadır. Bu nedenle yüklenici ile alıcı arasında düzenlenen sözleşme bir taşınmaz satım sözleşmesidir.

Taşınmaz satım akdinin ne şekilde yapılacağı Borçlar Kanunu madde 213 'de açıkça belirtilmiştir. Buna göre: “*Gayrimenkul bey'i muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır*”. Taraflar arasında düzenlenen ve sonuç olarak bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran bu sözleşmenin kural olarak resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. MK. m. 706 'da bu hükme paralel bir hüküm ile taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerektiğinin

tesliminde bedelinin ödeneceği şeklindedir... ”, YHGK. 17.3.1999 T. 1999/13-156 E. 1999/154 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

²⁸⁷ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 147; Yavuz, s. 25 vd.

²⁸⁸ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 147.

²⁸⁹ Kostakoğlu, s. 1224; Kartal, s. 50; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 163; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.II, s. 693.

altını çizmiştir: “*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır*”.

Kural olarak taşınmaz satım sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu satış sözleşmesinde yüklenicinin alıcıya teslim ve mülkiyetini geçirme borcunu üstlendiği arsa payı (ve ileride ona bağlanacak bağımsız bölüm) aynı zamanda, yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince; yüklenici edimini yerine getirdiği takdirde, sözleşme gereği arsa payının mülkiyetinin devrini isteme konusundaki alacak hakkının da konusudur.²⁹⁰ Arsa payı niteliği itibarı ile bir taşınmaz olduğundan, bu payın devrini öngören sözleşmelerin geçerli sayılması için resmi şekilde düzenlenmiş olmaları şartı aranacaktır. Ancak yüklenici ile alıcı arasında bağımsız bölüm satışına ilişkin harici satım sözleşmelerini, Yargıtay ve öğreti alacağın temlik olarak kabul etmekte, taşınmaz satıma ilişkin olarak yapılan bu gayri resmi sözleşmeler bu nedenle geçerli sayılmaktadır. Taraflar arasında düzenlenen bu satım sözleşmesi Borçlar Kanunu madde 162 vd. gereğince bir alacak hakkının bedel karşılığında temlik niteliğinde bir sözleşmedir.²⁹¹

Yüklenicinin alıcı ile yaptığı arsa payı ve bağımsız bölüm satışlarına ilişkin sözleşme alacağın temlik olarak nitelendirildiğinden, taraflar arasında düzenlenen bu satım sözleşmesinin geçerli sayılması için resmi şekilde düzenlenmesine gerek yoktur.²⁹² Bu satım sözleşmesinin BK. m. 163/I gereğince adi yazılı şekilde düzenlenmesi geçerli sayılması için yeterlidir.²⁹³

²⁹⁰ Öz, s. 92.

²⁹¹ Öz, s. 92; Kartal, s. 50; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 175; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler CII, s. 707; Uygur, İnşaat Hukuku, s. 828.

²⁹² Arsa payı/kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin alacağını temlik etmesi özellik taşıır. Zira burada temlike konu alacak arsa payı mülkiyetinin naklini isteme alacağıdır. Bu alacağın temlik için MK. m. 706 uyarınca resmi şekil veya en azından Noterlik Kanunu m. 60 gereğince taşınmaz satış vaadi şekline kıyasen noterde düzenlenme şekli gerekeceği düşünülürse de; Yargıtayımız yerleşik içtihatları ile adi yazılı şekli yeterli görmektedir. Buna göre; müteahhit henüz inşaat devam ederken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca iş/arsa sahibinden bedel yerine alacak olduğu taşınmaz payını ve buna bağlı olarak ileride oluşacak kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümü, adi yazılı şekilde hazırlayıp imzaladığı bir alacak temliknamesi ile üçüncü kişilere devredebilecektir., Öz, s. 93.

²⁹³ Kılıçoğlu, s. 600; Ayan, s. 40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 20; Dayınlarlı, Alacağın Temlik, s. 98; Reisoğlu, s. 404; Kartal, s. 51; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 828; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 831.

II. Yüklenici ile Alıcı Arasındaki Satım Sözleşmesinin Özellikleri

A) Satım Sözleşmesi Rizai ve Taraflar Açısından Borç Doğurucu Bir Sözleşmedir

Satım sözleşmesi tarafların karşılıklı olarak satılacak mal ve bu mal için ödenecek satım bedeli ve bunların karşılıklı değiştirilmesi konusunda yapılacak anlaşma ile meydana gelir. Bu nedenle satım sözleşmesi tarafların karşılıklı rızasına dayalı bir sözleşmedir.²⁹⁴

Taraflar arasında yapılan sözleşme satım sözleşmesi olması itibarı ile borç doğuran bir sözleşmedir.²⁹⁵ Bu sözleşme ile yüklenici sözleşmede belirlenen satım bedeli karşılığında sözleşme konusu arsa payı ve ileride bu paya bağlanarak Kat Mülkiyeti Kanuna tabi olacak bağımsız bölümün teslimi ve mülkiyetini geçirme borcu altına girer. Bunun karşılığında alıcı aldığı bağımsız bölüm için sözleşmede kararlaştırılan satım bedelini öngörülen koşullarda satıcıya ödeme borcunu yüklenir.²⁹⁶

Satım sözleşmesi tek başına satımı kararlaştırılan bağımsız bölümün mülkiyetini alıcıya geçirmez. Mülkiyetin geçmesi için ayrıca yüklenicinin bu iş gerekli tasarruf işlemi yerine getirmesi yani taşınmazın mülkiyetini resmi şekilde tapu sicil memurları tarafından düzenlenecek sözleşme ile tapuda devir ederek, alıcıya geçirmesi gerekir.²⁹⁷

B) Satım Sözleşmesi ile Yükleniciye Ait Olan Arsa Payının Devrini Talep Etme Konusundaki Alacak Hakkı Alıcıya Geçer

Yüklenici yaptığı satım sözleşmesi ile arsa sahibinden sözleşme gereği arsa paylarının devrini talep etme konusundaki kişisel alacak hakkını alıcıya satmaktadır. Alıcı bedelini ödeyerek, yüklenicinin arsa sahibine karşı sahip olduğu bu arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümün mülkiyetinin devrini talep etme hakkının yeni sahibi

²⁹⁴ Yavuz, s. 22; Aral, Borçlar Hukuku, s. 62; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 146.

²⁹⁵ Eren, s. 158; Ayan, s. 109; Reisoğlu, s. 46 vd.; Kılıçoğlu, s. 32.

²⁹⁶ Aral, Borçlar Hukuku s. 61; Yavuz, s. 23; Zevkliler/Havutçu, s. 51; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 144.

²⁹⁷ Zevkliler/Havutçu, s. 51; Aral, Borçlar Hukuku, s. 61; Yavuz, s. 23; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 144.

olmaktadır. Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan bu talep hakkını borçlu/arsa sahibinin rızasına gerek kalmaksızın BK. m. 162 ve devamı gereğince temlik etmektedir. Temlikin geçerli olmasının tek şartı BK. m. 163/I 'de yer aldığı gibi yazılı şekilde düzenlenmiş olmasıdır.²⁹⁸

Kural olarak taraflar yani yüklenici ile alıcı bağımsız bölüm satım sözleşmesi imzalamakla, yüklenicinin arsa sahibine karşı sahip olduğu kişisel alacak hakkı da yazılı olarak yapılan bu sözleşme ile alıcıya temlik edilmiş olur. Temlik bir tasarruf bir işlemi olup, bağımsız bölümün mülkiyetinin geçirilmesini talep konusundaki alacak hakkı temlik edilmekle, temlik eden yüklenicinin malvarlığının aktifinden çıkararak, alacağı devralan alıcının malvarlığına girer.²⁹⁹ Bu alacağı arsa sahibinden talep etme hakkının sahibi artık alıcıdır. Ancak alıcının bağımsız bölümün mülkiyetini arsa sahibinden talep edebilmesi, yüklenicinin sözleşme ile arsa sahibine karşı yüklendiği tüm edimleri yerine getirerek, inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmesi halinde mümkün olacaktır.³⁰⁰ Satım sözleşmesi ile alacak hakkı ile birlikte hak üzerinde mevcut her türlü imtiyaz ve fer'i haklarda alıcıya geçer.³⁰¹

Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklendiği edimi yerine getirmekle, taraflar arasında yapılan bu temlik hukuki sonuçlarını doğurur ve alıcı arsa sahibine başvurarak yüklenicinin halefi olarak satın aldığı arsa payı ya da bağımsız bölümün kendi adına tescilini arsa sahibinden talep edebilir.

²⁹⁸ Kılıçoğlu, s. 600; Eren, s. 1185; Ayan, s. 40; Reisoğlu s. 404; Uygur, Borçlar Genel Hükümler C.II, s. 828; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 831; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 98; Kartal, s. 51; "BK nun temlik sözleşmesinin şeklini düzenleyen 163. maddesine göre temellük iddiasının yazılı şekilde kanıtlanması gerekir.Yasanın emrettiği biçim koşuluna uygun yazılı temlik anlaşması bulunmamaktadır. Burada Yasa koyucu Borçlar Kanunundaki şekil serbestisi ilkesinden ayrılarak, temlik sözleşmesi için özel bir şekil şartı öngörmüştür. Bu şekil geçerlik (sıhhat) şartıdır. Borçlar Kanununun 11/2 maddesi gereğince de "Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz". Bundan da anlaşılacağı üzere aksine açıklık bulunmadıkça Yasanın uyulmasını emrettiği şekil bir geçerlik (sıhhat) şartıdır. Kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin kuralları emredici nitelikte olduğundan sözleşmenin şekil noksanlığı nedeniyle geçerli olup olmadığına hâkimin görevi gereği kendiliğinden dikkate alması gerekir. Orta yerde yazılı bir alacağın temlik sözleşmesi bulunmadığından Yasa, sözlü sözleşme ile yapılan temlikin muteber olmayacağını hükme bağladığından, davacı yüklenicinin yaptığı sözlü temlike dayanarak tescil talep edemez", Yarg. 14. HD. 14.112006 T. 2006/13020 E. 2006/13069 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

²⁹⁹ Eren, s. 1180; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 74.

³⁰⁰ Kartal, s. 51; Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 177.

³⁰¹ Eren, s. 1194; Kılıçoğlu, s. 597; Dayınlarlı, Alacağın Temliki, s. 74 vd.

C) Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Satım Sözleşmesi İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

Yüklenici ile alıcı arasında düzenlenen bu satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yüklenici bu satım sözleşmesi ile sözleşme konusu arsa payı ve ileride inşaat tamamlandığında bu arsa payının karşılık geleceği bağımsız bölümün mülkiyetini alıcıya devir ve temlik etme borcu altına girmekte, alıcı ise, kendisine yapılan bu temlik karşılığında sözleşmede kararlaştırılan satım bedelini yükleniciye ödemeyi kabul ve taahhüt etmektedir.³⁰² Bu sözleşmede tarafların birbirlerine karşı ifa borcu altına girdiği edimler diğer taraf açısından alacak hakkı doğurmaktadır. Yüklenici ile alıcı arasında yüklenilen edimler açısından bir *değiş tokuş ilişkisi* vardır ve birinin edimi diğerinin edimine bağlı ve onun karşılığıdır.³⁰³ Mülkiyeti devir borcunun borçlusu yüklenici, satış bedeli yönünden alacaklıdır. Satım bedeli ödemekle yükümlü bulunan alıcı ise, bedel ödemek bakımından borçlu, satılan bağımsız bölümün mülkiyetini devrini talep açısından ise alacaklıdır. Sözleşmenin tarafları birbirlerinin hem alacaklısı hem de borçlusu durumundadır³⁰⁴.

III. Taraflar Arasında Düzenlenen Satım Sözleşmesinin Kurucu Unsurları

A) Arsa Payı ve Arsa Payına Karşılık Gelecek Bağımsız Bölüm

Yüklenici ile alıcının yaptığı satım sözleşmesinin konusunu taşınmaz bir mal oluşturur. Taşınmaz; niteliği gereği yerinde sabit olan ve bir yerden başka bir yere taşınması söz konusu olmayan, MK. m. 704 ve 998 'de yer alan, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir.³⁰⁵

Yüklenici alıcıya Kat Mülkiyeti Kanuna tabi olacak şekilde yapımına başlanan inşaattan, belirli arsa paylarını ve kat mülkiyeti kurulduğunda bu paylara karşılık

³⁰² Eren, s. 194; Ayan, s. 110; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 68.

³⁰³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 68; Eren, s. 194; Ayan, s. 110.

³⁰⁴ Eren, s. 1194.

³⁰⁵ Zevkliler/Havutçu, s. 71; Aral, Borçlar Hukuku, s. 171 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler C.III, s. 475 vd.

gelecek bağımsız bölümü satıp, mülkiyeti devir etme borcu altına girmektedir. Sözleşmenin konusunu henüz yapımına başlanmamış ya da tamamlanmamış olmakla birlikte tarafların anlaşmalarına göre ileri bir tarihte tamamlanacak olan bir bağımsız bölüm oluşturmaktadır. Satım sözleşmesinin kurucu unsurlarından olan mal, yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşmede taşınmaz bir mal, bir bağımsız bölümdür.

Yüklenici ile alıcı arasında yapılacak bu satım sözleşmesinde satımı kararlaştırılan taşınmazın tapu kaydı, bağımsız bölümün vaziyet planında belirlenmiş numarası açık bir biçimde gösterilmelidir. Uygulamada yapılan taşınmaz satım sözleşmelerinde konu başlığı altında taşınmazın tapu kaydı ve bağımsız bölümün numarası yazılmakta ve sözleşmenin eki niteliğinde olarak düzenlenen ve aynı zamanda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de ekinde bulunan teknik şartname (mahal listesi), bağımsız bölümün bakacağı yönler (Kuzey-Batı-Doğu-Güney şeklinde), bağımsız bölümün m2 olarak oturumu, bağımsız bölümün taşıyıcı sistemi, duvarları, doğramaları, sıva, boya, badana, yer döşemeleri, elektrik, ısıtma-soğutma ve su tesisatı, mutfak, banyo, vd. bağımsız bölümü belirlenir kılan tüm özellikleri taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hükümleri ve şartlarına aykırı düşmemek üzere taraflarca kararlaştırılmaktadır. Yüklenici ile alıcının yaptığı satım sözleşmesinde satılan bağımsız bölüm, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde daha önce belirlenmiş koşullara göre yapıp alıcıya teslim edilmektedir.

B) Yükleniciye Ödenecek Satım Bedeli

Satım sözleşmesinin kurulması için gereken esaslı unsurlarından biri satım bedelidir.³⁰⁶ Taraflar aralarında düzenlenen sözleşmede satılan mal için bir bedel öngörmemişlerse düzenlenen bu sözleşme satım sözleşmesi olmaz. Borçlar Kanununun 182 nci maddesinde satımın bedel karşılığında gerçekleşeceği açıkça belirtmiştir.

Satılan mal karşılığında bir miktar paranın satıcıya ödenmesi gerekir.³⁰⁷ Satıcıya mal karşılığı bir bedel ödenmiyor ve satıcı malı alıcıya karşılıksız olarak devir ve teslim

³⁰⁶ Zevkliler/Havutçu, s. 54 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 60 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 145 vd.

³⁰⁷ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 67.

etmeyi taahhüt ediyorsa bağışlama ya da satıcıya sattığı malın karşılığı olarak para yerine başkaca bir mal veriyorsa trampa sözleşmesi söz olacaktır.³⁰⁸

Taraflar kural olarak sözleşme ile satılan bağımsız bölümün bedelini karşılıklı olarak BK. 19. maddesine göre serbestçe kararlaştırabilirler: “*Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tâyin olunabilir. Kanunun kat’i surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (âdaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdirserbestçe tayin edebilirler*”.

Uygulama taraflar ödenecek satım bedelini taşınmazın bulunduğu mevkii, bağımsız bölümün sahip olduğu özellikler, büyük ya da küçük olma hali, ödemenin peşin ya da taksitli olması, taksit yapılması halinde bu taksitlerin miktarı ve ödeme süreci, emsal bağımsız bölümlerin satış bedeli, vb. bir takım hususları göz önünde bulundurarak belirlemektedir. Yüklenici bağımsız bölüm için fiyat belirlerken hem bağımsız bölümün tamamlanması için gereken bedeli hem de bu satış neticesinde elde edeceği mesleki kazancı göz önünde bulundurmakta, alıcı da satım için önerilen bu bedeli kendi ekonomik olanaklarını ve ödeme gücünü göz önünde bulundurarak kabul etmekte ya da satım için kendi olanakları çerçevesinde bir ödeme planı çıkararak yükleniciye sunmaktadır. Tarafların karşılıklı talepleri, içinde buldukları durum ve görüşmeler neticesinde üzerinde mutabık kalınan bedel bağımsız bölümün satım bedeli olarak sözleşmede yer almaktadır.

Kanun koyucu satım bedelinin bir miktar para olması konusunda açık hüküm koymuş, ancak bu paranın mutlaka Türk parası olması gerektiği yönünde bir hüküm koymamıştır. Bu nedenle taraflar satım bedelini Türk parası ya da diledikleri başka bir yabancı para üzerinden kararlaştırabilirler.³⁰⁹

Satış bedelinin mutlaka belirlenme zorunluluğu bulunmamaktadır. BK. nun 182/III. maddesi gereğince; mevcut duruma göre belirlenmesi mümkün olan semen,

³⁰⁸ Zevkliler/Havutçu, s. 54.

³⁰⁹ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 145 vd.; Zevkliler/Havutçu, s. 57 vd.; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 67.

belirlenmiş sayılır.³¹⁰ Satım bedelinin sözleşmenin kurulduğu zaman kesin olarak belirlenmesi şart olmayıp, belirlenebilir nitelikte olması yeterlidir. Ancak yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesinde benim görüşüme göre; satış bedelin ve bu bedelin ne şekilde ödeneceğinin ayrıntılı şekilde yer alması, ileride sözleşmenin ifa edilmemesi halinde taraflarına satım bedeli ve bu bedelin ne şekilde ödendiğinin ispatı açısından büyük kolaylıklar sağlayacaktır.

C) Edimlerin Değiştirilmesi Konusunda Anlaşma

Yüklenici ve alıcı satım sözleşmesinin esaslı unsurları olan satılan bağımsız bölüm ve satım bedeli ve bunların karşılıklı olarak birbirleriyle değiştirilmesi konusunda anlaşmaya varmalıdır.³¹¹ Tarafların bu konuda anlaşmaları ile sözleşme tamamlanmış olur. Sözleşmenin kuruluşu için tarafların karşılıklı, birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmaları ve muhatabın kabul beyanı yeterli olup, bağımsız bölümün teslimi ya da satım bedelinin hemen ödenmesi gerekli değildir.³¹² Sözleşme ilişkisinin kurulması tarafları açısından malı ya da satım bedelini isteme konusunda kişisel bir talep hakkı doğurur.³¹³ Sözleşmenin taraflarından her biri diğerinden ediminin yerine getirilmesini bu kişisel hakka dayanarak talep edebilir.

Sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra yüklenici edimini sözleşmede belirlenen sürede yerine getirerek bağımsız bölümü alıcıya teslim ve mülkiyetini devir edecek, alıcıda satım bedelini anlaşmaya uygun olarak yükleniciye ödeyecektir. Edimler birbiri ile yer değiştirecektir.

Tarafların edimleri arasında öngörülen bu değiştirilme zamanını BK. 182/II. maddesi açıkça göstermiştir. Buna göre, “*Hilâfına âdet veya mukavele mevcut değil ise bayi ile müşteri borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler*”. Bu hüküm gereğince aksini kararlaştırılmamışsa, sözleşmenin tarafları edimlerini karşılıklı olarak aynı zamanda ifa edecektir.³¹⁴ Taraflar, kendi edimlerini yerine getirmeden ya da getirmeye hazır olduğunu karşı tarafa bildirmeden karşı taraftan edimini yerine getirmesini

³¹⁰ Aral, Borçlar Hukuku, s. 60; Yavuz, s. 25; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 145; Zevkliler/ Havutçu, s. 56 vd.

³¹¹ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 67.

³¹² Zevkliler/Havutçu, s. 58; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 67.

³¹³ Zevkliler/Havutçu, s. 58.

³¹⁴ Zevkliler/ Havutçu, s. 58 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 62.

isteyemezler. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde ifa konusunu düzenleyen BK. 81. maddesi de bu yönde hüküm getirmiştir. “*Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lâzımdır*”.³¹⁵

IV. Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Satım Sözleşmesinin Aynı Zamanda Eser Sözleşmesi Niteliğinde Olup Olmadığı Sorunu

Yüklenici ile alıcı bağımsız bölüm satımı konusunda anlaşarak satım sözleşmesini meydana getirdiklerinde; bu sözleşme yüklenici açısından sözleşmede öngörülen bağımsız bölümün satışı ve mülkiyetini geçirme borcu doğurur. Alıcı açısından doğan borç ise satım bedeli olarak belirli bir miktar para ödemektir. Yüklenici bu satım sözleşmesi ile bağımsız bölümün satışı ile birlikte bu satımı öngörülen ve henüz yapımına başlanmamış ya da başlanmakla birlikte tamamlanmamış bağımsız bölümü sözleşmede öngörüldüğü koşullarda bitirip alıcıya teslimi edimini de yüklenmiştir. Bu açıdan bakıldığında taraflar arasında yapılan sözleşme hem satım sözleşmesi hem de eser sözleşmesi niteliklerini taşıyan birleşik bir sözleşme olarak kabul edilebilir mi?

Borçlar Kanunu madde 355 'de eser sözleşmesi şu şekilde tanımlamaktadır: “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*”. Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir bedel karşılığında, bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği, kural olarak geçerliliği şekle tabi olmayan, rızai, ani edimli, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.³¹⁶

Yüklenici sözleşme ile alıcıya sattığı arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümü satarken, henüz yapılmamış bu bağımsız bölümü sözleşmede öngörülen şartlarda yapıp

³¹⁵ “Davalı arsa sahibinin, Borçlar Yasasının 81. maddesine dayanarak davacı yüklenicinin kendi ön ediminin yerine getirilmesini, varsa meydana getirdiği eserin kusurlarının düzeltilmesini istemek ve davacının borcunun tamamen ifasına kadar, kendi edimini yerine getirmekten kaçınmak hakkına sahip bulunmaktadır..”, Yarg. 15. HD. 3.11.1977 T. 1977/1849 E. 1977/2033 Kr; “Davacı tescil isteyebilmesi için Borçlar Yasasının 81. maddesi uyarınca ilk önce kendi edimini yerine getirmesi gerekeceğine, bu nedenle davacı ve vekiline bakiye satış bedeli 2.130.000 lirayı mahkeme veznesine veya tayin edilecek tevdi mahalline yatırmaları için önel verilmesi ve hasil olacak sonuç dairesinde işlem yapılması gerekirken bakiye satış bedelinin ödenmesi bakımından şarta muallak hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırıdır”, Yarg. 14. HD. 16.6.1987 T. 1987/2898 E. 1987/5215 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.6.2008).

³¹⁶ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.V, s. 651.

tamamlamak ve alıcıya teslim etmek yani bir eser meydana getirmek borcu altına da girmektedir. Alıcıya temelden satılan bağımsız bölüm projeye ve taraflar arasında tanzim edilen sözleşmede öngörülen teknik şartlara ve diğer koşullara uygun olarak tamamlandığında ortaya bir eser çıkmaktadır. Alıcının satım bedeli olarak ödediği bedel ise, sadece arsa payının satış bedeli değil, aynı zamanda o arsa payının karşılık geldiği bağımsız bölümün tamamlanması ve teslimi edimini de kapsar. Çünkü sözleşme yapıldığı sırada satılan arsa payına karşılık gelecek bağımsız bölüm henüz yapılmamıştır.

Öz, bu nedenle yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşmenin satım ve eser sözleşmelerinden oluşan birleşik sözleşme niteliğinde olduğu görüşündedir. Öz 'e göre bu sözleşmenin bileşik sözleşme olması satıcının (yüklenicinin) taahhüdünün, taşınmaz satımı ile sınırlı kalmayıp, ayrıca bağımsız bölüm yapımına da yönelik bir taahhüdü daha kapsamakta olmasından kaynaklanmaktadır. Taraflardan yüklenicinin yani satıcının edimi hem satıcının, hem de eser sözleşmesinde yer alan yüklenicinin edim borcunu içermektedir.³¹⁷

Erman 'da yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği itibarı ile yüklenicinin edimi hem satımı, hem de eser (bağımsız bölüm) yapımını kapsadığından, birleşik sözleşme olduğu yönündedir. Alıcı, bu sözleşmeye dayanarak yükleniciden hem satım sözleşmesinin yerine getirilerek, arsa payı mülkiyetinin devrini hem de kendisine satışı taahhüt edilen bağımsız bölümün tamamlanarak teslimini talep etme hakkına sahip olur.³¹⁸

YİBGK. 24.4.1978 Tarih, 1978/3 E. ve 1978/4 Kr. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; yüklenici ile alıcı arasında düzenlenen ve yapılacak ya da yapılmakta olan inşaatın bağımsız bölüm satışına ilişkin sözleşmeleri baskın niteliği nedeni ile yalnızca satım sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.

Kararda: *“İçtihadı birleştirmeye neden olan kararlarda sözü edilen bağımsız bölüm satış vaadi, inşa edilecek veya edilmekte olan binalardaki katlara ilişkindir. Topraktan kat satışı denilen bu hukuki ilişki; bir eser (istisna) sözleşmesi değil, bir*

³¹⁷ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 164.

³¹⁸ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 164.

*satım sözleşmesidir. Çünkü bunda önceden belli bir projeye göre işin yerine getirilmesi söz konusudur ve emek (çalışma), satılan kat için özel bir nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle sözleşmede emek değil, nesne teslimi edimi üstün bulunmaktadır”.*³¹⁹

Bu içtihadında Yargıtay yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmelerinin ya da satış vaadi sözleşmelerinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay 'a göre bağımsız bölümler belirli bir projeye göre tamamlanmakta ve emek bu sözleşme açısından çok önemli olmayıp, önemli olanın nesnesin yani bağımsız bölümün teslimidir. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşme eser sözleşmesi olmayıp sadece satım sözleşmesidir.

Bende Yargıtay 'ın görüşüne katılıyorum. Yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşme bir yönüyle yüklenici açısından eser sözleşmesi niteliği taşıyor gibi görünse de, sözleşme baskın karakteri nedeni ile bir satım sözleşmesidir. Taraflar arasında yapılan satım sözleşmesinde bağımsız bölüm satışı amaçlanmaktadır. Her ne kadar yapılan sözleşmede, yüklenici henüz yapmadığı, teslim hazır olmayan bir bağımsız bölümün satışı ile bağımsız bölümü tamamlayıp mülkiyeti geçirme borcunu yüklense de, yüklenici satım konusu bağımsız bölümü, arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümleri çerçevesinde meydana getirecektir. Satılan bağımsız bölüm, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan sözleşme gereği daha önce plan ve projesi çizilmiş, ruhsatı alınmış ve sözleşmede öngörülen koşullarda yapılan inşaatın bir parçasıdır. Yüklenici alıcıya sattığı bağımsız bölümü, bütünle yani arsa sahibi ile yaptığı eser sözleşmesi gereğince yapımını taahhüt ettiği inşaatın tamamı ile birlikte meydana getirecektir. Alıcı için yeni bir eser meydana getirmemekte daha önceden kararlaştırılmış eserin bir bölümünü meydana getirerek, alıcıya teslim etmektedir. Satılan bağımsız bölüm özel bir nitelik taşımamaktadır. Yüklenicinin bu sözleşme ile asıl ve baskın edimi taşınmaz mülkiyetinin satımı ve mülkiyetinin geçirimi edimidir.

Uygulamada da yüklenici arsa sahibi ile yaptığı sözleşme gereğince satım sözleşmesinden çok önce çizilen ve onaylanan proje, belirlenen teknik şartname, inşaatın özelliklere bağlı kalarak inşaatı tamamlamaktadır. Alıcı için özel yeni bir eser meydana getirmemektedir. Yüklenicinin bu projenin dışına çıkması mümkün değildir.

³¹⁹ İctihat Bilgi Bankası, 12.5.2008.

Yüklenicinin alıcıya sattığı bağımsız bölüm önceden çizilen bu genel çerçeve içerisinde tamamlanmaktadır. Yüklenici alıcı için yeni bir eser meydana getirmemekte, tamamlamakla yükümlü olduğu eserin bir bölümünü alıcıya satmaktadır. Alıcının amacı bir bağımsız bölüm inşaa ettirmek olmayıp, bağımsız bölüm satın almaktır. Alıcı ile yüklenicinin yaptıkları satım sözleşmesinde, arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerden farklı malzeme kullanımı konusunda anlaşmaları, alıcının bağımsız bölüm için projeye aykırı olmayan talepleri, sözleşmeye eser sözleşmesi niteliği kazandırmaz. Sözleşmenin baskın karakteri satım sözleşmesi niteliğinde olmasıdır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN SATIM SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

§ 10. YÜKLENİCİ İLE ALICI ARASINDA YAPILAN SATIM SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

I. Genel Olarak

Satım sözleşmesi kurulmakla, satıcı açısından temel borç olarak satılanın alıcıya teslimi ve mülkiyetinin geçirilmesi borcunu doğurur. Ancak satıcının tek borcu, mülkiyeti geçirme borcu değildir. Ayrıca satılanı ayıpsız teslim etme ve üçüncü bir kişinin satılana hak iddia etmesi halinde zapta karşı tekeffül borcunda vardır. Taşınmaz satımının alıcı açısından doğurduğu temel borç satım bedelinin satıcıya ödenmesidir. Bunun yanı sıra bir takım yan borçları da bulunmaktadır. Bu bölümde satım sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması nedeni ile taraflarına yüklediği borçlar anlatılacaktır. BK. 217. maddesinde taşınır satımına ilişkin kuralların kıyas yolu ile taşınmaz satım sözleşmesine de uygulanacağını açıkça belirtmiştir. Bu nedenle satılanın taşınmaz ya da taşınır olmasına bakmaksızın satım sözleşmesinin taraflara yüklediği borçlar ve sağladığı haklar her iki sözleşme açısından aynı olup, sadece satılan taşınmazın satım sözleşmesinde yer alan ölçülere uygun olmaması halinde satıcı için ek bir tekeffül hükmü BK. m. 215 'de yer almaktadır.

II. Yüklenicinin Borçları

A) Arsa Payını (Bağımsız Bölümü) Teslim ve Mülkiyetini Geçirme Borcu

Satım sözleşmesinin satıcıya yüklediği borçların başında satılanı alıcıya teslim ve mülkiyetini geçirme borcu gelir. Satıcı, satılan malı teslim ettiğinde satım sözleşmesi

tamamlanmış olur.³²⁰ “**Teslim kavramı, doğruya zilyetliğin nakli, yani şey üzerinde fiili hâkimiyetin sağlanmasını ifade eder**”.³²¹ Zilyetlik ister taşınmaza ister taşınıra ait olsun bir hâkimiyet durumunu ve zilyetliğe konu hak ya da mal üzerinde fiili tasarrufu ifade eder.³²² Satım sözleşmesi sonucunda satılan malın satıcı tarafından, alıcıya teslim edilmesi ile satılan mal üzerinde alıcıya fiili tasarruf hakkı sağlanmış olur.³²³ “**Satıcının teslim borcu satılan malın aynen veya hukuken alıcının egemenlik alanına geçirilmesi ile ifa edilmiş olur.**”³²⁴

Yüklenici satılan bağımsız bölümü tamamlayıp, bu bağımsız bölümü alıcıya fiilen teslim etmeli³²⁵ yani taşınmazı alıcının egemenlik alanına geçirmelidir.³²⁶ Teslim borcunun yerine getirilmesi, ancak satılan malın alıcıya teslimi ile söz konusu olur.³²⁷ Satım sözleşmesi borç doğrucu bir sözleşme olması itibarı ile satım sözleşmesinin yapılması, satılan arsa payının (bağımsız bölümün) mülkiyetini alıcıya geçirmez, satıcı yüklenici için bu arsa payına bağlı bağımsız bölümü alıcıya teslim etme borcu doğurur.³²⁸ Satıcın malı teslim ve mülkiyeti geçirme borcu birbirine bağlı fakat birbirinden ayrı iki borçtur.³²⁹ Bu özellikle taşınmaz satımlarında kendini gösterir. Taşınırlarda istisnalar hariç teslim ile mülkiyetin geçirilmesi borcu yerine getirilmiş olur.³³⁰ Taşınmaz satımında teslim ile mülkiyetin geçirilmesi tamamen farklı işlemlerdir. Teslim için zilyetliğin devri yeterliken, mülkiyetin geçirilmesi için taşınmazın tapu siciline alıcı adına tescil edilmesi gerekir.³³¹

Bu nedenle yüklenicinin, satım sözleşmesi ile sattığı bağımsız bölümün fiilen alıcıya teslimi, mülkiyeti geçirmez sadece yüklenici teslim borcunu yerine getirmiş olur. Yüklenicinin mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmesi için bu bağımsız bölümün Medeni Kanun hükümlerine göre alıcı adına tescili için MK. m.1013 gereğince tescil

³²⁰ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 93; “BK.nun 182/1 maddesi hükmünce satılan malın alıcıya teslimi ile satış akdi tekemmül eder.”, Yarg 15.HD. 13.2.1986 T. 1985/3051 E. 1986/495 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

³²¹ Aral, Borçlar Hukuku, s. 86.

³²² Oğuzman/Seliçi, s. 53 vd.

³²³ Aral, Borçlar Hukuku, s. 86.

³²⁴ Zevkliler/Havutçu, s. 114.

³²⁵ Aral, Borçlar Hukuku, s. 86.

³²⁶ Zevkliler/Havutçu, s. 114; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 93.

³²⁷ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 234.

³²⁸ Yavuz, s. 35.

³²⁹ Yavuz, s. 35.

³³⁰ Zevkliler/Havutçu, s. 114; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 233; Yavuz, s. 35.

³³¹ Zevkliler/Havutçu, s. 115; Oğuzman/Seliçi, s. 36.

talebinde bulunması ve bu talep üzerine tapu sicil memurunun satım konusu taşınmazı alıcı adına tapuya tescil etmesi gerekir.³³²

Yüklenicinin mülkiyeti geçirme borcuna aykırı davranması durumunda, alıcı yüklenici ve arsa sahibi aleyhine, bağımsız bölümün tescili talebi ile dava açabilir. Ancak böyle bir davanın dinlenebilmesi, yüklenicinin arsa sahibine karşı yüklediği edimleri yerine getirmesi koşuluna bağlıdır.

B) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

1) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Kavramı ve İçeriği

BK. m. 194 'e göre: “*Bayi müşteriye karşı mebiin zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir*”. Bu hükme göre satıcı sattığı malda bulunan bozukluklardan veya söz verdiği niteliklerin bulunmamasından ötürü sorumlu tutulmuştur.

Kanunda yer alan ayıp kavramı madde metninden yola çıkarak tanımlanırsa ayıp; satıcının beyan ve vaad ettiği vasıfları taşımaması nedeni satılan malda ortaya çıkan ve alıcının o maldan tümüyle ya da gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksiklikler ve bozukluklar olarak tanımlanabilir.³³³ Kısaca ayıp, “ **satıcının varlığını vaad ettiği veya alıcının dürüstlük kuralına göre beklediği vasfın satılarda bulunmamasıdır**”.³³⁴ Satıcının ayıp sorumluluğu ise, ayıbın varlığı halinde satıcının bu ayıp nedeniyle sorumlu tutulmasıdır.³³⁵

Tanımlardan ve kanun metninden görüleceği üzere satıcının ayıp dolayısıyla iki tür sorumluluğu söz konusudur. Biri satılan malda onun değerini ve kullanıma elverişli

³³² Yavuz, s. 103; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 235; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 94.

³³³ Zevkliler/Havutçu, s. 115; Yavuz, s. 52; Aral, Borçlar Hukuku, s. 110; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 336; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 150.

³³⁴ Aral, Borçlar Hukuku, s. 111.

³³⁵ “..Davacı satıcı olarak, satılardan yararlanmayı ortadan kaldıran ayıptan yasal tekeffül borcu nedeniyle alıcıya karşı ayıbın meydana gelmesinde kusurlu olmasa bile sorumludur..”, Yarg. 13. HD 14.1.1985 T. 1984/7744 E. 1985/119 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

olmasını ortadan kaldıran ya da azaltan ve alıcının malı bu şekilde kabul etmesini engelleyen ayıplar nedeni ile sorumluluktur. Burada ayıplar vaad edilen değil dürüstlük kuralı gereğince beklenen ve satılarda bulunması gereken vasıfların yokluğundan kaynaklanmaktadır.³³⁶ Bu kanundan kaynaklanan bir sorumluluk olup, bu sorumluluk için ayrıca sözleşme yapılmasına ya da yapılan sözleşmeye hüküm konulmasına gerek yoktur. Diğerisi ise, satıcının malın satışı sırasında satılarda var olduğuna ilişkin beyanda bulunduğu ve söz verdiği belirli olumlu niteliklerin teslim edilen malda bulunmaması nedeni ile sorumlu olması halidir.³³⁷ Satıcının satılarda bulunması zorunlu niteliklerin bulunmaması ve bu nedenle malın değerini ve kullanıma elverişli olma halini azaltan ya da ortadan kaldıran ayıplar nedeni ile olan sorumluluğu bu ayıpları bilmese dahi vardır. BK. m. 194/II 'de bu husus şu şekilde açıklamıştır: “*Bayi, bu ayıpların mevcu-diyetini bilmese bile onlardan mesuldür*”.

Borçlar Kanununa göre satılan maldaki ayıp, niteliğine göre maddi ya da hukuki bir ayıp olabilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile maddi veya hukuki ayıp kavramına birde ekonomik ayıp kavramı eklenmiştir. TKHK. m. 4/I 'de ayıp şu şekilde tanımlamıştır: “*Etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklâm ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir*”. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun birde alıcının, satılardan beklediği geliri ya da verimi sağlayamaması durumunu ekonomik ayıp olarak nitelendirmiştir.

Yüklenici alıcı ile yaptığı sözleşmede satıcı konumunda olduğundan, onunda sözleşme gereği ayıba karşı tekeffül borcu vardır. Yüklenici alıcıya sattığı bağımsız bölümün değerini ve kullanıma elverişliğini azaltan ya da ortadan kaldıran tüm ayıplardan sorumlu olacaktır. Yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşme açısından ayıp, tarafların düzenlediği sözleşmede kararlaştırdıkları, teknik şartname gereği bulunması gereken özelliklerin ve bağımsız bölümün tahsis amacı bakımından bulunması zorunlu

³³⁶ Aral, Borçlar Hukuku, s. 114 vd.

³³⁷ Zevkliler/Havutçu, s. 116; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 338 vd.; Yavuz, s. 53; Karahasan , Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 150; Aral, Borçlar Hukuku, s. 113.

özelliklerin bulunmamasıdır. Örneğin, bağımsız bölümün pencerelerinin pvc kaplama ve kapılarının sözleşmede belirlenen kalitede olmaması, yerlerin belirlenen marka ve ebatta seramikle döşenmemesi, zorunlu olarak bağımsız bölümde bulunan tesisatların bulunmaması ya da gereği gibi çalışmaması, vitrifiyelerin ya da taşınmazla teslimi gereken ankastre ürünlerin, merkezi klimanın takılmamış olması, vb. hallerde yüklenici alıcıya ayıplı mal teslim etmiş olacaktır.

2) Yüklenicinin Ayıp Nedeni ile Sorumluluğuna İlişkin Maddi Şartlar

a) Ayıp Hasar Alıcıya Geçtiği Zaman Mevcut Olmalıdır.

BK. m. 183 'te satılarda bulunan hasarın alıcıya ne zaman geçeceği yönünde şu kurala yer verilmiştir: *“Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder”*. Kanundan ya da tarafların anlaşmasından doğan bir istisna olmadığı ve sözleşme bozucu ya da geciktirici bir şarta bağlanmadığı sürece yarar ve hasar sözleşmenin tamamlanması ile alıcıya geçer.

Satıcının ayıptan sorumlu olabilmesi için, ayıbın maddi veya hukuki bir ayıp olması arasında bir fark olmaksızın hasarın alıcıya geçtiği anda var olması gerekmektedir. Satılarda hasarın geçtiği anda ayıp olması yeterli olup, ayıbın görülebilirliği şart değildir. Hasarın alıcıya geçmesinden sonra kural olarak meydana gelen ayıplardan satıcı sorumlu tutulamaz.³³⁸ **“Bir alım satım sözleşmesinin ayıp nedeni ile bozulabilmesi için bozmaya esas olan ayıbın, sözleşmenin yapıldığı sırada yasanın öngördüğü şekilde varlığı şarttır”**.³³⁹ Yüklenicinin alıcıya karşı ayıp nedeni ile sorumlu olabilmesi için ayıbın, bağımsız bölümün fiilen alıcıya teslim edildiği tarihten önce meydana gelmiş olmalıdır.

³³⁸ Zevkliler/Havutçu, s. 119; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 339; Yavuz, s. 54 vd.; Karahasan , Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 153; Aral, Borçlar Hukuku, s. 117.

³³⁹ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 153.

b) Satılarda Bulunan Ayıp Önemli Bir Ayıp Olmalıdır.

Ayıp nedeni ile sorumlu tutulabilmek için, ayıbın satılan değerini ve elverişliliğini önemli ölçüde azaltması ya da tamamen ortadan kaldırması gerekir. Aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı sürece önemsiz sayılabilecek ayıplardan satıcı ayıba ilişkin hükümlere dayanarak sorumlu tutulamaz.³⁴⁰ Ancak satıcının vaad ettiği vasıfların bulunmaması nedeni ile sorumlu tutulması için, vasıf eksikliğinin veya oluşan ayıbın satılan malın değerini ve elverişliliğini gidermesi ya da önemli ölçüde azaltması şartı aranmaz. Satıcının vaad ettiği niteliklerinin bulunmaması, satıcının ayıba karşı tekeffül ile sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir.³⁴¹

Yüklenicinin, satılan bağımsız bölümü sözleşmede yer alan şartlarda ve özelliklerde alıcıya teslim etmesi gerekir. Teslim edilen taşınmazda yüklenicinin bağımsız bölümün banyo ve tuvaletlerini yapmamış olması, su tesisatının yetersiz ve kullanılmaz durumda olması kapılarının takılı olmaması, alıcının ekstradan fark ödediği şeylerin yapılmamış olması, dubleks olarak yapılan bağımsız bölümün katlar arası merdivenin olmaması, bağımsız bölümde sözleşmede belirtilenden daha az sayıda oda bulunması ya da teslim edilen bağımsız bölümün gösterilen projeye uygun olmayan tamamen farklı bir yapıya sahip olması, aynı apartmanda bulunan aynı nitelikteki diğer bağımsız bölümlerde yer alan ve sözleşmeye göre bu bağımsız bölümde de olması gereken sauna, hamam, merkezi ısıtma ve soğutma tesisatı ve klimanın olması, vb. ayıplar önemli ayıplardır.

Ayrıca yüklenici açısından ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen bir hükümde BK. m. 215 'de yer almaktadır. Buna göre taşınmazın satım senedinde yazılı ölçüden daha az bir ölçüye sahip olması halinde, yüklenici/satıcı bu eksikliği alıcıya karşı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

³⁴⁰ Zevkliler/Havutçu, s. 119; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 339; Yavuz, s. 56 vd.; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 154; Aral, Borçlar Hukuku, s. 115 vd.

³⁴¹ Aral, Borçlar Hukuku, s. 115.

c) Ayıp Gizli Olmalıdır

Satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için alıcının bu ayıbı bilmemesi gerekir. Alıcının bildiği ayıplardan dolayı satıcı sorumlu tutulamaz (BK. m. 197)³⁴². TKHK m. 4/A.f.5: “*Ayıplı hizmetin neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek edinilen hizmetler hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz*”. Alıcı bağımsız bölümdeki ayıpların varlığını bilmemelidir.

d) Alıcı Sözleşme ile Ayıbı Kabul Etmemiş Olmalıdır

Alıcı satın aldığı malda bulunan ayıbı kabul ettiği takdirde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamaz. Kabul açık ya da örtülü irade beyanı ile gerçekleşebilir. Buna göre alıcının muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirmemesi ya da alıcının muayene etmeksizin satım konusu malı üçüncü bir kişiye devretmesi hali örtülü kabuldür.³⁴³

e) Yüklenicinin Sorumluluğu Sözleşme ile Kaldırılmamış Olmalıdır

Ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanun hükümleri emredici nitelikte olmadığından, sözleşmenin tarafları ayıba karşı tekeffül hükümlerinin aksini kararlaştırabilirler. Taraflar sözleşme ile satıcının sorumluluğunu sınırlandırılacakları gibi ortadan da kaldırabilirler.³⁴⁴ Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran bir sözleşme yapılmış olması halinde, yüklenici bu ayıplardan sorumlu olmayacaktır. Ancak satıcı malda bulunan **ayıbı hile ile gizlemiş ise**, satıcının ayıbını sınırlayan kaldıran her şart bu nedenle geçersizdir.³⁴⁵ BKT. 220. maddesi sorumsuzluk anlaşmasının sadece hile durumunda geçersiz sayılmasına yönelik BK. nun 196. maddesi hükmüne satıcının ağır

³⁴² Zevkliler/Havutçu, s. 119 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 339; Yavuz, s. 56 vd.; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 155 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 117 vd.

³⁴³ Aral, Borçlar Hukuku, s. 119; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 339.

³⁴⁴ Zevkliler/Havutçu, s. 119; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 347 vd.; Yavuz, s. 57; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler C.I, s. 156 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 119 vd.

³⁴⁵ Zevkliler/Havutçu, s. 119; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 348; Yavuz, s. 57; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 156; Aral, Borçlar Hukuku, s. 151 vd.; “..Kural olarak kiralayanın ayıba karşı tekeffül borcu sözleşme ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir de hilesi veya ağır kusurunun varlığı halinde kiralayan bu sorumluluktan kurtulamaz. Bu durum karşısında davalı kiralayan, kira sözleşmesi ve yasa gereği olan kiralananı sözleşmenin amacına uygun kullanmaya elverişli halde, davacı kiracıya teslim borcunu yerine getirememiş olduğundan davacı, sözleşmenin feshine, verdiği teminat ve kira bedelleri ile menfi zararını (yaptığı masrafları) davalıdan istemeye yetkilidir. ...”, Yarg. 13. HD. 6.12.1994 T. 1994/10123 E. 1994/10964 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

kusuru durumunu ekleyerek, satıcının ağır kusurlu olması halinde de sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz saymıştır: “*satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*”.³⁴⁶

f) Yüklenicinin Sorumlu Tutulabilmesi İçin Kusurlu Olması Gerekmez

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun doğumu için satıcının kusurlu olması şartı aranmaz. BK. m. 194/II gereğince satıcı bu kusurların varlığını bilmese dahi bunlardan sorumlu olacaktır. Satıcı ayıbın kusurundan kaynaklanmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz.³⁴⁷

3) Vaad Edilen Niteliklerin Eksiliği Nedeni ile Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

Satıcı/yüklenicinin söz verdiği ve vaad ettiği niteliklerin satılarda bulunmaması nedeni ile sorumlu tutulabilmesi için yüklenicinin maddi, hukuki ya da ekonomik olarak değerini etkileyecek bazı özel niteliklerin taşınmazda mevcut olduğunu alıcıya bildirmek sureti ile satışı yapmış ve alıcının da satılanı bu nitelikleri taşıyor olması nedeni ile satın almış olması gerekir. Satılan taşınmazın niteliğine ilişkin bildirim ciddi ve sözleşmenin yapılmasında etkili olması gerekir. Satıcının malını satmak için rutin övgüleri ve reklâmlar nitelik vaadi değildir.³⁴⁸ Yüklenicinin vaad ettiği vasıfların bulunmaması nedeni ile sorumlu tutulması için, vasıf eksikliğinin veya oluşan ayıbın satılan malın değerini ve elverişliliğini gidermesi ya da önemli ölçüde azaltması şartı aranmaz. Yüklenicinin vaad ettiği niteliklerinin bulunmaması, yüklenici/satıcının ayıba karşı tekeffül ile sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir.³⁴⁹ Vaad edilen vasıfların bulunmaması hali TKHK. m. 4/I 'de “*ambalajında, etiketinde ve kullanma kılavuzunda*

³⁴⁶ Yavuz, s. 57; Borçlar Kanunu Tasarı metni için bkz. www.kgm.adalet.gov.tr.

³⁴⁷ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 156 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 119; Zevkliler/Havutçu, s. 119.

³⁴⁸ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 157 vd.; Zevkliler/Havutçu, s. 120; Aral, Borçlar Hukuku, s. 113 vd.; Yavuz, s. 60 vd.

³⁴⁹ Aral, Borçlar Hukuku, s. 115.

yer alan veya satıcı tarafından vaad edilen” hususların eksikliği olarak ifade edilmiştir.³⁵⁰

Yüklenicinin sözleşme yapılırken, bağımsız bölümde bulunacağını vaad ettiği ve alıcının, bu satım sözleşmesini yapmasına etkisi olan niteliklerin bulunmaması nedeni ile alıcıya karşı sorumlu olacaktır.

Satıcının vaad ettiği nitelikler nedeni ile sorumlu tutulması için ayıbın varlığının yanı sıra ayrıca alıcının üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirerek, ayıbı satıcıya ihbar etmesi şarttır.

4) Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Doğumu İçin Alıcının Üzerine Düşen Yükümlülükler (Şekil Şartı)

Yüklenicinin ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için alıcının satılan malı muayene etmesi ve ayıbı yükleniciye bildirmesi gerekir. Bu alıcıya tanınan bir hak değil, bir yükümlülüktür.³⁵¹ Alıcının bu yükümlülüğü BK. m. 198/I 'de şu şekilde yer almaktadır: *“Müşteri kabz ettiği mebiin halini örf ve âdete göre imkân hâsıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olup mebi de bayiin tekeffül altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal bayie ihbar etmesi lâzım gelir”*.

³⁵⁰ Aral, Borçlar Hukuku, s. 115; Zevkliler/ Aydoğdu, s. 105; Yavuz, N, s. 173.

³⁵¹ Zevkliler/Havutçu, s. 120; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 350 vd.; Yavuz, s. 57 vd.; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 159; Aral, Borçlar Hukuku, s. 120 vd.; “...o malın alıcısı olan kişinin, "satıcının ayıba karşı tekeffülü" hükümlerinden yararlanabilmesi için mutlaka TTK. nun 25. ve BK. nun 198. maddeleri hükümlerinde, açık ve gizli ayıplar için öngörülen yasal süreler içerisinde ayıp ihbarında bulunmuş olması şarttır...”, Yarg. 19. HD. 13.11.2007 T. 2007/6360 E. 2007/9987 Kr; “.. BK. nun 198. maddesi gereğince alıcı, satılanı örf ve âdete göre imkân hâsıl olur olmaz muayene etmek, satılana satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman da bunu derhal satıcıya ihbar etmekle yükümlüdür. Bunu ihmal ettiği halde satılanı kabul etmiş sayılır. Aynı maddenin son fıkrası gereğince de bu kabilden bir ayıp sonradan meydana çıkarsa derhal satıcıya ihbar edilmelidir. Aksi takdirde, satılan ayıp ile beraber kabul edilmiş addolunur. Dava konusu olayda ise sera naylonlarının 1999 yılı Ekim ayında davalıdan alınarak Kasım ayı başında sera üzerine örtüldüğü, Şubat ayında da yırtılmaların başladığı bizzat davacı beyanı ile anlaşılmaktadır. Bu durumda satılanın ayıplı olduğu Şubat ayında ortaya çıkmasına rağmen, BK. nun 198. maddesine uygun olarak derhal ayıp ihbarının yapılmamış olması nedeniyle aynı maddenin son fıkrası gereğince satılanın ayıplı haliyle kabul edilmiş sayıldığı kabulü gerekir.”, Yarg. 13. HD. 28.4.2003 T. 2002/15343 E. 2003/5141 K. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

BK. m. 198/I 'e göre alıcı örf ve âdete göre imkân bulur bulmaz satılanı muayene edecek ve tespit ettiği ayıpları ise **derhal** satıcıya bildirecektir.³⁵² TKHK. ayıplı mal ve hizmetleri düzenleyen dördüncü maddesinde ise alıcının ayıbı bildirmesi için 30 günlük bir süre ihbar süresi öngörülmüştür. TKHK. m. 4/2: “*Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir*”.³⁵³ TKHK. m. 4/IV 'de tüketiciye yapılan satışlarda ayıp sorumluluğunu iki yıllık zamanaşımı süresi ile sınırlamıştır.³⁵⁴

a) Muayenenin Yükümlülüğü, Süresi, Muayene Yeri ve Muayene Masrafları

Alıcının muayene yükümlülüğünü yerine getirmesi için satılanın alıcıya teslimi ve alıcının satılan üzerinde fiilen tasarruf etme olanağının bulunması gerekir.³⁵⁵ Alıcı satılan maldan anlıyorsa muayeneyi kendisi yapabilir. Ancak taraflar muayenenin üçüncü bir kişi tarafından yapılması konusunda anlaşabilirler. Muayene özel ve teknik bir bilgiyi gerektiriyorsa, bu muayenenin bu bilgiye sahip şahıslarca yapılması gerekir.³⁵⁶

Muayene süresi olarak bir süre belirlenmemiş, madde metninde muayenenin örf ve âdete göre mümkün olur olmaz yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu süre satışın ve satılan malın niteliğine, ayıba göre değişiklik gösterir. Belirli süre ticari satışlar (TKK. m. 25/b.3) ile hayvan satışında (BK. m. 199) söz konusudur.³⁵⁷ Alıcı bağımsız bölümü

³⁵² “BK. nun 198 maddesi alıcının satıcının tekeffülü altında olan ayıpları tesbit ettiği zaman bundan derhal satıcıyı ihbar etmesi gerektiği duraksamaya yer verilmeyecek şekilde bildirilmiştir. Davaya konu olan ayıplar satışın yapıldığı tarihten kısa bir süre sonra ortaya çıktığına göre bu ayıpları süresinde satıcı olan davalıya alıcının ihbar etmemesi satılanın bu ayıplarla beraber kabul edildiği anlamını taşır...”, Yarg. 13. HD. 4.12.2001 T. 2001/8435 E. 2001/10737 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 17.5.2008).

³⁵³ Yavuz, s. 59; Aral, Borçlar Hukuku, s. 121 vd.; Zevkliler/Havutçu, s. 120 vd.; “4077 sayılı kanunun 4. maddesine göre satın alan tüketici teslim aldığı malların ayıbını 30 gün içerisinde satıcıya ihbar etmekle yükümlüdür. Davacı dava açılmadan önce ayıp ihbarında bulunduğunu yasal delillerle kanıtlayamamıştır. Öyle olunca davacının teslim edilen malları bulunduğu hal ile benimsediğinin kabulü gerekir...”, İçtihat Yarg. 13. HD. 7.7.2004 T. 2005/6884 E. 2005/11731 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

³⁵⁴ Zevkliler/Havutçu, s. 120.

³⁵⁵ Yavuz, s. 58; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 160; Aral, Borçlar Hukuku, s. 123; Zevkliler/Havutçu, s. 120; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 351.

³⁵⁶ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 353.

³⁵⁷ Zevkliler/Havutçu, s. 121 vd.; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 161; Yavuz, s. 58; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 351; “BK. m. 198/I uyarınca işlerin olağan gidişine göre satılanın durumunun incelenebilmesi için gerekli zaman parçası gözden geçirme süresi diye kabul edilmek gerekir. Bu süre ise satılanın mahiyetine, ilgili ticaret dalına ve ayıpların cinsine göre değişik olabilir. Ne var ki,

teslim alır almaz mümkün olan en kısa sürede gerekli incelemeleri yapmalı ve ayıp bulunması halinde bunu satıcı yükleniciye bildirmelidir. BKT. 222. maddesinde alıcının mevcut ayıbı derhal bildirmesi yerine “uygun bir süre” içinde bildirmesi öngörülmüştür.

Muayene yeri kural olarak malın teslim alındığı yerdir.³⁵⁸ Yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşme konusu mal taşınmaz olduğundan alıcı muayeneyi kendisine teslim edilen taşınmaz üzerinde yapacaktır.

Muayene masrafları, kural olarak alıcıya aittir. Alıcının sözleşmeden dönmesi halinde bu giderler satıcıdan talep edilebilir(BK. m. 205/II).³⁵⁹

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan sözleşme bir taşınmaz satım sözleşmesi olduğundan alıcının taşınmazı muayene ederek ayıplarının tespiti için öncelikle satıcının alıcıya bağımsız bölümü teslim etmesi gerekir. Alıcı teslim aldığı taşınmazda gözle görülen açık ayıpları, hemen satıcıya ihbar etmekle yükümlüdür.

b) Alıcının İhbar Külfeti

Alıcı malı muayene ettiğinde ortaya çıkan ayıpları zaman kaybetmeksizin derhal yüklenici/satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Derhal ile kastedilen ayıp tespit edilir edilmez zaman geçirmeden işin ve durumun gerektirdiği normal bir sürede yükleniciye bildirimde bulunmaktır.³⁶⁰ Gizli ayıplarda ihbar gizli ayıp ortaya çıktıktan sonra yapılacaktır. İhbarda bulunulurken alıcı ayıpların neler olduğunu genel hatları ile açıkça belirtmeli ve satılanı bu ayıpla birlikte kabul etmediğini yükleniciye bildirmelidir.³⁶¹ İhbarın ne şekilde yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. Ancak ihbarın yapıldığının

gözden geçirme süresinin başlangıcı malın teslim alındığı andır. Öte yandan, ayıp bildirim çabucak, gecikmeksizin yapılması (BK. m. 198) gerekmele birlikte çabucak deyiminden amaç, usule uygun gözden geçirme (muayene) için gerekli zamanın bitim anıdır..”, Yarg. 13. HD. 10.11.1980 T. 1980/5071 E. 1980/5769 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

³⁵⁸ Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 161; Yavuz, s. 58; Uygur, Borçlar Özel Hükümler C.III, s. 353 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 123.

³⁵⁹ Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 161; Aral, Borçlar Hukuku, s. 124; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 354.

³⁶⁰ Aral, Borçlar Hukuku, s. 124 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 354; Yavuz, s. 58; Zevkililer/Havutçu, s. 120 vd.

³⁶¹ Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 161; Aral, Borçlar Hukuku, s. 124 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 355; Yavuz, s. 58; Zevkililer/Havutçu, s. 120 vd.

kanıtlanması için yazılı şekilde yapılması yerinde olur.³⁶² Ayıp ihbarı, alıcı ya da yetkili temsilcisi tarafından yüklenici ya da yüklenici adına ihbarı kabul etme yetkisine sahip temsilcisine yapılabilir.³⁶³

Satılarda mevcut ve açıkça görülen ayıplar gecikmeksizin BK. m.198/I gereğince derhal, tacirler arasında yapılan ve teslim sırasında açıkça görülen ayıplar iki gün içinde; açıkça görülmeyen ayıplar teslimden itibaren sekiz gün içinde satıcıya bildirilmelidir. Normal bir muayene ile tespit edilemeyen ayıplarda ise, ayıp ortaya çıktığında ayıp ihbarı hemen yapılmalıdır(BK. m.198/III). Ancak bu ihbarın kanunda öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde yapılması gerekir(BK. m. 207). TKHK. ayıp ihbarı için belirli bir süre öngörmüş olup, bu süre teslimden itibaren 30 gündür.³⁶⁴ Ancak satıcının hilesinin olduğu durumlarda satıcı kendisine süresinde yapılmış ayıp ihbarı olmadığı gerekçesi ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulamaz.

Yüklenici ile alıcı arasındaki satım sözleşmesinin tüketici işlemi sayıldığı yani alıcının konut ya da tatil amaçlı taşınmaz satın aldığı hallerde, alıcı taşınmazı teslim aldığı tarihten itibaren 30 gün içerisinde satılarda bulunan ayıpları satıcı yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Ancak alıcının tüketici ve işleminde TKHK.'a göre tüketici işlemi sayılmadığı durumlarda alıcı tespit ettiği ayıpları derhal satıcıya bildirecektir. Satım konusunun taşınmaz olması ve bazı ayıpların teknik nitelikli bulunması nedeni ile alıcı teslim aldığı taşınmazda bulunan ayıpların tespitini uzman birisine yaptırabileceği gibi teslimden itibaren uzun bir süre geçmemek ve derhal başvurmak kaydıyla ayıp tespitini mahkeme aracılığı ile de yaptırabilir. Ancak teslim edilen bağımsız bölümde gizli ayıpların olması halinde, ayıp ihbarı bu gizli ayıbın ortaya çıkması üzerine ve yine mümkün olan en kısa zaman süresi içerisinde satıcı/yükleniciye bildirilecektir.³⁶⁵

³⁶² Aral, Borçlar Hukuku, s. 125; Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 162; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 355.

³⁶³ Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 163; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 357.

³⁶⁴ Aral, Borçlar Hukuku, s. 125; Zevkliler/Havutçu, s. 120 vd.; Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 164; Yavuz, s. 58 vd.; Zevkliler/Aydoğdu, s. 120; Yavuz, N, s. 159.

³⁶⁵ "BK. 198. md. hükmü uyarınca, davacılar teslim aldıkları sırada, mevcut bulunan görünür ayıpları, ileri sürmemeleri halinde bunları kabul etmiş sayılırlar. O halde mahkemece yapılacak iş; yeniden uzman bilirkişiler aracılığıyla inceleme yaptırılıp, bu davada talep ettikleri ayıplı ve eksik işlerden hangilerinin ayıplı ve eksik işler olduğu, hangilerinin açık ayıp, hangilerinin gizli ayıp niteliğinde olduğu ayrı ayrı tesbit edilerek, teslim tutanaklarında eksik ve ayıplı işler belirtilmiş ise; onlar ile sonradan ortaya çıkan gizli ayıplardan dolayı tazminata hükmetmek ve teslim tutanaklarında belirtilmeyen, diğer açık ayıplara ilişkin tazminat talebini ise reddetmekten ibarettir...", Yarg. 13. HD. 15.5.2003 T. 2003/1935 E. 2003/6013 Kr., "BK. 217. maddesi taşınır satımına ilişkin hükümlerin, taşınmaz satımına da tatbik

Süresi içerisinde yapılmayan muayene ve ayıp ihbarı sonucunda, alıcı malı kabul etmiş sayılır ve ayıp nedeni ile sahip olduğu hakları kaybeder. Ancak satıcının hilesinin olduğu durumlarda satıcı kendisine süresinde yapılmış ayıp ihbarı olmadığı gerekçesi ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulamaz(BK. m. 200).³⁶⁶

BKT m. 224/I 'de satıcının alıcıyı iğfal etmesi kavramı yerine, satıcının ağır kusuru kavramı kullanılmıştır: “*ağır kusurlu olan satıcı, satılana ayıbın kendisine zamanında bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz*”. Satıcının hilesi yanında ağır kusurunun söz konusu olduğu durumlarda da satıcının ihbarın yapılmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.³⁶⁷

5) Ayıba Karşı Alıcının Sahip Olduğu Haklar

Alıcının satıcıya ihbarda bulunması koşulu ile BK. m. 202 'de ayıp nedeni ile alıcıya seçimlik haklar tanınmıştır. BK. m. 202 'de yer alan: “***Bayiin tekeffülü altındaki mebiin ayıbı anlaşıldığı zaman müşteri muhayyerdir. Dilerse mebi redde hazır olduğunu beyanla bey'in fesh edilmesini, dilerse mebi alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder***”. Bu maddeye göre alıcı ayıp nedeni ile sözleşmeden dönebileceği gibi, satılan malın bedelinin indirilmesini de dava yoluyla talep edebilir. BK. m. 203 'de ise, çeşit satımında alıcıya bu seçimlik hakların yanında, satılan malı ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini talep hakkı tanınmıştır. Ancak aksi kararlaştırılmadıkça, BK. da alıcıya satılan malın onarılmasını ve bozuklukların giderilmesini isteme hakkı tanınmamıştır. Ayrıca satıcı malı onarmayı teklif suretiyle alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyemez.³⁶⁸ TKHK. m. 4/II ile tüketiciye

edileceğini belirtmiştir. Ancak satılana adi bir muayene ile meydana çıkarılmayacak bir ayıp mevcut olup da, bu ayıp sonradan meydana çıkarsa, bu durumu derhal satıcıya ihbar etmediği takdirde gene satılanı bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır...”, Yarg. 13.HD., 19.2.2003 T. 2002/12073 E. 2003/1572 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

³⁶⁶ Yavuz, s. 59; Aral, Borçlar Hukuku, s. 126; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 164; Zevkliler/Havutçu, s. 122.

³⁶⁷ Yavuz, s. 59.

³⁶⁸ “Ayıba karşı tekeffülden alıcı yararına bazı haklar doğar. O, dilerse satımın feshini, dilerse satış parasında indirim yapılmasını talep edebilir. Yahut da misli eşya satımında satılanın ayıptan arı misli ile değiştirilmesini isteyebilir. Taraflar çıkacak ayıbın satıcı tarafından giderilmesi hususunda ayrıca anlaşmış olmadıkça, alıcı şeyin satıcı tarafından tamirini isteyemez. Diğer taraftan, satıcı da ayıpları gidermeyi teklif ederek alıcının seçimlik haklarını kullanmasına engel olamaz...”, Yarg.13. HD. 16.3.1995 T. 1995/ 2380 E. 1995/2554 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

(alıcıya), ayıp nedeni ile satılanın ücretsiz olarak tamirini isteme hakkı tanınmıştır.³⁶⁹

Yürürlükte bulunan Borçlar Kanununda alıcıya tanınan seçimlik haklar arasında satılan malın onarılmasını talep etme hakkı verilmediği halde, BKT. m. 226 'da alıcıya mevcut seçimlik haklarının yanı sıra “aşırı masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarımını isteme” hakkı da tanınmıştır.³⁷⁰

Alıcı seçimlik haklarından dilediği şekilde kullanır ve seçim hakkını kullandığında diğer hakkından vazgeçmiş sayılır ve sonradan bu seçim hakkını değiştiremez.³⁷¹ Alıcı kendisine tanınan bu seçimlik haklarının yanı sıra genel hükümlere göre ayıplı mal teslimi nedeni ile uğradığı zararların tazminini de talep edebilir.³⁷²

Alıcının seçimlik haklarını ne kadar süre içerisinde kullanacağı BK. m.207/I 'de gösterilmiştir: “*Bayi daha uzun müddet için kefalet etmemiş ise, mebii ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dava, mebideki ayıp daha sonra meydana çıksa bile müşteriye teslim vukuundan itibaren bir sene geçmekle sakıt olur*”. Ticari satışlarda bu süre

³⁶⁹ Yavuz, s. 61 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 129 vd.; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 165; Zevkliler/Havutçu, s. 123; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 385 vd.; Zevkliler/Aydoğdu, s. 130; Yavuz, N, 178; “Bozukluklara (ayıba) karşı sağlama koşullarının gerçekleşmesi ve yasaca öngörülen yüklerin yerine getirilmiş olması durumunda alıcıya BK. m. 202 ve 203 ile seçimlik haklar tanınmıştır. Şöyle ki; alıcı dilerse sözleşmeden dönebilir, dilerse satımı paranın indirilmesini isteyebilir (BK. m. 202). Bu seçimlik hakların dışında ise, sözleşmede tersi kararlaştırılmadıkça, alıcıya başka bir olanak tanınmış değildir. Somut olayda alıcı davacının satım parasından indirim ilişkili seçimlik hakkını yeğlediğinin kabulü gerekir. Öyle ki, davada "ayıp tazminatının" ödetilmesi istemindeki amacın böyle değerlendirilmesi, dava olgularını hukuksal açıdan nitelemek ve uygulanacak yasa hükmünü bulmak yolundaki hâkimin doğrudan görevinin bir gereğidir. O nedenle, satım parasının indirilmesi olarak uyumsuzluk çözüme bağlanmalıdır. Şu var ki yasada satım parasının indirilmesine uygulanacak bir ölçüye yer verilmiş değildir. Öyleyse, değer eksikliğinin hesaplanması için bir yöntem bulmak gerekir”, Yarg. 13. HD. 10.11.1980 T. 1980/5071 E. 1980/5769 Kr; “Tüketici, satın aldığı malın ayıplı olduğunun anlaşılması halinde, satıcıdan verdiği bedelin iadesini veya ayıp nisbetinde bedelin tenzilini veya ayıbın giderilmesi için gerekli onarımın yapılmasını veya aracın yenisi ile değiştirilmesini tercih hakkına sahiptir. Açık ayıplarda tüketici bu haklardan herhangi birini malın kendisine teslim tarihinden itibaren 15 gün (4822 sy ve - 6.3.2003 tarihli değişiklikle 30 gün) içinde satıcıya bildirmekle yükümlü olup, ayıpların gizli ayıp olması halinde bu 15 günlük (30 gün) sınır olmaksızın tercih hakkını kullanabilir. Satıcı tüketiciyi bu haklarından herhangi birini kullanmaya zorlayamaz...”, 13. HD. 5.2.2002 T. 2001/11291 E. 2002/1159 Kr; “Davalı tarafından davacıya satılan mallara gümrük tarafından el konulmuştur. Bu durumda satılan malların hukuki ayıplı olduğunun kabulü gerekir. Satılan malın ayıplı olması halinde alıcı isterse iadeye hazır olduğunu beyanla satımın feshini, isterse bedelden indirim isteyebilir..”, YHGK 24.1.2007 T. 2007/19-25 E. 2007/ 21 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

³⁷⁰ Yavuz, s. 63.

³⁷¹ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 386; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler C.I, s. 166; Aral, Borçlar Hukuku, s. 130 vd.; Yavuz, s. 64 vd.; Zevkliler/Havutçu, s. 124.

³⁷² Yavuz, s. 63 vd.; Yavuz, N., s. 179 vd. .

altı aydır.³⁷³ Ancak satıcının hilesinin mevcut olduğu durumlarda zamanaşımı süresi işlemez(BK. m. 207/III).³⁷⁴

TKHK m. 4/IV de zamanaşımı süresi: *“Bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır”*.³⁷⁵

Taşınmaz bina olduğu durumlarda satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, BK. m. 215/III gereğince beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.³⁷⁶

Taraflar sözleşme ile alıcının seçimlik haklarını sınırlayabilirler. Ayrıca yasadan kaynaklanan sınırlamalarda vardır. Bunlardan biri alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına karşılık, karşı tarafın itirazı üzerine hâkim, iki tarafın çıkarını göz önünde bulundurarak, satım akdinin feshinin alıcıya sağladığı yarara karşılık büyük zararlara

³⁷³ Aral, Borçlar Hukuku, s. 135; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 428 vd.; Yavuz, 66 vd.; “Satıcı tarafından daha uzun bir süre için kefalet edilmemişse, satılandaki bozukluğa dayalı her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra meydana çıksa bile, teslimden başlayarak bir yıllık zamanaşımına bağlıdır. Tacirler arasındaki ticari alım-satımda ise bu süre 6 aydır...”, Yarg. 11. HD. 12.11.1981 T. 1981/3939 E. 1981/4762 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

³⁷⁴ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 429; “BK. m. 207/son fıkrası gereğince, satıcı alıcıyı iğfal etmiş ise bir yıllık zamanaşımından yararlanamaz. Davalının sattığı mal TSE. markasını taşıdığı halde TSE. standartlarına uymadığı, levhaların imalat hatası ile ayıplı olduğu ve ancak kullanma sırasında çatlaklar oluşması üzerine yaptırılan laboratuvar tahlilleri sonucu gizli ayıbın ortaya çıktığı, bu oluş şekline göre satıcının, alıcıyı iğfal etmiş durumda bulunması karşısında zamanaşımından yararlanma olanağı olamayacağı BK. nun 207/son maddesi hükmü gereğidir.”, Yarg. 11. HD. 1986 T. 1986/4447 E. 1986/4964 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008); “Satıcı bozuklukları bildiği halde gizlemeye çalışırsa veya pasif davranarak suskun kalırsa dahi, TKHK. nun 4/IV. maddesi anlamında hilenin varlığının kabulü zorunlu olup, 2 yıl yerine 10 yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır. Ne var ki 2 yıldan sonraki sürede öğrenilen bozukluk ile ilgili ihbarın belli bir sürede yapılıp yapılmayacağı ile ilgili yasada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Şayet satıcı davranışları ile tüketiciyi oyalayarak ve kötü niyet ile 2 yıllık zamanaşımı süresini geçirilmiş ise MK. 2. maddesi gereğince, zamanaşımı definden yararlandırılmaması gerektiği hususu Dairemizce de duraksamaya yer vermeden kabul edilmektedir.”, Yarg. 13. HD. 10.12.2002 T. 2002/10673 E. 2002/13265 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 11.5.2008).

³⁷⁵ “..Satıcı daha uzun bir süre için garanti vermemiş ise, ayıplı maldan ve ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı açılacak davalar, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren 2 yıllık zamanaşımına tabidir... ”, Yarg. 13. HD. 15.5.2000 T. 2002/4475 E. 2002/5645 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

³⁷⁶ “BK. nun 215. maddesinin son fıkrasına göre, bir binanın ayıplı olmasından doğan ve tekeffüle dayanan davalar, mülkiyetin devrinden beş sene geçmekle zamanaşımına uğrar.” BK. nun 215/son maddesi uyarınca da bir binanın ayıplı olmasından mütevellit ve tekeffüle müstenit davalar mülkiyetin devrinden beş sene geçmekle sakit olur. Davacının taşınmazı daha önce teslim alması ve kullanmaya başlaması mülkiyetin devri mahiyetinde olmadığı için zamanaşımı süresinde teslim anında başlamaz. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, dava konusu taşınmazın mülkiyetinin 25.5.2001 tarihinde davacıya intikal ettiği ve davacının da 2.10.2003 tarihinde eldeki davayı açtığı sabit olduğuna göre olayda zamanaşımı süresinin de henüz dolmadığının kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. ..”, Yarg. 15. HD. 21.7.2005 T. 2005/896 E. 2005/4448 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

yol açacağına ortaya çıkması halinde talebe bakmaksızın satım bedelinin indirilmesine karar verebilir(BK. m. 202/II).³⁷⁷ Bir diğer sınırlama ise, alıcının bedel indirimi talebine karşılık, değer eksikliği satım bedeline eşit ise, hâkim bu durumda sözleşmeyi ortadan kaldırabilir(BK.m. 202/III). Son olarak BK. m. 204/II gereğince; “*Hâkim, müşterinin mebli ret davası üzerine hal icabı bey 'in feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir*”.³⁷⁸

Serozan; BK. 202. maddesinde yer alan sözleşmeden dönme veya bedel indirimi talebi yanısıra alıcının, nitelik eksikliğini bilseydi, nesneyi satın almayacağını kanıtlamak suretiyle “**temelde yanılma**” ya da aldatmaya dayanarak sözleşmenin iptal isteme hakkının da bulunduğu görüşündedir.³⁷⁹

a) Alıcının Sözleşmeden Dönmesi

Alıcının teslim edilen bağımsız bölümde bulunan ayıp nedeni ile sözleşmeden dönme hakkını kullanması ve alıcının talebi üzerine hâkimin bu dönme talebini kabul etmesiyle sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkar. Alıcı, satılan bağımsız bölüm ile birlikte varsa elde ettiği yararları da satıcıya geri vermek zorundadır. Alıcı dönme nedeni ile mülkiyetin kendisine devir edildiği hallerde satım konusu taşınmazın mülkiyetini tapuda satıcı yükleniciye iade edecektir. Henüz tapu alınmamış ancak fiili zilyetlik geçirilmiş ise satılın zilyetliğini yükleniciye devir ve teslim edecektir.³⁸⁰

³⁷⁷ “Davacı bu durumda MK. 202. maddesindeki hükme dayanarak seçimlik haklardan satımın feshini dava etmiştir. Ancak alıcının bu fesih davasına rağmen hâkim muhik sebepleri nazara alarak sadece semenin tenziline karar verebilir (BK. 202). Bunun için feshin satıcıya getireceği zarar ile alıcının bundan elde edeceği yarar arasında bir oransızlık olup olmadığını hâkim aramak durumundadır. Satılan şeyin alıcı tarafından çok az masrafla kullanılabilir duruma getirilmesi mümkün ise, geri gönderme ve kendi makinesini geri getirme masrafları çok fazla ise hâkim semenin tenziline hükmedebilir. Burada hâkim satıcının kusurunun ağırlığını da göz önünde tutacaktır...”, Yarg. 13. HD. 6.12.1990 T. 1990/4611 E. 1990/8265 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

³⁷⁸ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 167 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 403 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 132 vd.

³⁷⁹ Serozan, s. 287 vd.

³⁸⁰ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 169 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 408 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 136 vd.; Yavuz, s. 72 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 124 vd.; Zevkliler/Aydoğdu, s. 126 vd.; Yavuz, N, s. 177; “Davacı, satıcının tekeffülü altındaki satılan ayıplı olduğunun anlaşılması üzerine taşınmazın rayiç değerini talep etmekle BK. 202. maddesinde hükme bağlanan satımın feshini istemektedir. Davalı ise olayda zamanaşımı gerçekleştiğini ve ayıbın esaslı bir ayıp olmayıp, yukarıdaki dairenin atık su giderlerinin tıkanması sonucu meydana geldiğini iddia etmiş ise de anılan yasanın 215. maddesindeki 5 yıllık süre içinde davanın açıldığı anlaşıldığından mahkemenin zamanaşımına ilişkin davalı defini red kararında bir isabetsizlik görülmemiştir. Ne var ki, yerinde yapılan keşifte satışa konu olan dairenin, logaların seviyesinden daha düşük seviyede yapıldığı, bu nedenle logadan taşan suların taşınmazı kullanılamaz hale getirdiği anlaşıldığından davacının eldeki davayı açmakta hukuki yararı

Sözleşmeden dönme üzerine yüklenici alıcıdan aldığı satım bedelini faiziyle birlikte alıcıya geri ödemekle yükümlüdür. Geri ödeme alıcının satılan için yaptığı zorunlu ve yararlı hatta lüks masrafları da kapsar.³⁸¹ Ayrıca BK. m. 205/III gereğince, satıcı kusurlu olması halinde ayrıca alıcının her türlü zararını da tazmin etmekle yükümlüdür.³⁸²

b) Satım Bedelinin İndirilmesi

Satın aldığı taşınmazı yükleniciye geri vermek istemeyen alıcı dilerse seçimlik hakkını satım bedelinin indirimi yönünde kullanabilir. Bedel indirimi seçiminde sözleşme ortadan kalkmaz, sözleşme değişikliğe uğrar. Alıcı sözleşme ortadan kalkmadığı için satılan taşınmazı yükleniciye geri vermez ve satım bedeli ödeme sorumluluğu da ortadan kalkmaz. Ancak satılan taşınmazın satım bedelini, ayıplar nedeni ile satılarda oluşan değer kaybı tutarında indirilmiş olarak öder.³⁸³

bulduğu gibi, davalının da az yukarıda açıklanan yasa maddelerindeki ayıplardan dolayı tekeffülünün varlığının da kabulü gerekir. Davacı satımın feshini istediğine göre satılanı iade ile birlikte ancak ödediği satış bedelini isteyebilir.. ”, Yarg. 13. HD. 22.1.2002 T. 2001/11547 E. 2002/552 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

³⁸¹ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 169 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 408 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 136 vd.; Yavuz, s. 72 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 124 vd.

³⁸² Yavuz, s. 79; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 175; “Alıcı satıcıya satılan ile beraber ondan istihsal ettiği menfaatleri iade temekle mükelleftir. Satıcı da alıcıya almış olduğu semeni faiziyle beraber iade ettikten başka satılanın tamamen zaptı halinde olduğu gibi alıcının satılana vaki olan masraflarını ödemesi gerekir. Satıcı bunlardan başka alıcıya ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüt etmiş olan zararı da ayrıca tazmin etmeye mecburdur. Satıcı, kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer her türlü zararlarını tazmin etmeye mecburdur. Buradaki zarar Dairemizin uygulamalarında ve kararlarında ifade edildiği gibi uygun bir tazminat bu olumsuz zararın karşılığıdır. Bu da makineyi çalıştıramadığı sürede gelen işler başka yerde yaptırmasından dolayı fazladan ödemek zorunda olduğu tutardır. Alıcı davacının müsbet zararını (kar yoksunluğunu) isteyebilmesi için satıcının sattığı malı ayıplı olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Bir başka deyişme davalı satıcı kusurlu olmalıdır...”, Yarg. 13. HD. 6.12.1990 T. 1990/4611 E. 1990/8265 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

³⁸³ “Davacının dairedeki ayıp nedeni ile değer kaybı ödetilmesi isteğinin; açıklanan seçimlik hakka yönelik olduğunun kabulü gerekir. Bu husus maddi olguları hukuksal açıdan niteleyip, uygulanacak yasa hükmünü bulmak yolundaki hâkime verilen görevin bir gereğidir. O nedenle satım parasının indirilmesi olarak uyuşmazlık çözüme bağlanmalıdır. Öğretide ve Yargıtay uygulamalarında benimsenen şekilde değer eksikliğinin hesaplanması gerekir. Yani satım sözleşmesinin kurulduğu tarihte dairenin ayıpsız ya da vaad edilen durumdaki değeri ile, ayıplı durumda taşıdığı değer arasındaki oranın satım parasına uygulanması ile bulunacak değere göre, dairedeki değer kaybı tutarı belirlenmelidir...”, Yarg. 13. HD. 31.10.2005 T. 2005/9348 E. 2005/16119 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008); “Davacı, satıcının tekeffülü altındaki satılan ayıplı olduğunun anlaşılması üzerine taşınmazın rayiç değerini talep etmekle BK. nun 202. maddesinde hükme bağlanan satımın feshini istemektedir. Davacı satımın feshini istediğine göre satılanı iade ile birlikte ancak ödediği satış bedelini isteyebilir ”, Yarg. 13. HD. 3.6.2003 T. 2003/2803 E. 2003/7304 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

C) Satıcının (Yüklenicinin) Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Zapta karşı tekeffül borcu, üçüncü bir kişinin satım sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut üstün bir hak sebebiyle, satım sözleşmesinin ifasından sonra satılanı alıcının elinden almasından veya mülkiyet hakkından doğan ve satılan maldan yararlanmayı sağlayan bazı yetkileri kullanmaktan yoksun bırakılmasından satıcının sorumlu olmasıdır.³⁸⁴ Zapta karşı tekeffül borcu, yüklenici/satıcının satılanın mülkiyetini geçirme ve devir borcunun sonucu kanundan doğan bir borçtur.³⁸⁵

1) Yüklenicinin Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu için Gereken Koşullar

a) Satılan Alıcıya Teslim Edilmiş Olmalıdır

Yüklenicinin, zapta karşı sorumlu tutulabilmesi için öncelikle geçerli bir satım sözleşmesine dayanarak, satılanın alıcıya teslim edilmiş olması gerekir. Satılanın teslimden önce zapt edilmesi halinde zapta karşı tekeffül sorumluluğu değil, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması hali söz konusu olur(BK. m. 96).³⁸⁶

b) Üçüncü Kişinin Satılanı Zapt Etmesi Üstün Bir Hakka Dayanmalıdır

Üçüncü kişinin satılana sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında mevcut üstün bir hakkının bulunması gerekir.³⁸⁷ Üçüncü kişinin satılan üzerinde olan hakkı aynı bir hakka ya da tapu kütüğüne şerh edilmiş bir kişisel hakka dayanabilir.³⁸⁸ Yüklenici alıcıya haricen satıp teslim ettiği ancak mülkiyetini henüz geçirmediği bu bağımsız bölümü, sözleşmeden önce üçüncü kişiye tapuda devrini

³⁸⁴ Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 133; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 306; Aral, Borçlar Hukuku, s. 102; Yavuz, s. 45 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 134; “ Satıcı durumundaki davalı idare burada BK. nun 189. maddesi uyarınca üçüncü kişinin hakkı dolayısıyla satılana el konulmasından dolayı alıcıya karşı sorumludur. Satıcının buradaki sorumluluğu kusuruna değil yasal tekeffül borcuna dayanmaktadır. Satıcı davalı idare, kamyon üzerinde üçüncü kişinin mevcut hakkını bilmese ve bir kusuru bulunmasa dahi satılanın zaptından davacıya karşı sorumludur. Bu nedenle davacı satımı feshedebilir ve verdiği parayı geri isteyebilir...”, Yarg. 13. HD. 18.3.1985 T. 1985/451 E. 1985/1794 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

³⁸⁵ Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 133; Aral, Borçlar Hukuku, s. 102; Yavuz, s. 46; Zevkliler/ Havutçu, s. 134.

³⁸⁶ Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 135; Aral, Borçlar Hukuku, s. 104; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 307 vd.; Yavuz, s. 47; Zevkliler/ Havutçu, s. 134 .

³⁸⁷ Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 139; Aral, Borçlar Hukuku, s. 104; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 308 vd.; Yavuz, s. 47 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 134 vd.

³⁸⁸ Zevkliler/ Havutçu, s. 135; Karahaslan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 139 vd.; Serozan, s. 275.

yapmak sureti ile resmi şekilde satmış olabileceği gibi, teslim ettiği bu bağımsız bölüm tapu kaydında üçüncü kişi lehine geçerli bir ipotek hakkı tesis etmiş olabilir. Alıcının taşınmazı teslim ve mülkiyetini devir almasından sonra, yüklenicinin üçüncü kişilere veya maliyeye olan borcundan dolayı, taşınmazla ilgili tasarrufun iptali davası açılmış olması ya da açılan dava sonucunda tasarrufun iptaline karar verilmiş olması halinde yüklenicinin zapta karşı tekeffül sorumluluğu doğar.

c) Bu Hakkın Varlığı Sözleşme Yapılırken Alıcı Tarafından Bilinmemelidir

Satım sözleşmesi yapılırken alıcı, üçüncü kişinin satılan üzerinde bir hakkı olduğunu ve zapt tehlikesini biliyorsa, satıcı ancak buna karşı taahhütte bulunması halinde sorumlu olabilir(BK. m. 189/II). Bilmekten kastedilen alıcının bu durumu fiilen bilmesidir.³⁸⁹

d) Satılan Üçüncü Kişi Tarafından Zapt Edilmiş Olmalıdır

Zapta karşı tekeffül borcunun doğumu için üçüncü kişinin satılan üzerinde bir hakkının bulunması yeterli olmayıp, üçüncü kişinin bu hakka dayanarak satılanı zapt etmiş olması gerekir.

Üçüncü kişinin hakkını ileri sürmesinin ne şekilde olacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre ve eski Yargıtay kararlarına³⁹⁰ göre, üçüncü kişi satılan üzerindeki hakkını **dava yoluyla** ileri sürmediği sürece, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu doğmaz. Dava açılmaksızın zapt halinde BK. m. 96 vd. hükümlere başvurulmalıdır.³⁹¹ Diğer görüş ve yeni tarihli Yargıtay Kararlarına göre ise, üçüncü kişinin mutlaka dava açarak zaptı sağlamasını beklemek dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. **Satılanı üçüncü**

³⁸⁹ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler. C.I, s. 140; Aral, Borçlar Hukuku, s. 105; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 308 vd.; Yavuz, s. 48; Zevkliler/ Havutçu, s. 134 ; Serozan, s. 275; “Davacının davalı ile 4.10.1986 tarihinde yaptığı satış akdinin inikadı sırasında zabıt tehlikesini bildiği ve iyi niyetli olmadığı kabulü zorunludur. Zabıt tehlikesini bilen davacı bu davada, davalının ayrıca kefaletinin bulunduğunu iddia ve ispat edemediğine göre olayda davalı satıcının, davacı alıcıya karşı satılanın zaptından dolayı zapta karşı tekeffül hükümleri gereğince bir sorumluluğunun varlığından söz edilemez...”, Yarg. 13.HD. 21.3.1995 T. 1995/1837 E. 1995/2797 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

³⁹⁰ “İddia ve savunmadan satış sözleşmesi uyarınca aracın davacıya teslim edildiği anlaşılmaktadır. Davacı tarafından tamirhaneye bırakılan aracın orada üçüncü kişi tarafından alınıp götürülmesi davacının BK. nun satılanın zaptı hükümlerine dayanarak davalıya başvurmaya yeterli değildir. Olayda araç davacının elinde mahkeme kararına dayanılarak alımdadığına ya da üçüncü kişinin araç üzerinde üstün hak sahibi olduğu bu davada isbat edilmediğine göre davanın kabul edilmesi yasaya aykırıdır..”, Yarg. 13. HD. 4.6.1987 T. 1987/2975 E. 1987/3303 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

³⁹¹ Bu görüşte yazarlar için bkz. Zevkliler/Havutçu, s. 135 dip not: 277; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 135; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 308.

kişiy e bırakma zorunda kaldığını ispat eden alıcı zapta karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilir. Bunun için üçüncü kişinin satılan üzerinde bulunan hakkını kullanmak istediğini açık ya da örtülü beyan etmesi yeterlidir.³⁹²

e) Alıcı Üçüncü Kişi Tarafından Açılan Davayı İhbar Etmelidir

Alıcının zapta karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için, yüklenici/satıcıya zaptın varlığını ispat etmesi gerekir.

aa) Üçüncü Kişinin Mahkemeye Başvurması

Üçüncü kişi satılan üzerindeki üstün hakkını alıcıya karşı ileri sürmek amacıyla dava açtığı takdirde, bu dava sonucunda verilecek hükmün yüklenici/satıcıyı bağlayabilmesi için, alıcı bu davayı yükleniciye ihbar etmelidir(BK. m. 190/I). Bu ihbar ile yüklenici, açılan davaya alıcı lehine müdahil ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiy e karşı taraf olarak savunmada bulunmakla yükümlüdür(BK. m. 190/I ve HUMK. m. 49 vd.). Yüklenici/satıcının müdahil ya da taraf olarak davaya katılması halinde verilecek hüküm yükleniciyi bağlar. Alıcının zamanında yaptığı ihbara rağmen yüklenicinin davaya katılıp savunmada bulunmaması halinde de alıcı davaya devam eder ve bu durumda da verilecek karar alıcının ağır kusuru ve hilesi ispat edilmedikçe, yüklenici/satıcıyı bağlar.³⁹³

Alıcının davayı hiç veya zamanında ihbar etmemesi durumunda, yüklenici sorumluluktan tamamen kurtulmayıp, davanın zamanında ihbar edilmesi ile elde edeceğini kanıtlayacağı elverişli sonuç oranında sorumluktan kurtulur(BK. m.190/III).³⁹⁴ Ancak

³⁹² Aral, Borçlar Hukuku, s. 105 vd.; Yavuz, s. 48; Bu görüşte yazarlar için bkz. Zevkliler/Havutçu, s. 135 dip not: 279.

³⁹³ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 141 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 314 vd.; Yavuz, s. 48 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 136 vd. ; Aral, Borçlar Hukuku, s. 106; Serozan, s. 279 vd.; Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 472 vd.

³⁹⁴ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 142; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 315; Yavuz, s. 49; Zevkliler/ Havutçu, s. 136; Aral, Borçlar Hukuku, s. 106; “BK. nun 190. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, davanın ihbar edilmemesi sorumluluğu satıcıya isnat edilemeyen hallerde, satıcı kendisine zamanında haber verilmiş olması farz ve takdirinde ne derecede daha müsait bir neticei hükmiye istihsal edebileceğini ispat ederse, sorumluluktan o derece beri olur. Yani üçüncü kişinin alıcı aleyhine açtığı davanın, alıcı tarafından satıcıya ihbar edilmemesi, satıcıyı sorumluluktan kurtaramaz. Satıcı ancak, üçüncü kişinin alıcı aleyhine açtığı davayı bizzat takip etse idi, ne yolda ve ne derecede daha elverişli bir hüküm elde edebileceğini ispat ettiğinde sorumluluktan kurtulur. Aksi takdirde alıcının ödediği satış parası ile yaptığı masrafları ödemek zorundadır..”, Yarg. 13. HD. 10.11.2006 T. 2006/9820 E. 2006/1761 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

alıcının ihbarı olmadan da yüklenici davaya HUMK. 53. maddesi gereğince müdahale edebilir.³⁹⁵

bb) Zaptın Alıcı Tarafından Mahkeme Hükümü Olmadan Kabulü

BK. m. 191 'e göre, yüklenici/satıcının ihbara rağmen, davaya katılımı ve yardımı sağlanamamışsa, alıcı üçüncü kişinin hakkını tanıma veya hakeme gitme hakkına sahiptir. Bu durumda yüklenicinin sorumlu olması alıcının iyiniyetle hareket etmesine bağlıdır.³⁹⁶

Bu madde Borçlar Kanunu Tasarısında şu şekilde yer almaktadır. BKT. m. 215:

“b. Mahkeme kararı olmaksızın geri verme

Madde 215- Satıcının zapttan sorumluluğu aşağıdaki hâllerde devam eder:

1. Alıcı, bir mahkeme kararı beklemezsizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermişse,

2. Alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmezsizin uyarmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmuşsa,

*Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı geri vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder”.*³⁹⁷

f) Yüklenicinin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Nedenler

Bulunmamalıdır

Yüklenicinin zapta karşı tekeffül sorumluluğu, alıcının sözleşme yapılırken zapt tehlikesini bilmesi ve yüklenicinin bu konuda ayrıca taahhütte bulunmamış olması durumunda söz konusu olmaz(BK. m. 189/II).³⁹⁸

³⁹⁵ Yavuz, s. 49.

³⁹⁶ Aral, Borçlar Hukuku, s. 107; Yavuz, s. 49; Zevkliler/Havutçu, s. 137.

³⁹⁷ Yavuz, s. 49; www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu,13.5.2008.

³⁹⁸ Yavuz, s. 50; Aral, Borçlar Hukuku, s. 105; Zevkliler/Havutçu, s. 134; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 140; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 308.

Ancak zapta karşı tekeffülü düzenleyen hüküm emredici nitelikte bulunmadığından taraflar anlaşarak, yüklenicinin zapta karşı sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler. Yüklenicinin üçüncü kişiye ait olan üstün hakkı bilerek gizlemesi halinde sorumluluğu ortadan kaldıran ya da sınırlayan anlaşmalar geçerli olmaz(BK. m. 189/III).³⁹⁹

2) Tamamen Zapt Halinde Alıcının Sahip Olduğu Haklar

Satılanın tamamının zapt edilmesi halinde, satım sözleşmesi BK. 192/I. maddesi gereğince geçmişe etkili olarak kendiliğinden ortadan kalkar.⁴⁰⁰ Bu durumda alıcı aşağıdaki haklara sahiptir.

a) Sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından yüklenici, alıcının satış bedeli olarak ödediği semeni BK. 72. maddesi gereğince faiziyle alıcıya geri ödemekle yükümlüdür. İade edilen bedelden, alıcının satılardan elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal ettiği semerelerin bedeli indirilir.⁴⁰¹

b) Alıcı, mala yaptığı ancak üçüncü kişiden talep edemeyeceği giderlerin ödenmesini talep edebilir(BK. m.192/I, b. 2).

c) Yüklenici, davanın kendisine ihbar edilmesi ile kaçınılması mümkün olanlar hariç, alıcının ödediği tüm mahkeme masrafları ile mahkeme dışı masraflarını ödemekle yükümlüdür(BK. m.192/I, b. 3).

d) Yüklenici/satıcı kusurlu olmasa da, alıcı doğrudan doğruya satılanın zaptından doğan diğer zararlarını da yükleniciden talep edebilir. Alıcının zapta karşı sahip olduğu yukarıda sayılı haklarda yüklenici/satıcının sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayanır.⁴⁰²

³⁹⁹ Yavuz, s. 50.

⁴⁰⁰ Serozan, s. 279.

⁴⁰¹ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 143 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 107; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 321 vd.

⁴⁰² Yavuz, s. 51; Aral, Borçlar Hukuku, s. 108 vd.; Zevkliler/Havutçu, s. 137; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 143 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 320 vd.; “Zapta karşı tekeffül hükümlerini düzenleyen BK. nun 192. maddesi de, taşınmazın tamamen zaptı halinde, satımın müfesihi addolunacağı ve alıcının, satıcıdan aynı maddenin 1, 2, 3 ve 4. bentlerinde yazılı zararları isteyebileceğini, hükme bağlamıştır. Bu bentlerde hükme bağlanan zarar ve ziyanlar da, satıcının kusurlu olmasını gerektirmez...”, Yarg. 13. HD. 11.10.2004 T. 2004/4841 E. 2004/14134 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

e) **Kusur Sorumluluğu**, alıcının, doğrudan zararları dışında dolaylı zararlarının olması durumunda yüklenici bunların oluşumunda kusursuz olduğunu kanıtlamadıkça bunlardan da sorumlu olacaktır(BK. m.192/II). Burada sözü edilen müspet zarardır. Sözleşme ortadan kalktığı halde BK. m. 108 aksine alıcı satıcıdan müspet zararını isteyebilecektir.⁴⁰³ Yüklenici bu zararın meydana gelmesinde kusuru olmadığını kanıtlayarak, bu sorumluluktan kurtulabilir.

3) Kısmi Zapt Halinde Alıcının Hakları

Kısmen zapt; satılanın bir bölümüne el konulması ya da satılanın alıcıya karşı ileri sürülebilecek nesnel ya da kişisel bir hakla yükümlü olması halidir.⁴⁰⁴ Örneğin, yüklenici tarafından satılarak teslim edilen ancak tapuda mülkiyetin nakli işlemi yapılmayan taşınmazın tapu kaydında üçüncü kişi tarafından koydurulan haciz, intifa, irtifak hakkı gibi sınırlı bir ayni hak, tapu kütüğüne şerh edilmiş kira, ön alım, alım geri alım hakkı bulunması, gibi.

Satılanın kısmen zapt edilmesi halinde, sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmaz. Alıcı satım sözleşmesinin feshini BK. m. 193/I gereğince talep edemez; bu yüzden uğradığı zararının (müsbet zararının) giderilmesini isteyebilir. Kural bu olmakla birlikte eğer alıcı bu ayıbı bilse idi malı satın almaktan vazgeçecek ve malı almayacaksa o takdirde kısmen zapt halinde de alıcının BK. m. 193/II gereğince sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur. Dönme hakkının kullanılması (dava edilmesi) ve sözleşmenin feshi durumunda alıcı satılanın zapt edilmeyen kısmını elde ettiği yararlarla birlikte yüklenici/satıcıya BK. madde 193/III gereğince iade etmekle yükümlüdür.⁴⁰⁵

⁴⁰³ Satın aldığı malı üçüncü kişiye terketmek zorunda kaldığını ispat eden, satıcıya karşı yasal haklarını kullanabilir. Satılanın zaptı ile satım münfesi olur. Satım bozulduğunda, satıcının bedelini geri vermesi gerekir. Bu bağlamda alıcının istediği zarar menfi zarardır. Yasa burada sözleşmenin feshedilmiş sayılmasına rağmen olumlu zararın talep edilmesine olanak tanımıştır. Satıcı ancak kendisine kusur isnat edilemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Davacı olumlu zarar talebinde bulunduğundan, satıcının kusurlu olup olmadığını araştırılması gerekir. Satıcının kusurlu olduğu tespit edilirse traktörün el koyma tarihindeki rayiç değeri tespit edilerek olumlu zarara hükmedilmelidir...”, YHGK. 7.6.2000 T. 2000/13-924 E. 2000/946 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

⁴⁰⁴ Aral, Borçlar Hukuku, s. 102; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 147 vd.

⁴⁰⁵ Aral, Borçlar Hukuku, s. 109; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 148; Zevkliler/Havutçu, s. 138; Yavuz, s. 52; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 332; “Alım satımın bozulmasına karar verildiğine göre BK. nun 193. maddesinin son fıkrası hükmünce davacının olumlu ve olumsuz zararlarına hükmedilmesi ve her iki tarafın aldıklarının geri verilmesine buyurucu biçimde karar verilip bu sözleşme ilişkisinin bu davada tasfiyesi zorunludur. Mahkemenin mal satış parasının ödetilmesine karar verirken kaydın davalı adına geçirilmesine ve ayrıca zaptedilmeyen yerden davacının elde ettiği yararların satış

4) Zamanaşımı Süresi

Zapta karşı tekeffülde uygulanacak zamanaşımı süresine ilişkin kanunda yapılmış bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğreti ve Yargıtay kararlarında; zapta karşı tekeffül sorumluluğunda zamanaşımı süresi BK. m. 125 gereğince on yıl olarak kabul edilmektedir.⁴⁰⁶ Serozan, zapta karşı tekeffül nedeni ile açılacak davaların bir yıl, satım konusu taşınmaz olduğu hallerde ise BK. m. 215/III uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu ancak satıcının kusurunun olması halinde bu sürenin 10 yıl olması gerektiği görüşündedir.⁴⁰⁷

III. Alıcının Borçları

A) Satım Bedeli Ödeme Borcu

Satım sözleşmesinde alıcının temel yükümlülüğü olan satım bedeli, alıcı tarafından **“sözleşmede öngörülen yerde, zamanda ve kapsamda”** satıcıya ödenecektir.⁴⁰⁸

Taraflar bedelin ne zaman ödeneceğini kararlaştırabilirler, kararlaştırmadıkları takdirde BK m. 210/I gereğince; *“Hilâfına mukavele mevcut değil ise mebi müşterinin yedine girince bayi semene müstahak olur”*.⁴⁰⁹ Satım bedeli ödeme borcu aksine sözleşme olmaması halinde satılanın alıcının zilyetliğine geçmesi ile muaccel olur. Yine aksine bir anlaşma yoksa satım bedeli ifa zamanında yüklenicinin ikametgâhının

parasından indirilmesi gerektir..”, Yarg. 4. HD. 31.5.1974 T. 1973/3787 E. 1974/2959 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

⁴⁰⁶ Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 149; Zevkliler/Havutçu, s. 138; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 332; “Davacı kooperatif, davalı gerçek kişilerden satın aldığı tapulu taşınmazın orman tahdidi sınırları içerisinde kaldığından bahisle, tapu kısmen iptal edildiği için uğradığı zararın tazminini istemektedir. Davacının bu talebi gayrimenkul satımında, satılanın tapusunun iptali nedeniyle zapta karşı tekeffülden dolayı uğranılan zarara ilişkin olup, bu tür davalarda zamanaşımı on yıldır...”, Yarg. 13. HD. 11.3.2002 T. 2001/12113 E. 2002/2557 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

⁴⁰⁷ Serozan, s. 281.

⁴⁰⁸ Zevkliler/Havutçu, s. 143.

⁴⁰⁹ Zevkliler/Havutçu, s. 143; Aral, Borçlar Hukuku, s. 160 vd.; Yavuz, s. 88 vd.; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 436; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 97; “(alım-satım) sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan satış bedeli (Fiyat-semen) alıcının, satın aldığı mal karşılığında satıcıya karşı borçlanmış olduğu para miktarı olup, sözleşmenin tarafları satış bedelini - yasal istisnalar dışında BK. nun 19. maddesi gereğince serbestçe tayin etme yetkisine sahip bulunmaktadır. Bu şekilde tarafların serbest iradeleriyle tesbit ettikleri semenin sonradan taraflardan biri tarafından tek yanlı olarak değiştirilmesi ise yasal olarak mümkün değildir..”, Yarg. 13. HD. 13.10.1981 T. 1981/3534 E. 1981/ 4202 Kr; “...alıcı davacı, satış sözleşmesindeki anlaşma uyarınca satım parasını davalıya ödemekle yükümlüdür. (BK. md. 208/1)...”, Yarg. 13. HD. 21.1.1981 T. 1980/6544 E. 1981/60 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

bulunduğu yerde ödenir.⁴¹⁰ Uygulamada yüklenici ve alıcı satım bedelinin ne şekilde ve ne zaman ödeneceğini sözleşme ile kararlaştırmaktadır.

B) Satılanı Teslim Alma Borcu

Alıcının satılanı teslim alması onun açısından bir hak olmakla birlikte aynı zamanda bir borçtur. Satılanın sözleşmeye uygun olarak kendisine teslim edilmesi zamanında alıcı bu malı teslim almakla yükümlüdür. “**Alıcının teslim alma borcu fiili bir borçtur, alıcı satılanı eylemli olarak teslim almak zorundadır**”⁴¹¹.

Alıcının satılanı teslim almak borcunun doğumu, satılanın alıcı tarafından ayıpsız olarak sözleşmede öngörülen şartlara uygun bir şekilde ve zamanında tesliminin teklif edilmesi şartına bağlıdır. Sözleşmede teslim için bir süre öngörülmediği veya tersine bir gelenek olmadığı hallerde alıcının satılanı derhal teslim alması BK. 208/II maddesi gereğidir.⁴¹²

C) Alıcının Yan Borçları

Kural olarak faiz ödemekle yükümlü olabilmek için temerrüt şartı aranırken BK. m. 210/II ' de bu kurala bir istisna getirilmiştir. Alıcının satım bedeline faiz ödemesi konusunda sözleşmede hüküm bulunması ya da bu yönde bir geleneğin bulunduğu ya da satılan maldan semere veya başkaca bir ürün elde etme olanağının bulunduğu durumlarda BK. m. 210/II hükmü gereğince satım bedeline faiz ödemekle yükümlüdür. Aksine sözleşme ve adet yoksa alıcının senet yapmak ve satılanı teslim almak için gerekli masrafları örneğin, taşınmazın tescili için alıcının ödemesi gereken resmi harç ve vergileri ödeme yükümlülüğü, ifaya hazırlık hareketlerine katılma yükümlülüğü, tescil masraflarını ödeme yükümlülüğü gibi yan borçları da mevcuttur.⁴¹³

⁴¹⁰ Aral, Borçlar Hukuku, s. 161; Zevkliler/Havutçu, s. 143.

⁴¹¹ Yavuz, s. 89.

⁴¹² Yavuz, s. 90; Aral, Borçlar Hukuk, s. 167; Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 437.

⁴¹³ Uygur, Borçlar Özel Hükümler, C.III, s. 456 vd.; Yavuz, s. 90 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 169; Zevkliler/Havutçu, s. 143.

BEŞİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİ İLE ALICININ TEMERRÜDÜ ve TEMERRÜT NEDENİ İLE UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

§ 11. YÜKLENİCİ İLE ALICI AÇISINDAN TEMERRÜT

I. Genel Olarak Yüklenici ile Alıcının Temerrüdü

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmede taraflar karşılıklı olarak hem borçlu hem de alacaktır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin muaccel olması, onun borcunu önce ifa etmesini gerektirmez. **Bu tip sözleşmelerde, kanun, sözleşme ya da teamül gerektirmedikçe taraflardan birinin borcunu önceden ifa etme yükümlülüğü bulunmayıp, kural olarak taraflar sözleşmeyi aynı zamanda ifa etmekle yükümlüdürler.** BK. m. 81 gereğince taraflardan biri, “*akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça*” kendini borcunu ifa etmiş veya ifayı teklif etmiş olmadıkça, karşı taraftan borcunun ifası talep edemez. Aksi takdirde karşı tarafın ifadan kaçınma hakkı vardır. Konumuz satım sözleşmesi açısından ayrıca Borçlar Kanununun 182/II. maddesinde de benzer bir hükme yer verilmiştir. “*Hilâfına âdet veya mukavele mevcut değil ise bayi ile müşteri borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler*”⁴¹⁴

⁴¹⁴ Eren, s. 945; Reisoğlu, s. 284 vd.; Kılıçoğlu, s. 439 vd.; Karahasan, Sorumluluk, s. 417; Nazikoğlu, AÜHFD., C.8, S. 1-2, 1951, s. 659; “Davacının karşılıklı edimler içeren inanç sözleşmesine dayanarak taşınmazın tapu kaydının iptalini adına tescilini isteyebilmesi için Borçlar Yasasının 81. maddesi uyarınca öncelikle kendi edimini yerine getirmesi zorunludur. Hal böyle olunca, davacıya aldığı borç para miktarını mahkeme veznesine depo etmesi için önel verilmesi yatırıldığı takdirde bu paranın davalıya ödenmesi koşuluyla tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmesi gerekir...”, Yarg. 1. HD. 21.2.2007 T. 2007/989 E. 2007/1712 Kr; Aynı nitelikte; Yarg. 1. HD. 1.4.2004 T. 2004/3243 E. 2004/3754 Kr; Yarg. 14. HD. 18.3.2002 T. 2002/1414 E. 2002/1922 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimini yerine getiren ya da getirmeye hazır olduğunu diğer tarafa bildiren tarafa **alacaklı**, henüz edimini yerine getirmeyen tarafa da **borçlu** adı verilir.⁴¹⁵

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan satım sözleşmesi iki taraf açısından borç doğurur (yüklenici açısından, bağımsız bölümün teslimi ve mülkiyetinin geçirilmesi borcu, alıcı açısından satım bedeli ödeme borcu), bu nedenle borçlu temerrüdü ikisi için söz konusu olur. Yüklenici ya da alıcı sözleşme gereği muaccel olan borçlarını aksi kararlaştırılmadıkça aynı anda ifa etmelidir. Taraflardan birinin (yüklenici ya da alıcı fark etmez) muaccel borcunu ifa etmesi ya da ifayı teklif etmesi üzerine sözleşmenin diğer tarafı yüklendiği edim borcunu yerine getirmediği takdirde, diğer tarafın BK. m. 101/I gereğince çekeceği ihtar ile mütemerrit duruma düşer.

BK. m. 81 ve 182/II emredici nitelikte bir hüküm olmadığından, yüklenici ile alıcı sözleşme yaparken, taraflardan birinin borcunu daha önce yerine getirmesini kararlaştırılabilir. Örneğin, önce taşınmazın satım bedelinin ödenmesi, yüklenicinin mülkiyeti devir borcunu ise ileri bir tarihte yerine getirmesi ya da önce yüklenicinin mülkiyeti devir borcunu yerine getirmesi, alıcının ise, vadeler halinde satım bedelini ödemesi, satım bedeli alacağına teminatı olarak devir edilen bağımsız bölümün tapu kaydına ödenecek satış bedeli miktarında yüklenici lehine ipotek konulması kararlaştırılabilir. Böyle bir anlaşma yapılmış ise, borcunu önce ifa etmekle yükümlü taraf borcunu yerine getirmekte geciktiği takdirde, diğer tarafın ihtarı ile mütemerrit duruma düşer. Taraflar aynı sözleşme ile borcun ifa edilmesi için belirli bir ifa zamanı belirlemişlerse, bu zaman gelip geçtiği takdirde BK. m. 101/II gereğince, borçlu ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşer.

Yüklenici açısından temerrüt, sözleşme ile yüklendiği, arsa payının mülkiyetini devir borcunu yerine getirmemesi, **alıcı açısından ise** satım bedelinin ödenmemesi halinde söz konusu olacaktır. Yüklenicinin arsa payının mülkiyetini geçirememesinin nedeni, arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini gereği gibi ifa etmemesi nedeni ile sattığı arsa payına bağlı bağımsız bölümün mülkiyet hakkını kazanmamış olması ya da alıcıya sattığı bağımsız bölümü tapudan üçüncü bir kişiye

⁴¹⁵ Karahasan, Sorumluluk, s. 417; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 330.

devir etmiş olması olabilir. Arsa payının mülkiyetini alıcıya devir edemeyen yüklenici temerrüde düşer.

Borçlar Kanununun 106. maddesi, karşılıklı sözleşmelerde temerrüt halini ayrı bir düzenlemeye tabi tutmuş ve temerrüdün genel koşullarının yanı sıra bazı özel koşulların varlığını aramış ve temerrüt halinde alacaklıya bazı seçimlik haklar tanımıştır. Karşılıklı sözleşmelerde de BK. m.101/I gereğince, temerrüdün oluşması için borcun muaccel olması ve aksi kararlaştırılmamış ise, alacaklının ihtarı şartı aranacaktır. Bunun dışında karşılıklı sözleşmelerde temerrüt için bu koşulların yanı sıra aşağıdaki koşullarında varlığı aranacaktır.⁴¹⁶

II. Yüklenici ile Alıcı Açısından Temerrüdün Gerçekleşme Koşulları

A) Borçluya Son Süre Verilmiş Olmalıdır

Muaccel olan borcun ifa edilmemesi ve alacaklının borcun ifa edilmesine yönelik ihtarı ile BK m. 101/I gereğince temerrüde düşen yüklenici ya da alıcı hakkında alacaklı durumunda bulunan diğer tarafın seçimlik hakları kullanabilmesi borçluya borcun ifası bir uygun bir süre vermesi şartına bağlıdır. Alacaklı bu ek süreyi ayrı bir ihtar konusu yapabileceği gibi, borçluyu temerrüde düşürmek amacıyla çektiği ihtarda da verebilir. Alacaklı bu süreyi kendi verebileceği gibi bu sürenin belirlenmesini mahkemeden de talep edebilir. Alacaklı tarafından yapılan bu ek süre bildirimi hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır.⁴¹⁷

Alacaklı tarafından temerrüde düşen borçluya verilen bu ek süre borcun ertelenmesi anlamında değildir. Temerrüt halinde borç sona ermez. Borçlu temerrüt

⁴¹⁶ Kılıçoğlu, s. 508 vd.; Eren, s. 1064 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1261; Karahasan, Sorumluluk, s. 417; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 330 ; Buz, s. 106; Nazikoğlu, AÜHFD., C.8, S. 1-2, 1951, s. 663 vd.

⁴¹⁷ Eren, s. 1066; Reisoğlu, s. 331; Kılıçoğlu, s. 509 vd.; Ayan, s. 292; Karahasan, Sorumluluk, s. 418 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1263 vd.; Buz, s. 106 vd.; Serozan, s. 247 vd.; Nazikoğlu, AÜHFD., C.8, S. 1-2, 1951, s. 669; İhtarda olduğu gibi mehil tayininde de alacaklının edayı kabul kastında olduğunu açıkça göstermesi ve talep edilen eda mevzuunda herhangi bir tereddüt mevcut ise edayı tayin etmek suretiyle bu tereddüdü bertaraf etmesi gerekir. Mehil tayini keyfiyeti vusule tabi hukuki bir muameleye benzetilen bir irade beyanıdır ki bunun neticeleri alacaklının iradesi tarafından değil, bizzat kanun tarafından tayin edilmiştir, Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 620; “Davacı zamanında işi teslim etmediğine göre temerrüde düşmüş ise de, davalı iş sahibi sözleşmeden döndüğünü derhal bildirmeyip, beklemekle ifayı istemiş sayılır. İfayı istemiş sayılan iş sahibi, ifayı beklemekten vazgeçip sözleşmeden dönmek isterse, BK. m.106 'ya göre süre verip dönmelidir. Davalı bu lazıme rizyet etmediğine göre kabulden imtinada haksızdır..”, Yargı. 15. HD. 12.6.2007 T. 2006/3707 E. 2007/3971 Kr: İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008.

durumunda da borcu ifaya yükümlüdür. Bu nedenle, borçlunun (temerrüde düşen yüklenici ya da alıcı) temerrüt sona erene ve borç ifa edilene kadar, alacaklıya gecikme faizi ödemek yükümlülüğü ile genel hükümlere göre kaza nedeni ile sorumluluğu devam eder.⁴¹⁸

Borçluya verilecek sürenin tayin şekli, her hangi bir şekle tabi değildir. Ancak süre verildiğinin ispatı açısından ek süre verilmesine ilişkin beyanın yazılı şekilde ve noter kanalı ile yapılması kanaatimce yerinde olur. Borçluya ifa için verilen bu ek süre, borcun niteliğine ve her somut olaya bağlı olarak borcun ifasına olanak verecek ve alacaklıyı mağdur etmeyecek uygun uzunlukta olmalıdır.⁴¹⁹ Borçlunun verilen son süreye itiraz hakkı mevcuttur.⁴²⁰ Borçluya kanun gereği verilmesi gereken bu ek süre, ancak borçlu açısından temerrüt halinin gerçekleşmesinden sonra verilir. Ancak borçlunun temerrüdü düşürüldüğü ihtarla birlikte ifa için uygun bir süre verilmesi halinde, bu sürede geçerli olur.⁴²¹

Borçluya ek süre verilmesinin amacı borcun ifasını sağlamak olduğundan, alacaklı tarafın mahkemeye başvurarak uygun sürenin hâkim tarafından belirlemesini talep etmesi daha uygun olacak ve süreye ilişkin olaşabilecek itirazları⁴²² da önleyecektir. Tarafların sözleşme ile borcun ifası için verilecek ek süre hakkında anlaşmaları mümkün olduğu gibi⁴²³, ek süre verilmemesi ve sözleşmenin hemen feshi konusunda da anlaşabilirler.

1) Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Son Süre

Borçlu temerrüdüne düşen taraf yüklenici ise, alıcının temerrüde düşen yükleniciye edimini yerine getirmesi için uygun bir süre vermesi seçimlik haklarını kullanabilmesi için ön koşuldur.⁴²⁴ Yüklenicinin ediminin özellikleri göz önünde

⁴¹⁸ Eren, s. 1066; Reisoğlu, s. 332; Buz, s. 104; Kılıçoğlu, s. 513; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 331; Karahasan, Sorumluluk, s. 420 vd.

⁴¹⁹ Eren, s. 1067; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1264 vd.; Reisoğlu, s. 331; Kılıçoğlu, s. 510; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 330 vd.; Buz, s. 107; Karahasan, Sorumluluk, s. 419; Serozan, s. 248 vd.; Nazikoğlu, AÜHFD., C.8, S. 1-2, 1951, s. 671.

⁴²⁰ Eren, s. 1067 vd.; Reisoğlu, s. 331.

⁴²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1266; Karahasan, Sorumluluk, s. 418 vd.; Reisoğlu, s. 331; Eren, s. 1066.

⁴²² Karahasan, Sorumluluk, s. 420; Reisoğlu, s. 331.

⁴²³ Karahasan, Sorumluluk, s. 419.

⁴²⁴ “Yanlar arasındaki sözleşme yazılı olmadığı gibi, işin teslim tarihi de belli değildir. Diğer anlatımla kesin vadenin varlığından söz edilemez. Bu durumda işi bitirip teslim etmeyen ve mütemerrüt olduğu ileri

bulundurularak, yükleniciye verilecek sürenin, eksikliklerin giderilip bağımsız bölümün teslimi için inşaatın mevcut durumu, eksikliklerin ne kadar sürede tamamlanacağı gibi somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak uzun bir süre olarak tayin edilmesi uygun olacaktır. Özellikle yüklenicinin borçlandığı edimin zaman alan bir edim olması ve niteliği itibarı ile bağımsız bölümünde içinde yer aldığı inşaatın mevcut durumu ile ne kadar sürede bitirileceği konusu teknik bir bilgi gerektirmektedir. Bu nedenle yüklenicinin bağımsız bölümün tesliminde temerrüdü halinde alıcının mahkemeye başvurarak uzman bilirkişiler aracılığı ile tespit yaptırması, bağımsız bölümün tamamlanması için gereken süreyi bilirkişilerin belirlemesi ve bu sürenin yükleniciye tanınması son süre verilmesi amacına hizmet edecektir⁴²⁵.

2) Alıcının Temerrüdü Halinde Son Süre

Satım sözleşmesinde temerrüde düşen alıcı ise, yüklenicinin çekeceği ihtar ile temerrüde düşen alıcının edim borcu bir miktar para ödenmesine ilişkin olduğundan alıcıya bu edimi yerine getirmesi daha kısa bir süre verilmesi mümkün olabilecektir. Yüklenici satım bedelini ödemediğinde temerrüde düşen alıcıya çektiği ihtar ile satım bedelini ödemesi konusunda uygun bir son süre vermelidir.

B) Son Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar

Borçluya son bir süre verilmesi onun borcunu ifa etmesini sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklenici ile alıcının satım sözleşmesinde böyle bir süre verilmesine gerek olmadığı konusunda anlaşmaları ya da mevcut durum itibarı ile verilecek sürenin borcun ifasını sağlamayacağına açıkça anlaşılması hallerinde son süre verilmesine gerek yoktur. Bu durumda alacaklı son süre vermeksizin, BK. m. 106 'da yer alan seçimlik haklarını kullanabilir.

sürülen yükleniciye BK. 106/ilk mad. hükmünce borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil verilmeden aynı maddenin 2. fıkrasında karşı tarafa tanınan hakların kullanılması düşünülemez...”, Yarg. 15.HD. 20.4.1998 T. 1998/795 E. 1998/1549 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

⁴²⁵ “BK. 106/1 md. uyarınca "karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehil tayinini hâkimden isteyebilir". Dava konusu olayda teslim süresi geçmesine rağmen işin %50 civarında ikmal edildiği, yüklenicinin işi terk ettiği ve davalının temerrüde düştüğü ortadadır. Öyle olunca davacının BK.'nun 106. md. de açıklanan seçimlik haklardan herhangi birini kullanabilmesi için hâkimden mehil tayinini talebe hakkı vardır...”, Yarg. 15. HD. 22.4.1996 T. 1996/2124 E. 1996/2252 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 11.5.2008).

1) Borçluya Son Süre Verilmesinin Faydasız Olacağıın Belli Olması

Borçlunun tutum ve davranışlarından bu borcu ifa etmeyeceği açık ve kesin olarak anlaşılmakta ise, yani süre verilmesi faydasız olacaksa BK. m. 107/I gereğince, alacaklının borçluya son süre vermesine gerek yoktur.⁴²⁶ Örneğin, borçlu alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini ya da borcu kabul etmediğini açıkça bildirmişse, borcun ifası zamanı geldiği halde ifa için gereken hazırlık işlemlerin dahi yapmamışsa bu durumda ek süre vererek borcun ifasını verilen bu zaman içinde sağlamak olanağı yoksa borçluya son süre verilmesine gerek yoktur.

Temerrüde düşmüş olan yüklenici ise, yüklenicinin inşaaata hiç başlamamış olması ya da başlamakla birlikte arsa sahibi ile arasında çıkan problemler nedeni ile inşaatı yarım bırakıp gitmesi, bağımsız bölüm teslim tarihi geldiği halde henüz bağımsız bölümün yapımına hiç başlamamış olması halinde yükleniciye borcunu yerine getirmesi için ek süre verilmesine gerek yoktur. Aynı şekilde alıcı satım bedelini ödemeyeceğini açıkça bildirmişse ona da yüklenici tarafından ek süre verilmesine gerek yoktur.⁴²⁷

2) İfanın Alacaklı Açısından Faydasının Kalmaması

Borçlunun temerrüdü nedeni ile borcunun niteliği gereği aynen ifasının alacaklı için yararsız hale gelmesi durumunda borçluya ek süre verilmesine gerek yoktur.⁴²⁸

3) Sözleşmede Kesin Wade Bulunması

Yüklenici ile alıcı düzenledikleri satım sözleşmesinde yükledikleri edimlerin ifası açısından kesin vade belirlemiş olabilirler. Sözleşmede borçlunun ifası için belirli bir tarih konması yeterli olmayıp, alacaklının iradesinden ve sözleşmede kullanılan ifadelerden bu tarihten sonraki ifanın alacaklı tarafından kabul edilmeyeceği açıkça

⁴²⁶ Karahasan, Sorumluluk, s. 42 ; Buz, s. 107 vd.; Ayan, s. 292; Kılıçoğlu, s. 512; Eren, s. 1068 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1269; Uygur, Borçlar Genel Hükümler C.II, s. 397; Nazikoğlu, C.8, S.1-2, 1951, s. 674.

⁴²⁷ “Tasınmaz satışı karşılıklı taahhütleri havi olan bir akittir. İki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil veya münasip mehilin tayinini hâkimden ister borçlunun hali ve vasiyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa mehil tayinine lüzum yoktur...”, Yarg. 13. HD. 27.3.1997 T. 1997/539 E. 1997/2615 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

⁴²⁸ Reisoğlu, s. 332; Eren, s. 1069; Kılıçoğlu, s. 512; Karahasan, Sorumluluk, s. 423; Buz, s. 108.

anlaşılmalıdır. Kesin vadenin söz konusu olduğu hallerde son süre verilmesine gerek yoktur. Örneğin, yüklenicinin bağımsız bölümü en geç 1.1.2009 tarihinde alıcıya tamamlanmış olarak teslim edip mülkiyetini geçireceği, bu tarihten sonra yapılacak devir ve teslimin alıcı tarafından kabul edilmeyeceği sözleşmede belirtilmiş ise burada kesin vade söz konusudur.⁴²⁹

Temerrüde düşen borçluya ek süre verilmesine gerek olmayan ve konumuz sözleşmeyi ilgilendiren ve karşılıklı sözleşmelerde uygulanması gereken özel hüküm niteliğindeki BK. nun 106 vd. maddeleri yanında uygulanma olanağı bulunan genel bir hüküm de Borçlar Kanununun 211. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, satım sözleşmesinde, satış bedelinin ödenmesinden sonra satılanın tesliminin kararlaştırıldığı yani satılanın tesliminin bedelin ödenmesi şartına bağlandığı hallerde, alıcının satış bedelini ödemediği temerrüde düşmesi halinde, satıcı ek süre vermeksizin sözleşmeyi feshedebilir. Satıcının bu dönme hakkını kullanabilmesi için satılanın henüz alıcıya teslim edilmemiş ve bedele ilişkin borcunun teslimden önce muaccel olmuş olması gerekir. Ancak satıcı bu hakkı kullanmak istediğini derhal alıcıya bildirmekle yükümlüdür(BK. m. 211/II). Satıcının satılanın tesliminden sonra sözleşmeden dönüp satılanı geri alabilmesi, alıcıya malı teslim ederken dönme hakkını açıkça saklı tutmuş olması halinde mümkündür(BK. m. 211/III).⁴³⁰

⁴²⁹ Reisoğlu, s. 333; Eren, s. 1069 vd; Kılıçoğlu, s. 512 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1272 vd.; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 397 vd.; Buz, s. 108; Ayan, s. 292; Karahasan, Sorumluluk, s. 424 vd.; “Somut olayda da ifa günü kesin olarak kararlaştırılmıştır. Açıklanan nedenlerle süre verilmeden sözleşmeden dönülmesi ve verilen paranın geri istenmesi mümkündür...”, Yarg. 15 HD. 6.3.2006 T. 2005/947 E. 2006/1248 Kr; “Davacı arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve menfi zarar talebinde bulunmuştur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaat süresi ruhsat tarihinden itibaren 24 ay olarak kararlaştırılmıştır. Karşılıklı borç doğuran akitlerde taraflardan birinin temerrüdü halinde borcun ifası için uygun mehil tayin edilmelidir. Verilen mehil içinde borç ifa edilmezse seçimlik haklar kullanılabilir. Ancak borcun tayin edilen süre içinde ifa edilmemesi veya borçlunun hal ve vaziyetinden ihtarın tesirsiz kalacağı anlaşılıyorsa bu durumda temerrüt ihtarına gerek yoktur. İhtarsız ve önelsiz olarak derhal fesih hakkı kullanılabilir. Somut olayda ruhsat alınan parsellerdeki inşaatlar kararlaştırılan süre içinde tamamlanmadığı gibi bazı parseller için yasal bir engel bulunmamasına rağmen ruhsat dahi alınmamıştır. Bu durumda ihtara gerek olmaksızın derhal fesih hakkı kullanılabilir...”, Yarg. 15. HD. 14.7.2006 T. 2006/2611 E. 2006/4438 Kr; “Bu mehil zarfında borç ifa edilmezse seçimlik haklarından biri kullanılabilir. Davacı, ya aynen ifa ve buna ek olarak gecikme tazminatı ister ya da bundan vazgeçerek borcun yerine getirilmemesinden doğan zararını ister yahutta sözleşmeyi derhal feshederek bundan doğan olumsuz zararını dava yoluyla isteyebilir. BK. nun 107. Maddesinin 3.üncü bendine göre de sözleşmede edimin belirli bir vadede veya süre içinde ifası gerektiği öngörülmüş ise 106. Maddede yazılı mehil tayinine gerek yoktur...”, Yarg. 13. HD. 14.11.1994 T. 1994/6980 E. 1994/9914 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 22.4.2008).

⁴³⁰ Reisoğlu, s. 333; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 398; Karahasan, Borçlar Özel Hükümler, C.I, s. 233 vd.; Tekinay/Akman / Burcuoğlu/Altop, s. 1274 vd.

Yüklenici ile alıcı düzenledikleri satış sözleşmesinde, alıcının satım bedelini mülkiyetin devrinden önce ödemesini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda alıcı satış bedelini ödemede temerrüde düşerse, satıcı/yüklenici satım sözleşmesini feshetmek hakkını kullanacağını derhal alıcıya bildirmek suretiyle sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır.⁴³¹

C) Borçlunun Kusurunun Gerektiği Haller

Alacaklının gecikme tazminatı, ifadan vazgeçerek, borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararı ile sözleşmeden dönme ve menfi zararının tazminini talep etmesi durumunda borçlunun gecikme tazminatı, menfi ve müspet zarardan sorumlu tutulması borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şartına bağlıdır. Borçlu kusursuz olduğunu kanıtlayarak, talebe göre gecikme tazminatı, menfi veya müspet zarar tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir(BK. m. 108/ II).⁴³²

III. Temerrüdün Sonuçları

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde belirtilen temerrüt koşullarının oluşması ve alacaklının borçluya verdiği son süre zarfında borcunu ifa etmemesi halinde kanun alacaklıya seçimlik haklar tanımıştır. Alacaklının bu seçimlik haklardan, aynen ifadan vazgeçerek, borcun yerine getirilmemesi yüzünden uğradığı müspet zararı ya da aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönüp, sözleşmenin geçersizliği nedeni ile menfi zararını talep etme hakkını kullanabilmesi, bu seçimini derhal borçluya bildirmiş olması koşuluna bağlıdır.⁴³³

⁴³¹ “Taşınmazın satış bedelinin kısmen ödendiği, bedelin ödenmemesi halinde sözleşmenin bozulması hakkının saklı tutulmadığı ve zilyedliğin devredildiği de belirlendiğine göre satışın gerçekleştiğinin kabulü gerekir...”, YHGK. 15.9.1976 T. 1974/7-887 E. 1976/2513 Kr; “Taraflarca yapılan anlaşma trampa anlaşmasıdır. Bu anlaşma uyarınca nizalı parsel ve üzerinde kurulu olan ev davalı tarafa teslim edilmiştir. Davacı taraf aktin gerçekleşmesinden sonra davalının taahhüdünü yerine getirmediğini, arsanın sonradan üzerine bina yaptıkları yerin dahi kendileri adına tescilini temin edemediklerini ileri sürmüştür. BK. nun 211. maddesinin son fıkrası hükmüne göre trampa karşılığı olan yerin kendilerine verilmemesi halinde geri almak hakkını mahfuz tutmadıkça davacı verdiği geri alamaz. Ancak davalı taraftan vecibesini yerine getirmesini ya da tazminat isteyebilir.”, Yargı. 7. HD. 5.11.1975 T. 1975/6103 E. 1975/5705 Kr: İçtihat Bilgi Bankası, 3.4.2008.

⁴³² Eren, s. 1070; Reisoğlu, s. 338; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 333; Buz, s. 109 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 626 vd.; Kılıçoğlu, s. 547 vd.; Nazikkoğlu, AÜHFD., C.8, S. 1-2, 1951, s. 668.

⁴³³ Reisoğlu, s. 335 vd.; Eren, s. 1070 vd.; Kılıçoğlu, s. 544; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1276 vd.; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 332 vd.; Karahasan, Sorumluluk, s. 429; Ayan, s. 293; Buz, s. 111 vd.; Serozan, s. 248 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 624.

A) Yüklenici ile Alıcı Açısından Temerrüdün Ortak Sonuçları

1) Borcun Aynen İfası ve Gecikme Tazminatı Ödeme Yükümlülüğü

Borçlunun temerrüdü karşısında, alacaklı her zaman gecikmiş ifayı kabul ve bu gecikmeden kaynaklanan zararları için gecikme tazminatı talep edebilir. Alacaklının bu hakkı, BK. 102 maddesi gereğince temerrüdün genel sonucudur. Alacaklının bunu talep etmesi için son süre vermesine gerek yoktur. Alacaklı, zamanaşımı süresi içerisinde süre versin vermesin her zaman gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilir. BK. m. 187 'de yer alan istisnaya göre, ticari satımlarda alıcı, aynen ifa talep ettiği takdirde bunu satıcıya bildirmekle yükümlüdür.⁴³⁴

Alacaklı sözleşmenin devam etmesi niyetinde ise, temerrüde düşen borçludan sözleşmenin aynen ifasını talep edebilecektir. Bu durumda sözleşme ortadan kalkmadığı için aynen ifa talebi karşısında temerrüde düşen yüklenici ya da alıcı sözleşme gereği borcunu aynen ifa ve edimin ifasının gecikmiş olması kusurundan kaynaklanıyorsa diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Temerrüde düşen yüklenici ise, sözleşme gereğince bağımsız bölümün teslimi ve mülkiyetini geçirme borcunu aynen ifa edecek, bu edimin ifasının gecikmesi nedeni ile alıcının uğradığı zararları tazmin edecektir. Yüklenicinin edimini yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde geciktiği her ay için alıcıya ödemekle yükümlü olacağı bir tazminatın belirlenmiş olması halinde, alıcı temerrüt tarihinden borcun ifasını talep ettiği tarihin kadar işleyecek bu tazminatı yükleniciden talep edebilecektir. Alıcı da, ödemede temerrüde düştüğü satım bedelini, temerrüt tarihinden itibaren işleyecek varsa sözleşmede yer alan faiz oranı üzerinden yoksa kanunda belirlenen oran üzerinden hesap edilecek temerrüt faizi ile birlikte yükleniciye ödeyecektir. Alıcı, yüklenicinin munzam bir zararı varsa bunu da tazmin edecektir.

Alacaklı kanuna göre aynen ifayı zaman sınırlaması olmaksızın zamanaşımı süresi içerisinde her zaman talep edebilir.⁴³⁵ Ancak alacaklı aynen ifa ve gecikme

⁴³⁴ Reisoğlu, s. 334; Eren, s. 1071; Kılıçoğlu, s. 542; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1284 vd.

⁴³⁵ "Borçluların sözleşmedeki edimlerini ifa etmemeleri, teslimde gecikmeleri halinde davacı alacaklının BK. nun 106/I. maddesinde belirlenen seçimlik hakkını borçlulara uygun bir süre bekledikten sonra bildirmek zorunda olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Öğretide yerleşmiş görüşlere göre, borcun ifa edilmemesi, farklı anlatımla yerine getirmede direnme halinde (gecikmiş ifa) alacaklı BK. nun 106/II

tazminatı talebini dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacak ve borçlunun durumunda ağırlaşma meydana getirmeyecek bir sürede kullanılmalıdır. YHGK. aynen ifa ile gecikme tazminatı talebinin zamanaşımı süresinde her zaman istenebileceği görüşünde olup, bu hakkın uzun bir süre geçtikten sonra kullanılmasının, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir. YHGK. sözleşme ilişkilerinde alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması halinde sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat isteme talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği, ancak bu yola seyrek ve olağanüstü hallerin varlığı halinde;

'deki hakkını "her zaman" kullanabilir; ne var ki ardından hemen vurgulayalım ki, kullanmak zorunda da değildir. O nedenle alacaklı, borcun yerine getirilmesini (İFAYI) ve gecikme tazminatını zamanaşımı süresi içerisinde isteme hakkına Davacı alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde birinci seçimlik hak olarak sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karine; yasa koyucunun alacaklının borcun ifasının ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyasını "her zaman" isteyeceğini kabul etmesinin tabii bir sonucudur. Diğer taraftan, somut olaya BK. nun 44. ve MK. nun 2. maddelerinin uygulama alanı bulunup bulunmayacağı konusuna da bir tartışma ve açıklama getirmekte de yarar vardır. BK. nun 98. maddesinin yaptığı yollama ile BK. nun 44. maddesi sözleşme ilişkilerinde de uygulanır. Anılan yasa maddesinde kural olarak zarar görenin kusuru, tazminattan indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Buradaki kusur BK. nun 41. maddesindeki teknik anlamdaki kusurdan farklılık arz eder. Burada özel nitelikte belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Bunlar, zarar görenin "zarara razı olması" yahut "eylemin zararın oluşmasına veya zararın artmasına yardım etmesi"dir. Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir bölümü davacı alıcıya yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber; zarar görenin kusuru belirlenirken kusurun belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılır. Hal böyle olunca, zarar görenin kusurundan söz edebilmek için "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmamak suretiyle kınanabilen bir eylemin vücut bulması gerekir. Açıklanan yasa kurallarının ışığında somut olaya bakıldığında, davacının zararın nedeni olan dairenin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına ve artmasına neden olduğu iddia ve ispat edilememiştir. Aksine, davacının 106/II. maddedeki seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanması, onun yasal hakkı olup, kınanacak bir davranış olarak kabul edilemez. Dahası, davacı, sözleşmenin yerine getirilmesinde ve dairenin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemleri durumu da bunu doğrulamaktadır. Bu nedenlerle davacının, BK. nun 44. maddesindeki özel hallerle ilişkin bir eylemi bulunmadığı gibi yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul etmek olanağı da yoktur. Öte yandan, MK. nun 2/1. maddesinde anlamını bulan doğruluk ve güven kurallarının somut olayda tartışılması da mümkün değildir. Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ilkesi gereğidir. Olayımızda davalılar, satış sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat-cezai şart ödemeyi kabul ettiklerine göre, bunu ve binadaki eksikliklerden kaynaklanan zararı dava tarihindeki rayiç değerleri ile eksiksiz olarak ödemek zorundadır. Esasen bundan kaçınma sözleşmeye doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Davacının gecikme süresini tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi hakkın kötüye kullanılması şeklinde de nitelendirilemez (MK. m. 2/2). Hakkın kötüye kullanılması, hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı haller'de söz konusu olabilir. Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır, bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek asla mümkün değildir. Bu bağlamda, sözleşme ilişkilerinde, alacaklının, borcun uzun süre yerine getirmemesine göz yumması halinde sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi düşünülebilir. Ancak bu yolla seyrek ve olağanüstü hallerin varlığı halinde başvurulması gerektiği gözardı edilmemelidir. Özellikle bu durumlarda, uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır...", Yarg. 13. HD. 15.6.1995 T. 1995/5604 E. 1995/5908 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 18.5.2008).

özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma, borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı halinde başvurmak gerektiğini belirtmiştir.⁴³⁶

2) Gecikmiş İfanın Kabul Edilmemesi ve Müspet Tazminat Talebi

Borçlunun kendisine verilen ek sürede borcunu ifa etmemesi halinde yani borçlu yüklenici ise, arsa payının mülkiyetini geçirmemesi, alıcı ise satım bedelini ödememesi halinde alacaklı, borcun aynen ifası ve gecikme tazminatı talep etmeyecekse, gecikmiş ifayı kabul etmediği ve gecikmiş ifayı talepten vazgeçtiğine ilişkin iradesini **borçluya derhal bildirmelidir**. Seçimini ek sürenin sonunda bildirmeyen alacaklının BK m. 106 'da yer alan haklardan yararlanabilmesi, yeniden ek süre vermesine bağlıdır. Derhal sözcüğü “**somut olayın koşullarına, niteliğine ve dürüstlük kuralına göre gecikmemeyi**”⁴³⁷ ifade eder ve her olay için ayrı takdir edilir.⁴³⁸

Yüklenici ya da alıcının borcun aynen ifasını kabul etmemesi halinde, taraflar arasında yapılmış olan arsa payının satımına ilişkin yapılmış sözleşme sona ermez, borçlu açısından sözleşmedeki asıl ediminin yerine tazminat ödeme yükümlülüğü geçer, asıl edim tazminat borcuna dönüşür.⁴³⁹

Alacaklının temerrüde düşen borçlunun (yüklenici ya da alıcının) edimini yerine getirmemesi nedeni ile uğradığı zararlara “müspet zarar” adı verilir. **Müspet zarar, borçlu borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı, alacaklının uğramayacağı tüm zararlardır**. Alacaklının sözleşmenin ifa beklentisi ile yaptığı harcamalar, seçim hakkının kullanılmasında yapılan masraflar, dava giderleri, gecikme nedeni ile üçüncü şahıslara ödenen tazminat, cezai şart, mahrum kalınan kar müspet zararını oluştur.

⁴³⁶ “...tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiç bir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, BK. nun 356/I maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer...”, YHGK. 9.10.1991 T. 1991/15-340 E. 1991/467 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008).

⁴³⁷ Kılıçoğlu, s. 543 vd.

⁴³⁸ Eren, s. 1071 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1280; Karahasan, Sorumluluk, s. 429; Ayan, s. 293; Kılıçoğlu, s. 544; Reisoğlu, s. 335 vd.

⁴³⁹ Kılıçoğlu, s. 547 vd.; Eren, s. 1072; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1285; Reisoğlu, s. 335; Karahasan, Sorumluluk, s. 442 ; “Müspet zarar ise, alacaklının ifadan vazgeçerek zararını istemesi halinde değerlendirilebilir. Bu durumda sözleşme ortadan kalkmaz, ifaya ilişkin talep hakkının yerini tazminat istemi alır...”, Yarg. 15. HD. 23.10.2003 T. 2003/1873 E. 2003/4992 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008).

Munzam zarar, gecikme faizi ve ifa edilmeyen edimin değeri de bu zarar kapsamındadır.⁴⁴⁰

Borçlunun, müspet zararlardan sorumlu olması onun kusurlu olması şartına bağlıdır. Borçlu temerrüde düşmede kusursuz olduğunu kanıtlamak suretiyle müspet zararlardan dolayı tazminat ödeme sorumluluğundan kurtulur.⁴⁴¹

3) Sözleşmeden Dönme ve Tazminat Talebi

Alacaklı tarafından borçlu yüklenici ya da alıcıya tanınan ek süreye rağmen borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklı, aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmek suretiyle sözleşmeden dönebilir. Alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini ve sözleşmeyi feshettiğini (sözleşmeden döndüğünü) en geç ek sürenin sonunda borçluya bildirmelidir.⁴⁴² Kanun metninde her ne kadar fesihden söz edilmekteyse de burada sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıldığından aslında sözleşmeden dönme hali mevcuttur.⁴⁴³

Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmez. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde yer alan yan edimlerin ifa edilmemesi durumu alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı vermez.⁴⁴⁴ Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini karşılıklı olarak sona erdiren ve daha önce

⁴⁴⁰ Eren s. 1073; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 289; Karahasan, Sorumluluk, s. 315 vd.; Ayan, s. 293; Kılıçoğlu, s. 546; Reisoğlu, s. 335; “Gecikme cezasına dayalı talep müspet zarar niteliğindedir...”, Yarg. 15.HD. 25.12.1996 T. 1996/5425 E. 1996/6930 Kr; “Akdi feshetmeyen ve ifa beklentisi içinde olan arsa sahibi, Borçlar Kanununun 106.maddesindeki seçimlik hakkını borcun ifası ve gecikme nedeniyle tazminat isteme doğrultusunda kullandığından sözleşmede ayrıca ve açıkça bir hüküm olmasa da kira kaybı zararını isteyebilir...”, Yarg. 15. HD. 14.1.2004 T. 2003/3140 E. 2003/79 Kr; “Cezai şart ile eksik işler bedeli müsbet zarar kapsamında olup, bu kalem alacakların istenebilmesi için sözleşmeden dönülmemiş olması gerekir...”, Yarg. 15. HD. 8.11.2000 T. 2000/2826 E. 2000/4884 Kr; “Borçlar Kanunu’nun 106/2. maddesi anlamında seçimlik hak kullanılarak tazminat istenmiş; sözleşmeye konu üç dubleksin bitim tarihindeki rayiç bedelinin yani müspet zararının talep edilmiş olmasına göre..”, YHGK. 27.2.2008 T. 2008/15-72 E. 2008/163 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 17.5.2008).

⁴⁴¹ Kılıçoğlu, s. 547 vd.; Eren, s. 1074; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1286; Reisoğlu, s. 335; Buz, s. 104 vd.; Karahasan, Sorumluluk, s. 442; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 333.

⁴⁴² Buz, s. 111; Reisoğlu, s. 336.

⁴⁴³ Reisoğlu, s. 336; Kılıçoğlu, s. 547.

⁴⁴⁴ Buz, s. 115; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1286.

yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcu doğuran, karşı tarafa varması gerekli, şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir haktır.⁴⁴⁵

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde dönme sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır ve tarafların birbirlerine verdikleri şeyler varsa bunlar karşılıklı olarak iade edilir(BK. m. 108/I)⁴⁴⁶. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda yüklenici, arsa payının mülkiyetini devir etmişse bu mülkiyet alıcı tarafından yükleniciye iade edilecektir. Aynı şekilde alıcı satım bedelini yükleniciye ödemiş ise, ödediği bu satım bedeli, yasal faizi ile birlikte alıcıya geri ödenecektir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde, iadenin neye dayanarak yapılacağı konusunda öğretide çeşitli görüşler vardır.

Bir görüşe göre, verilenlerin geri istenmesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olur. Çünkü Borçlar Kanununun 61 inci maddesi ortadan kalkan bir hukuki sebebe dayanılarak verilen şeylerin karşılıklı geri verilmesini emretmektedir. **İkinci görüşe göre ise,** iade talebi doğrudan BK madde 108 'e dayanan kanuni bir geri verme borcuna dayanır. Bu görüşe göre, dönme hakkının kullanılması ile birlikte geçmişe etkili olarak sözleşmenin sona ermesi üzerine taraflar arasında kanuni bir borç ilişkisi doğar ve bu ilişki nedeni ile tarafların daha önce verdiklerini iadeleri gerekir. Bu iki görüş arasındaki ayırım özellikle uygulanacak zamanaşımı açısından önemlidir. Çünkü sebepsiz zenginleşme nedeni ile açılacak iade davaları bir yıllık zamanaşımına tabi iken, iade davasının kanuni bir geri verme borcu olduğunun kabulü halinde, açılacak davaya uygulanacak zamanaşımı süresi BK m. 125 gereğince 10 yıl olarak kabul edilecektir.⁴⁴⁷

Diğer bir görüş ise, verilenlerin iadesini aynı istihkak talebine dayandırmaktadır. Bu görüşe göre de sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Dönme ile birlikte hem borçlandırıcı işlem, hem de mülkiyet hakkının devrine ilişkin hukuki sebebi

⁴⁴⁵ Buz, s. 65; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1289; Eren, s. 1075 vd “Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme ilişkisini tek taraflı irade bildirimini ile çözüme ilişkisine dönüştüren yenilik doğurucu haktır. Dönme, sözleşme ilişkisini çözer; fesih ise sözleşme ilişkisini sona erdirir. Dönme, sözleşmeye göre ifa edilen edimleri geri verme yükümü doğurur..”, YHGK. 24.11.1999 T. 1999/13-967 E. 1999/990 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 17.5.2008).

⁴⁴⁶ Kılıçoğlu, s. 547 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1293; Karahasan, Sorumluluk, s. 452; “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 kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de Borçlar Kanununun 63 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir...”, Yarg. 15. HD. 9.12.2004 T. 2003/7040 E. 2004/6389 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 15.5.2008).

⁴⁴⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1294 vd.; Eren, s. 1075 vd.; Buz, s. 121.

oluşturan sözleşme ortadan kalmıştır. Tasarruf işleminin geçerli bir hukuki sebebe bağlı olması gerektiğinden mülkiyet hakkı geçmemiştir. Alacaklı, aynı istihkak, özellikle taşınmazlarda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile verdiği şeyi geri alabilir. **Yeni dönme görüşü adı verilen diğer görüşe göre ise**, geri verme borcu niteliği gereği sözleşmeden doğan bir borçtur⁴⁴⁸, geri dönme ile sözleşme ilişkisi ortadan kalkmamış muhtevası değişmiş, ilk edimler yerini, geri verme edimine bırakmış, taraflar bir tasfiye ilişkisine girmişlerdir. Taraflar bu tasfiye ilişkisi nedeni ile aldıkları şeyleri birbirlerine geri verme borcu altına girmişlerdir. Geri verme sözleşmeye dayandığı için bu görüşe göre de zamanaşımı süresi 10 yıldır.⁴⁴⁹

İade davasının doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan bir borç olduğu yönündeki görüşe katılmaktayım. Bu nedenle alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullandığı takdirde, taraflar arasında daha önce verilmiş bulunan şeyler BK. m. 125 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde geri alınabilirler.

Sözleşmeden dönen alacaklı sözleşmenin geçersiz olması nedeni ile uğradığı zararları yani menfi zararları borçludan talep edebilir. **Menfi zarar alacaklının dönülen sözleşmeyi yapmış olması nedeni ile uğradığı zarardır.** Başka bir deyişle **sözleşme yapılmamış olsaydı alacaklının uğramayacak olduğu zarardır.**⁴⁵⁰ Yargıtay'a göre menfi zarar, sözleşmenin uygulanacağına güvenilerek yapılan ve sözleşmenin geçersizliği ya da ifa edilmemesi sonucu malvarlığını eksilten harcama ve giderlerin karşılığı olumsuz zarardır. Bu kapsamda sözleşmenin taraflarının ifa olunmayan sözleşmeye güvenerek kaçırmış olduğu fırsattan kaynaklanan zararları da olumsuz zarardır⁴⁵¹. Menfi zararın kapsamına alacaklının uğradığı fiili zarar ile kar yoksunluğu girer. Fiili zarar alacaklının sözleşmenin yapılması sırasında yapılan noter, pul, vb. giderleri, seyahat ve belgelere yapılan masrafları, sözleşmenin ifa edileceğine olan inanç ile yapılan masrafları, borçluyu temerrüde düşürmek ya da son süre vermek

⁴⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1295.

⁴⁴⁹ Eren, s. 1075 vd.; Görüşler ve görüşlerin değerlendirilmesi hakkında daha geniş bilgi için Buz, s. 118-151; Ayrıca dönmenin sözleşmelere etkisi ve ileri sürülen görüşler için Serozan, s. 59-111; Reisoğlu, s. 337; Ayan, s. 293 vd.

⁴⁵⁰ Buz, s. 243; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1296; "Uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bu sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi, yüzünden güvenin boşa çıkması, dolayısıyla uğranılan zarar olumsuz zarar olarak tanımlanmaktadır...", Yarg. 19. HD. 26.11.1993 T. 1992/9997 E. 1993/8033 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 19.5.2008).

⁴⁵¹ Yarg. 15. HD. 27.4.2006 T. 2005/2929 E. 2006/2493 Kr. (Corpus, 15.5.2008).

amacı ile yapılan noter masrafını, avukata ödenen ücreti ve alacaklının bu sözleşmeyi yapmış olması nedeni ile kaçırdığı başka sözleşmeler nedeni ile uğradığı diğer zararları da kapsar.⁴⁵²

Alacaklının sözleşmeden dönerek, menfi zarar isteyebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir.⁴⁵³ Temerrüde düşmede kusuru olmadığını kanıtlayan borçlu menfi zararı tazmin sorumluluğundan kurtulur.⁴⁵⁴

B) Alıcı Açısından Temerrüdün Diğer Sonuçları

Para borçlarında temerrüt halinde kanun iki sonuç öngörmüştür. Bunlardan biri temerrüt faizi, diğeri ise, temerrüt faizi ile karşılanmayan munzam zarardır.

1) Alıcı Temerrüde Düştüğü Takdirde Temerrüt Faizi Ödemekle Yükümlüdür

Alıcı satım bedelini ifada temerrüde düştüğü takdirde BK. m. 103/I hükmü gereğince ifayı geciktirmiş olması nedeni ile temerrüde düştü tarih ile borcu ifa ettiği tarihe kadar geçen süre için alacaklıya temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür Alıcının

⁴⁵² Buz, s. 243 vd.; Eren, s. 1079 vd.; Reisoğlu, s. 338; "Bu zararın kapsamına, alacaklının (davacının) sözleşmenin kurulması için yaptığı giderler, sözleşmeden doğan borçlar, ifa edilecek diye yaptığı giderler, sözleşmenin hüküm ifade ettiğine güvenerek başkası ile sözleşme yapma fırsatını kaçırmayı yüzünden uğradığı zararlar girmektedir...", Yarg. 3. HD. 20.9.1999 T. 1999/8869 E. 1999/9296 Kr; "Menfi zarar kavramına şunlarında gireceği kabul edilmektedir a- Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri noter ücreti gibi. b- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar. c- Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi. ç- Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırmayı dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi. d- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar. e- Dava masrafları...", YHGK. 17.1.1990 T. 1989/13-392 E. 1990/1 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008); "Karşılıklı edimleri havi sözleşmenin feshi halinde davacı ancak olumsuz (menfi) zararını isteyebilir. Olumsuz zarar ilk sözleşme yapılırken davalının teklifinden sonra verilen en uygun teklif ile fesihden sonra yapılan sözleşmedeki fiyat arasındaki farktan ibarettir...", Yarg. 15. HD. 1.3.2005 T. 2005/977 E. 2005/1120 Kr. (Corpus, 15.5.2008).

⁴⁵³ "BK. nun 108/2. maddesi gereğince fesih halinde menfi zararların istenebilmesi için, istemde bulunan tarafın hiçbir kusurunun bulunmaması gerekir...", Yarg. 15. HD. 9.6.1994 T. 1993/3607 E. 1994/384 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

⁴⁵⁴ Eren, s. 1081; Reisoğlu, s. 338; "Yüklenici, sözleşmeye ve BK. nun 365. maddesine aykırı davranmakla fesihle kusurludur. Bu nedenle iş sahibi akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararının tazminini -menfi zararını- talep edebilir...", Yarg. 15. HD. 16.11.1992 T. 1992/1606 E. 1992/5313 Kr; "Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat edemediği takdirde akdin hükmünü kaybetmesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak burada tazmini gereken zarar sadece olumsuz zarardır...", Yarg. 15. HD. 15.6.1989 T. 1989/177 E. 1989/2845 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

temerrüt faizi ödemesi için kusurlu olması gerekmez. Temerrüt faizi, temerrüt nedeni ile oluşan zararın tazmininden bu yönüyle ayrılır.⁴⁵⁵

Alıcının temerrüdü halinde uygulanacak temerrüt faizi oranı sözleşme ile kararlaştırılabilir. Bu takdirde temerrüt halinde sözleşmede öngörülen faiz oranı uygulanır.⁴⁵⁶ Temerrüt halinde uygulanacak faize ilişkin düzenleme BK. m. 103 'de yer almaktadır. Ancak faiz konusunda özel bir düzenleme yapılmış 3095 Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun⁴⁵⁷ yürürlüğe girmiştir. Gerek ticari ve gerekse adi işlerde anapara için faiz ödenmesi gereken, ancak faiz oranı belirtilmeyen durumlarda uygulanacak faiz oranı bu yasaya göre belirlenecektir. Bu kanunda belirlenen faiz oranları mevcut ekonomik duruma ve koşullara göre her yıl değişmektedir.⁴⁵⁸

Alıcının sözleşme ile borçlandığı edimin konusu bir miktar paradır. Alıcı satım bedelini sözleşme ile kararlaştırılan tarihte ödemez ise, yüklenicinin göndereceği ihtar ile temerrüde düşer. Yüklenicinin geciken satım bedeli için temerrüt faizi talep etmesi halinde, temerrüde düştüğü tarihten, ödeme tarihine kadar geçecek süre için sözleşmede kararlaştırılmış bir faiz oranı olması halinde onun üzerinden, aksi takdirde yasal faiz oranı üzerinden hesap edilecek faizi ödemekle yükümlü olur.

2) Munzam Zarar

Munzam zarar, borçlunun para borcunun ifasında gecikmesi nedeniyle, alacaklının gecikme nedeni ile uğradığı zararın temerrüt faizi ile karşılanmaması halinde söz konusu olur. BK. m. 105/I gereğince, alacaklının ifanın gecikmesi nedeni ile uğradığı zarar temerrüt faizinden daha fazla ise, borçlu kusursuzluğunu ispatlamadıkça bu zararı ödemekle yükümlüdür. Munzam zarara ilişkin bu hüküm tüm para borçlarında uygulama alanı bulur.⁴⁵⁹

Munzam zarar, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar geçecek zaman içinde artarak devam eden yeni bir borçtur. Asıl alacak ve temerrüt

⁴⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 517; Reisoğlu, s. 324 vd.; Eren, s. 1055 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1245 vd.; Karahasan, Sorumluluk, s. 320 vd.; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 291 vd.; Von Tuhr, (Çeviren Cevat Edege), s. 617; Ayan, s. 287 vd.

⁴⁵⁶ Reisoğlu, s. 324; Kılıçoğlu, s. 456; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 292; Eren, s. 1057.

⁴⁵⁷ Resmi Gazete, 19.12.1984 T. S. 18610.

⁴⁵⁸ Kılıçoğlu s. 457 vd.

⁴⁵⁹ Reisoğlu, s. 327 vd.; Kılıçoğlu, s. 517 vd.; Karahasan, Sorumluluk, s. 383 vd.

faizleri yönünden, icra takibi yapılması ve dava açılması sırasında onlarla birlikte istenilmemiş olması veya bu zarar hakkının saklı tutulmamış olması bu taleple açılan davanın görülmesine engel değildir. Zaman aşımı süresi içinde her zaman bu taleple dava açılabilir.⁴⁶⁰

Munzam zararının tazmini her şeyden önce alacaklının temerrüt faizini aşan bir zararının mevcut olduğunu kanıtlaması halinde mümkün olur.⁴⁶¹ Bunun yanı sıra munzam zarar ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Borçlu da kusursuzluk kanıtı getirmemiş değildir. Borçlu hiç kusuru olmadığını kanıtlamak suretiyle bu sorumluluktan kurtulur.⁴⁶²

Alıcı sözleşme açısından para ödemekle borçlu olan taraf olup, bu borcunu ödemede temerrüde düştüğü takdirde, yüklenicinin temerrüt faizini aşan bir zararının olması ve bunun yüklenici tarafından talep edilerek, zararın varlığının kanıtlanması kaydıyla, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlamadığı sürece, yüklenicinin gecikme nedeni ile uğradığı munzam zararları ödemekle yükümlü olur.⁴⁶³

⁴⁶⁰ “Munzam zararın, asıl alacak temerrüt faizleri yönünden icra takibi yapılması ve dava açılması sırasında bunlarla birlikte istenilmemiş olması veya bu zarar hakkının saklı tutulmamış olması munzam zarar davasının görülmesine engel değildir. Zaman aşımı süresi içinde her zaman bu yöne ilişkin dava açılabilir...”, YHGK. 5.11.2003 T. 2003/13-657 E. 2003/628 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 22.5.2008).

⁴⁶¹ Karahasan, Sorumluluk, s. 383; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1258; Ayan, s. 291; Uygur, Borçlar Genel Hükümler, C.II, s. 318; “Kanun koyucu, para borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsenmiştir. Bu zararın tazmini iki bölümde düşünülmüştür. Birinci bölüm ispat edilmeden tahsili talep edilecek zarar miktarıdır ki, bu temerrüt faizidir. Diğer bir deyişle temerrüt faizi yönünden alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bunun dışındaki zararını davacı ispat etmek zorundadır. Davacının temerrüt faizini aşan zararının kabul edilmesi için herhangi bir yasal karineden istifade etmek olanağı yoktur..”, Yarg. 5. HD. 14.2.2008 T. 2007/13424 E. 2008/1366 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 21.5.2008).

⁴⁶² Eren, s. 1064; Reisoğlu, s. 330; Karahasan, Sorumluluk, s. 406 vd.; Ayan, s. 291 vd.; Kılıçoğlu, s. 524 vd.; “Alacaklının duçar olduğu zarar, geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini isbat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir. Munzam zarar alacaklısı, öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağın varlığını, bu alacağın geç ifa edilmesinden dolayı faizle karşılanamayan zararını ve miktarını zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağına ispat etmek durumundadır. Borçlu ancak temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlamakla sorumluluktan kurtulabilir...”, Yarg. 13. HD. 2.4.2001 T. 2001/2392 E. 2001/3355 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası 21.5.2008).

⁴⁶³ “Munzam zarar sorumluluğu kusura dayanan temerrüdün hukuki bir sonucudur ve borçlunun zararının faizi aşan bölümüdür. Munzam zarar borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Munzam zarar, asıl alacak ve faizleri yönünden icra takibinde bulunulması veya dava açılmasıyla sona ermeyeceği gibi, icra takibi veya dava açılması sırasında asıl alacak ve temerrüt faizi yanında talep edilmemiş olması halinde dahi takip veya davanın konusuna dâhil bir borç olarak da kabul edilemez. Asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada munzam zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazi kayıt dermeyanına da gerek bulunmamaktadır. Ayrı bir dava ile on yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman istenmesi mümkündür. Alacaklı borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir. Borçlu ancak temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlama

§ 12. TEMERRÜT NEDENİ İLE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

I. Genel Olarak

Yüklenici, alıcıya arsa sahibinden sözleşme gereği alacaklı olduğu arsa paylarının devrini talep konusundaki kişisel alacak hakkını devrettiğinden, alıcının onun halefi olarak taşınmazın mülkiyetini talep edebilmesi, onun arsa sahibine karşı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklendiği edimleri tam ve eksiksiz yerine getirmesine bağlıdır. Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan, sözleşmede yüklenen edimlerde temerrüde düşülmesi, yüklenicinin alacak hakkını temlik alan ve alacak hakkını talep edebilmesi yüklenicinin edimine bağlı olan alıcıyı doğrudan doğruya etkilemektedir.

Alıcının, arsa sahibine başvurarak, satın aldığı bağımsız bölümün tescilini talep edebilmesi, yüklenici ile arsa sahibi arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifa edilmesi şartına bağlıdır.

II. Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesini Feshetmesi

A) Tam Tazminat Ödemek Suretiyle Fesih

Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, inşaat tamamlanmadan önce iş sahibi tarafından BK. m. 369 'a göre yükleniciye tam tazminat ödemek suretiyle tek taraflı olarak feshedilebilir. Arsa sahibinin kanunun kendisine tanıdığı bu hakkı kullanması durumunda taraflar arasındaki sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkar. Sözleşmenin ortadan kalkması nedeni ile yüklenicinin arsa sahibinden sadece tazminat ve işin yapılan bölümün ücretini isteme hakkı söz konusu olur.⁴⁶⁴

koşuluyla sorumluluktan kurtulabilir...”, YHGK. 19.6.2002 T. 2001/13-569 E. 2002/534 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 11.5.2008).

⁴⁶⁴ Yavuz, s. 361 vd.; Aral, Borçlar Hukuku, s. 379 vd.; Zevkliler/Havutçu, s. 344; Ergezen, s. 119; “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.

B) Yüklenicinin Temerrüdü, Ayıp, İfadan Önce Gelişen Olaylar, Yaklaşık Keşif Bedelinin Aşılması vb. Nedenler ile Sözleşmenin Feshi

Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Borçlar Kanunu 358 maddesinde yer alan hallerin gerçekleşmesi halinde arsa sahibi tarafından feshedilebilir. *“Mütaahhit, 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 imkân vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir”*.⁴⁶⁵

Borçlar Kanununun 358 inci maddesi, yükleniciye işe zamanında başlama, borca aykırı biçimde işin icrasını geciktirmeme ve teslim tarihi kararlaştırılmışsa bu tarihte işi bitirme borcu yüklemiştir. Yüklenicinin kanunun yüklediği bu borçlara aykırı davranması halinde, arsa sahibine sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır.⁴⁶⁶

Yüklenicinin arsa sahibine ayıplı bir eser teslim etmesi halinde Borçlar Kanununun 360. maddesi, arsa sahibine seçimlik haklar tanımıştır. Bu seçimlik haklardan birisi kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi ve ayıplı eserin kabulünün iş sahibinden beklenmesinin mümkün olmadığı hallere, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halidir.⁴⁶⁷

Kuşkusuz iş sahibinin akitten dönmesinin sonucu, yüklenicinin olumlu ve olumsuz tüm zararlarını en üst düzeyde, yasal deyimi ile balıgan mabelağı ödemekten ibarettir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır. (15. HD. 15.4.1986 T. ve 3578/1260 sy. kararı)”, Yarg. 15. HD. 5.10. 1987 T. 1986/4079 E. 1987/ 3415 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 1.5.2008).

⁴⁶⁵ Ergezen, s. 59; “Karşı edimi binayı imal ve teslim olan yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği anlaşıldığında, iş sahibinin akti feshetme hakkı doğar...” Yarg. 15.HD. 21.4.1993 T. 1992/3812 E. 1993/1871 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 18.5.2008).

⁴⁶⁶ Erdoğan, SÜHFD, C.III, 1990/1, s. 147; “Deprem olmasa bile inşaatın zamanında teslim edilemeyeceği aşıkâr olduğu, yüklenicinin inşaatı terk ettiği, davacı arsa sahiplerinin vadeden önce bile sözleşmeden dönme haklarının doğduğu anlaşıldığına göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı fesih isteminin kabulü gerekir..”, Yarg. 15. HD. 7.5.2007 T.2007/161 E. 2007/3059 Kr. (Corpus, 17.5.2008).

⁴⁶⁷ Ergezen, s. 87 vd.; Kocaağa, DEÜHFD, 200/1, C.VI, s. 196 vd.; Uçar, s. 171; “Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan ayıplı ifa nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Bir işin kabul edilmeyecek ölçüde ayıplı yapıldığının saptanması halinde, iş sahibinin sözleşmeden dönerek ödediği bedelin iade edilmesini isteme hakkı vardır”, Yarg. 15.HD. 1.7.2008 T. 2007/4600 E. 2008/4428 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

Arsa sahibine sözleşmeden tek taraflı olarak dönme hakkı veren diğer bir hükümde BK. m. 367 'de yer almaktadır.⁴⁶⁸ Yapılan iş için kararlaştırılan yaklaşık ücretin çok aşılması halinde arsa sahibi yüklenici ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini feshedebilir.⁴⁶⁹

Yüklenicinin sözleşme ile yapımını yüklediği inşaatı tamamlayarak, arsa sahibine teslim etmemiş olması yani borcunu ifada temerrüde düşmesi halinde arsa sahibi yüklenicinin temerrüdü nedeniyle BK. m.106 'da bulunan seçimlik hakkını kullanmak sureti ile ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönmüş olabilir.

III. Arsa Sahibince Sözleşmenin Feshinin Alıcıya Etkisi

A) Tam Tazminat Ödemek Sureti ile Feshin Etkisi

Arsa sahibi tarafından sözleşmenin tam tazminat ödemek suretiyle feshedilmesi halinde; taraflar arasında sözleşme ilişkisi yükleniciye tazminat ve yapmış olduğu işlerin bedeli ödenmek üzere sona ermiş olur ve yüklenici arsa sahibine karşı borcundan kurtulur.

Ancak sözleşme feshedildiğinden ve yüklenicinin inşaatı tamamlama borcu sona erer, yüklenicinin alıcıya sözleşme ile sattığı ve mülkiyetini geçirmeyi taahhüt ettiği, bağımsız bölümün tamamlanıp alıcıya teslim edilmesi imkânı da ortadan kalkar. Yüklenici açısından satım sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Sözleşme arsa sahibi tarafından tek taraflı olarak kanuna dayalı bir hakkın kullanılması nedeni ile feshedildiği için kural olarak bu durumda yüklenicinin bir kusuru bulunmamakta, yüklenici açısından kusursuz bir ifa imkânsızlığı söz konusu olmaktadır. Kusursuz ifa imkânsızlığı nedeni ile yüklenicinin

⁴⁶⁸ Yavuz, s. 379.

⁴⁶⁹ “Yaklaşık bedel kesin olmadığından, iş sahibi eserin tamamlanması için gerekli olan bedeli ödemek zorundadır. Borçlar Yasası 'nın 367. maddesi hükmü gereğince, yapılan eserin giderleri, sözleşmenin taraflarınca başlangıçta yaklaşık olarak belirlenmiş ve masraflar iş sahibinin kusuru olmaksızın pek çok aşarsa, iş sahibi, gerek eserin yapımı sırasında gerek yapımından sonra sözleşmeyi bozabilir. Eğer eser, iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılıyorsa, iş sahibi iş bedelinden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi eser henüz bitmemiş ise, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, yapılan bölümü hakkaniyet kurallarına göre tazmin ederek sözleşmeyi bozabilir”, Yarg. 15. HD. 15.7.2005 T. 2004/6552 E. 2005/4281 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

alıcı ile yaptığı satım sözleşmesindeki borcu sona erer(BK. m. 117/I).⁴⁷⁰ Ancak arsa sahibi yükleniciye bir bedel ödemek sureti ile sözleşmeyi feshetmiştir. Bu durumda borçlu kusuru olmadan imkânsız hale gelen edimin yerini tutan bir menfaat elde etmiştir. Edimin yerine kaim değer geçmişse borç ilişkisi son bulmaz ve konusu değişerek devam eder. Böyle bir durumda alacaklı bu ikame değerinin kendisine devrini isteyebilir.⁴⁷¹

İfanın imkânsız hale geldiği tarihte, alıcı bağımsız bölümün satım bedelini hiç ödemiş ise, bu edimi yerine getirmekle yükümlü olmaz. Ancak alıcının ödediği bir bedel varsa, alıcı bunu yükleniciden geri ister. BK. m. 117/II 'de borçlunun kusursuz imkânsızlık halinde aldığını iadeye mecbur olduğunu açıkça belirtmiştir: *“Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikân almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur”*.

B) Temerrüt ve Diğer Nedenler ile Feshin Alıcıya Etkisi

Arsa sahibince kanunda öngörülen haklı bir nedenle arsa yapı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi durumunda sözleşmenin geçmişe ya da ileri etkili olarak ortadan kalktığı kabul edilmesi gerektiği sorunu alıcı açısından önem taşımaktadır.

⁴⁷⁰ Reisoğlu, s. 301; Kılıçoğlu, s. 490.

⁴⁷¹ “Borçlu kusuru olmadan imkânsız hale gelen edimin yerini tutan bir menfaat elde etmişse, yani edimin yerine kaim değer geçmişse borç ilişkisi son bulmaz ve konusu değişerek devam eder. Böyle bir durumda alacaklı bu ikame değerinin kendisine devrini isteyebilir. Somut olayda, satışı vaad edilen taşınmaz yerine davalının malvarlığına bu taşınmazın kamulaştırma bedeli, eş deyişle onun yerini tutan ikame değeri girmiştir. Böylece davacı taşınmazın temlikî yerine onun değerinin kendisine verilmesini isteme hakkını kazanmıştır. Mahkemece bu yön gözetilerek dava kabul edilecek yerde, aksine düşüncelerle reddedilmiş olması yasaya aykırıdır...”, Yarg. 13. HD. 17.11.1986 T. 1986/4826 E. 1986/5536 Kr; “BK. nun 117. maddesi gereğince sözleşme kurulduktan sonra borç, borçluya isnat olunamayan haller sonucu imkânsızlaşırsa borç ilişkisi sona erer ve borçlu borcundan kurtulmakla birlikte, aldıklarını da geri vermekle yükümlü olur. Ne var ki, doktrinde oy birliği ile kabul edildiği gibi, borçlu kusuru olmadan imkânsız hale gelen edimin yerini tutan bir menfaat elde etmişse, yani edimin yerine bir kaim değer geçmişse borç ilişkisi son bulmaz ve konusu değişerek devam eder. Böyle bir durumda alacaklı bu ikame değerinin kendisine devrini isteyebilir Somut olayda satışı vaad edilen paylar yerine davalıların mal varlığına bu payların şüyuun giderilmesi yolu ile satışından elde edilen parası, başka ifade ile onların yerini tutan ikame değerleri girmiştir. Böylece davacı payların temlikî yerine onun değerinin kendisine verilmesini isteme hakkını kazanmıştır. Burada imkânsızlık sonucu davalıların mal varlığında edimin yerine başka bir şey geçtiğinden, borç ilişkisinin sona ermemesi davalıların aleyhine bir durum yaratmamaktadır. Çünkü böyle bir halde borçlunun esas edimi ifa etmesi ile onun yerine kaim değerini vermesi arasında davalılar aleyhine bir fark yoktur..”, Yarg. 13. HD. 19.4.1983 T. 1983/2799 E. 1983/3145 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 8.5.2008).

Kural olarak dönme, borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığı halde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli-geçici karmaşığı niteliği göz önünde bulundurularak, arsa sahibinin yukarıda sayılan nedenler ile BK. m. 106 'da yer alan seçimlik hakkını kullanarak sözleşmeden döndüğü hallerde, geçmişe etkili olarak dönme halinin değil, fakat ileriye etkili bir fesih halinin söz konusu olduğunun kabulü taraflar arasındaki menfaat dengeleri açısından yerinde olur.⁴⁷²

Yüklenicinin edimini zamanında yerine getirmemiş olması nedeni ile sözleşmenin arsa sahibi tarafından feshedilmesi durumunda, feshin ileriye etkili olacak şekilde kabulü yüklenici-ciden bağımsız bölüm satın alan alıcıların lehine bir durum yaratmaktadır. İleriye etkili fesih ile yükleniciye fesih anına kadar yaptığı kısım ile ilgili orantılı olarak hak ettiği arsa payları devir edilecektir.⁴⁷³ Bu durumda, yüklenici alıcıya satım sözleşmesi ile aynı zamanda arsa payının devrine ilişkin talep haklarını da temlik etmiş olduğundan, fesih sonucu yükleniciye devir edilmesi mümkün olan arsa payı

⁴⁷² Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 95 vd.; “Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?... olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir..”, YİBGK. 25.1.1984 T. 1983/3 E. 1984/1 Kr; “Eser sözleşmesi ani edimli sözleşmelerden olmakla birlikte, özel bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani-sürekli karmaşık bir nitelik taşımaktadır. Böyle bir sözleşmeden, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle dönüldüğü anda, yapının tamamlandığı kısmın kapsamı bazen o dereceye ulaşmış olur ki, bu dönmenin geriye etkili sonuç doğurmasını beklemek, iş sahibi lehine, yüklenici aleyhine anormal bir durum meydana getirir. Haksız sonuçlara varılmasını önlemek için MK. nun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağını ve dolayısıyla yüklenicinin, inşaatın oranına göre yaptığı işin bedelini ve iş sahibinin de, yüklenicinin kusuruna bağlı "Tüm zararını" talep edebileceklerini kabul ederek, taraflar yararına karşılıklı bir denge kurmuştur...”, Yarg. 15. HD. 13.3.1997 T. 1996/6770 E. 1997/1356 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 18.5.2008).

⁴⁷³ “İşin tamamının bitirilmediğinde uyumsuzluk bulunmadığı takdirde davacının işten elini çektiği tarih itibarıyla yapılan işin, tüm işe olan fiziki oranı bulunarak bunun götürü bedele uygulanması ve böylece yüklenicinin hakedişinin saptanması gereklidir..”, Yarg. 15. HD. 19.9.1989 T. 1988/4452 E. 1989/3683 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008); “ Feshin ileriye veya geriye etkili olması ayırımı, yüklenicinin yapımını üstlendiği inşaatı kısmen tamamlaması, fakat temerrüdü yüzünden teslim edememesi halinde tasfiyenin nasıl yapılacağı sorunu ile ilgilidir. Çünkü eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa sözleşme hiç yokmuş gibi tasfiye edileceğinden yüklenici inşaatı yaptığı kısım ile orantılı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerince imal ettiği inşaat bedelini alacak, fesih ileriye etkili kabul edilirse imalat oranına paralel arsa payının devrini isteyebilecektir. Tarafların aksini kararlaştırmamaları halinde kural olarak, eser sözleşmesinin feshi geriye etkili sonuç meydana getirir. Feshin geriye etkili sonuç meydana getirmemesinin anlamı, tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönmeleridir. İleriye etkili fesihten farklı olarak geriye etkili fesihte yüklenici (veya ondan şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişi) eserin getirdiği fiziki seviyeye paralel olarak bağımsız bölüm tescilini talep edemez. Fakat olayımızda olduğu gibi fesih ileriye etkili yapılmışsa, inşaatın getirildiği fiziki seviye ne olursa olsun, yükleniciye geriye etkili fesihte olduğu gibi yaptığı işin bedeli değil, yapılan işin fiziki oranına uygun bağımsız bölüm tapusu verilir. Böylelikle, hem yüklenici hem de onun temlik ettiği üçüncü kişi tasfiyede yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm tapusunu talep edebilir..”, 14. HD. 6.3.2008 T. 2008/2055 E.2008/2850 Kr. (Corpus, 15.5.2008).

bakımından alıcının da yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı talep hakkı söz konusu olacaktır.

Ancak her zaman arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileri etkili olarak feshi söz konusu olmamaktadır. Yüklenicinin sözleşme ile yüklendiği edimleri yerine getirmemesi, inşaatı tamamlamamış olması yani temerrüdü nedeni ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak feshi halinde yüklenicinin arsa sahibine karşı böyle bir talep hakkının söz konusu olmaması halinde yüklenicinin halefi olan alıcı da arsa sahibine tescil talebi ile başvuramaz. Çünkü alıcı yüklenicinin halefi olarak ancak onun sahip olduğu bir hakka sahip olabilir. Fesih halinde yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa paylarının devrini talep konusunda bir alacak hakkının doğmamış olması halinde, alıcının da böyle bir hakkı⁴⁷⁴ yoktur. Bu durumda alıcı sözleşme ile yüklendiği edimi ifa etmeyen yükleniciye karşı BK. m. 106 vd. yer alan ve yukarıda ayrıntılı olarak anlatılan kanuni haklarını kullanarak, ya aynen ifadan vazgeçerek uğradığı müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek, uğradığı menfi zararının tazminini ile ödediği satım bedelinin iadesini yükleniciden talep edecektir.

C) Feshin Bağımsız Bölümü Tapuda Devir Alan Alıcıya Etkisi

Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan sözleşmenin düzenleniş tarzına göre arsa sahibi başlangıçta arsanın mülkiyetini yükleniciye devir etmiş ve yüklenici de arsa payının mülkiyetini alıcıya geçirmiş olabilir. Yüklenici ile arsa sahibi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi tarafından feshedildiğinde, tapudan mülkiyeti kazanmış alıcının durumu ne olacaktır?

Yargıtay 'ın görüşüne göre, alıcının bağımsız bölümün mülkiyetini kazandığı hallerde alıcı yüklenicinin halefi olduğundan, alıcının mülkiyet hakkının doğumu için yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini yerine getirmiş olması şartı aranır. Aksi halde yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları sebepten yoksun hale gelir ve yapılan tescil işlemi, yolsuz tescil durumuna

⁴⁷⁴ “Yüklenicinin edimini yerine getirmediği, bundan dolayı da davalılar arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshedildiği sabittir. Yüklenicinin arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesine dayanılarak isteyebileceği hakkı olmadığından şahsi hakkını davacı üçüncü kişiye temlik etmesi de ona bir hak sağlamaz.”, Yarg. 14. HD. 14.2.2008 T. 2008/192 E. 2008/1692 Kr. (Corpus, 15.5.2008).

düŒer.⁴⁷⁵ Bu durumda arsa sahibi yüklenici ya da tapudan bağımsız bölümün mülkiyetini devir alan alıcı hakkında tapu iptal davası açabilir. Açılacak bu davada Yargıtay alıcıların iyiniyet iddiasında bulunamayacağını kabul etmektedir.

⁴⁷⁵ “Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise binayı imal ve teslimidir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı 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. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağılı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer.... Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm nolu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekâletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekâleten davalıya temlik etmiştir. Ne var ki; söz konusu kişinin, gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı yüklenicinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen tapu sicilindeki yolsuz tescil durumuna düştüğünü bilmemesi gerekir. Nitekim bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının defî değil, itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı, gerek 08/10/1991 tarih, 1990/4 esas, 1991/13 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmalıdır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz....” YHGK. 25.10.2000 T. 2000/1-1280 E. 2000/1554 Kr: “...Davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı olayların cereyan tarzından tapudaki ipotek şerhinden ve yanlar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmalıdır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağılı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Medeni Kanunun 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olamaz....”, YHGK. 23.5.2001 T. 2001/1-422 E. 2001/434 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 13.5.2008); “Davacı arsa sahibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği inşaat yapımını üstlenen yüklenicinin, tapuda devir yetkisini içeren vekâletnameye dayanarak sözleşme konusu taşınmazın tapu kaydını davalı üçüncü kişilere devrettiği, hiçbir iş yapmadan işi terk ettiği iddiasıyla, sözleşmenin geriye etkili olarak feshini ve davalılar adına olan tapu kaydının iptal edilerek kendi adına tescilini talep etmiştir. Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan inşaatı tamamlaması ve teslim etmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, Borçlar Kanununun 358. maddesi uyarınca, arsa sahibi, sözleşmenin ve tapunun iptalini isteyebilir. Üçüncü kişinin mülkiyeti kazanabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerindeki tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaatın daire satın alanlar iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekâletnameye dayanarak yapmış olması veya tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonucu değiştirmez. Mahkemece, paya yönelik tapu iptali ve tescil talebinin kabulüne karar verilmelidir..”, Yarg. 15.HD. 27.10.2005 T. 2005/375 E. 2005/5775 Kr: (İçtihat Bilgi Bankası, 20.5.2008).

⁴⁷⁵ Öz, s. 151 vd.

Ben Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamaktayım. Çünkü alıcı, bağımsız bölümün mülkiyetini kazandığı tarihte, yüklenici o taşınmazın malikidir. Malik sıfatı ile yaptığı bu tasarruf işlemi geçerli bir işlemdir. Yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeni ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilmesi halinde, arsa sahibi BK. m. 108/I gereğince, yükleniciye verdiği payların iptalini talep edebilir. Ancak arsa sahibinin bu talebi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan ve yükleniciye karşı ileri sürebileceği kişisel hakkına dayanmaktadır. Arsa sahibi bu kişisel hakkını sözleşmenin tarafı olmayan, tapu maliki alıcıya karşı ileri süremez. Alıcı bu kazanımında iyiniyetli kabul edilmeli ve bu kazanımı korunmalıdır. Bu durumda arsa sahibi uğradığı zararı yükleniciden tazmin etmelidir.

Ayrıca inşaatın bulunduğu seviye ve hakkaniyet gerektirdiği hallerde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı, Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Feshin ileriye etkili olacak biçimde kabulü halinde, fesih tarihinden önceki edimler geçerli olarak kabul edileceğinden, bu durumda sözleşmenin ileriye etkili biçimde feshi halinde alıcının fesihden önce mülkiyeti gerçek malikten kazanmış olduğundan bu kazanımın korunması gerekir.

Feshin geçmişe yönelik olarak yapılmış sözleşmeyi en başından itibaren ortadan kaldırdığı görüşünde olan **Öz**, taşınmaz mülkiyetinin kazanımın sebebe bağlı olduğunu, sözleşmeden dönme halinde bu sebebin ortadan kalktığını, tescilin yolsuzlaştığını ve arsa sahibinin yükleniciye karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi talebi ile dava açabileceğini ileri sürerek, Yargıtay 'ın görüşüne katılmaktadır. Ancak **Öz**, sözleşmeden dönen arsa sahibinin, yükleniciden tapuda bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilere karşı ancak üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığına kanıtlanması halinde tapu iptal açabileceğini kabul ederek, Yargıtay'ın görüşünden bu konuda ayrılmaktadır.⁴⁷⁶

Alıcının tapuyu doğrudan arsa sahibinden alması durumunda sözleşmenin feshi halinde arsa sahibi bu kişilerin tapusunun iptali yoluna gidemez. Yüklenici tarafından alıcıya yapılan satış, arsa sahibinin yükleniciye verdiği vekâletname neticesinde gerçekleştirildiği takdirde, arsa sahibi sonradan yükleniciyle arasındaki sözleşmeyi feshetse de bu şekilde mülkiyeti kazanmış alıcıya karşı bir talepte bulunamaz. Ancak

meydana gelen zararının tazmini yükleniciden talep edebilir. Alıcının mülkiyet hakkı bu hallerde korunur.⁴⁷⁷

Yüklenici arsa paylarının kendisine devredildiği hallerde bu arsa paylarını taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile alıcılara satabilir. Alıcının arsa payını noterden düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile aldığı durumda, arsa sahibinin sözleşmenin feshi nedeni ile yüklenici adına olan kayıtların iptali için dava açması halinde alıcı bu satış vaadi sözleşmesine dayanarak arsa sahibine karşı bir hak ileri süremez. Ancak satış vaadi sözleşmesinin tapu kaydına şerh edilmesi halinde, bu kişisel hak aynı nitelik kazandığından bahisle **Erman**, sözleşmenin feshedilmesi halinde, alıcının tapuya şerh edilmiş bu kişisel hakkını arsa sahibini de karşı ileri sürebileceği görüşündedir. Yargıtay ise, satış vaadi tapu kütüğüne şerh edilse dahi, sözleşmenin feshi halinde yüklenicinin kişisel hak kazanmasının söz konusu olmadığını ve bu nedenle onun halefi durumunda olan alıcının da böyle bir hakkı arsa sahibine karşı ileri süremeyeceğini, satış vaadi sözleşmesinin arsa sahibini bağlamayacağını kabul etmektedir.⁴⁷⁸

Tapudan bağımsız bölüm satın alan ancak dönmenin geçmişe etkili olarak kabulü edilmesi ve tapu kayıtlarının iptali ile mülkiyet hakkını kaybeden alıcı, bu nedenle uğradığı zararın tazminini sözleşme ilişkisi içinde olduğu yükleniciden talep edecektir.

IV. Arsa Sahibinin Katlanabileceği Eksiklikler ile Alıcının Eksiklikleri Gidermesi ya da Bedelini Ödemesi

Yüklenici inşaatı arsa sahibi ile yaptığı sözleşmeye uygun olarak tamamlayarak teslim etmekte yükümlüdür. Yüklenici inşaatı tamamlamış ancak sözleşmenin teknik şartlar bölümünde yer alan işlerin bir kısmını veya tamamını yapmamış olması durumunda inşaat açısından eksik işler söz konusu olur. Arsa sahibi kendisine ait bağımsız bölümlerin eksik işlerinin tamamlanmasını yükleniciden talep edebilir. Arsa sahibi bu eksiklikler giderilmesi için yükleniciden eksikliklerin giderilmesi için gereken meblağı ve bu nedenle uğranılan zararını talep edebilir ve bu eksiklikler

⁴⁷⁷ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 166 vd.

⁴⁷⁸ Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 169 vd.; Yarg. kararı için bkz. Erman, İnşaat Sözleşmesi, s. 171 dip not: 14; Öz, yükleniciden noterde yapılan taşınmaz satım vaadi sözleşmesi ile alacak hakkı kazanan üçüncü kişinin bu hakkını arsa sahibine karşı ileri süremeyeceğini, sözleşmenin tapuya şerh edilmiş olması halinde ise, bu hakkın ileri sürülüp sürülmeyeceğinin uygulamada tartışmalı olduğunu belirtmektedir, Öz, s. 152.

tamamlanmadan ya da bedeli ödenmeden arsa payını devretmekten kaçınabilir. Ancak bu eksikliklerin arsa sahibinin katlanacağı bir oranda olması halinde, yükleniciden bağımsız bölüm satın ve teslim alan alıcı, yüklenicinin halefi olarak inşaatta bulunan ve arsa sahibinin katlanacağı bir oranda bulunan eksiklikleri gidermeyi ya da bedelini ödemeyi üstlendiği takdirde, arsa sahibi alıcıya arsa payının devrini vermekle yükümlüdür. Bu talebin ön şartı eksik işlerin arsa sahibinin katlanacağı bir oranda olmasıdır.⁴⁷⁹

V. Arsa Sahibi ile Yüklenici Arasındaki Sözleşmenin Şekle Aykırılık Nedeni ile Geçersiz Olması Durumu

Yüklenici ile arsa sahibi arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin daha öncede belirtildiği üzere geçerli olabilmesi resmi şekilde düzenlenmesi şartına bağlıdır. Aksi takdirde yapılan sözleşme geçersiz olup, hüküm ve sonuç doğurmaz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekle aykırılık nedeni ile geçersiz olduğundan, taraflar açısından her hangi bir hak ve borç doğurmaz.⁴⁸⁰ Bu nedenle

⁴⁷⁹ “Yüklenici veya ondan bağımsız bölüm alan kişinin tescil isteyebilmeleri için yüklenicinin edimini eksiksiz yerine getirmiş olması gerekir. Eğer yüklenici edimlerini tamamen yerine getirmemiş ise bu noksan bıraktığı işler de pek az bir boyutta bulunur, bir başka anlatımla arsa sahipleri tarafından tahammülü mümkün ölçülerde eksiklik kalırsa; bu eksikliklerin, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişi ve kişiler tarafından tamamlanması veya tutarının para olarak ödenmesi suretiyle noksanlığın karşılanması hallerinde bağımsız bölüm alan bu kişi veya kişilerin tescil isteme haklarının varlığı kabul edilebilir...”, Yarg.14.HD. 9.2.1998 T. 1998/463 E. 1998/712 Kr; “Davacı, yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, payına düşen bağımsız bölümü yükleniciden satın aldığı ileri sürerek, tapu iptali ve tescil talebinde bulunmuştur. Somut olayda, inşaatta %10 oranında eksiklik, proje ve ruhsata aykırılıklar bulunmaktadır. Eksik işlerin yüzdesinin arsa sahiplerinin katlanabileceği boyutta olmaması ve binanın hukuka uygunluğunun sağlanmaması karşısında yüklenicinin şahsi hak kazandığı ileri sürülemez...”, Yarg. 14. HD. 10.4.2000 T. 2000/2117 E. 2000/2315 Kr; Aynı nitelikte, Yarg. 14 HD. 20.4.2007 T. 2007/427 E. 2007/4637 Kr; Yarg. 14. HD. 8.11.2001 T. 2001/6690 E. 2001/7639 Kr; Yarg. 14. HD. 5.12.1995 T. 1995/7194 E. 1995/114 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 20.5.2008); “Yükleniciden temellük edilen hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde de mahkemece yapılacak iş, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır. Bina sözleşmeye uygun olarak tamamlanmışsa tescil kararı verilmelidir. Ancak; eksik bırakılan iş var ise, bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta olduğu takdirde, yüklenicinin edim borcunu tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak aksi düşünce iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından, bu eksikliğin yüklenici ya da halefi olan davacı tarafından tamamlanması olanağı tanınmalıdır. Eksiklik fiilen tamamlanmasa bile saptanacak bedelin ödenmesi halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır”, YHGK, 3.11.2004 T. 2004/14-551 E. 2004/571 Kr; Aynı nitelikte Yarg. 14. HD. 3.4.2008 T.2008/3625 E. 2008/461 Kr. (Corpus, 19.5.2008).

⁴⁸⁰ “Taraflar arasında adi yazılı şekilde düzenlenen arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olup, arsa payı devri ile geçerlilik de kazandırılmadığından, bu sözleşmenin ifası istenemeyeceği gibi feshi de dava edilemez ise de, geçersiz sözleşmenin ifası aşamasında taraflar birbirlerinin mal varlıklarına artı değer kazandırmışlarsa, bu değerler karşılıklı olarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak istenebilir..”, Yarg.15 HD. 23.12.2003 T. 2003/2775 E. 2003/6201 Kr.(Corpus, 15.5.2008).

yüklenicinin halefi olan, alıcı açısından da arsa payının mülkiyetinin devrini talep etme konusunda bir hak doğmaz. Çünkü olmayan bir alacağın temliki de mümkün değildir. Bu durumda alıcı, yükleniciden ödediği satış bedelinin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kendisine geri ödenmesini talep edebilir. Ayrıca ödediği satış bedeli için ödeme tarihinden itibaren işletilecek temerrüt faizi ile varsa munzam zararını talep edebilecektir.

Ancak bazı hallerde sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilir ve dinlenmez. Yüklenici ile arsa sahibi resmi şekilde yapılması gereken bu sözleşmeyi adi şekilde düzenlemiş olmakla birlikte taraflar edimlerini tam olarak yerine getirdikten sonra taraflardan birinin sözleşmenin şekle uygun olarak yapılmaması nedeni ile geçersiz olduğunu ileri sürerek edimini geri istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Ayrıca bazı hallerde taraflardan birinin edimini yerine getirmesi halinde, sözleşmenin diğer tarafının sözleşmenin şekil nedeni ile geçersiz olduğunu ileri sürerek edimini yerine getirmekten kaçınması da dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.⁴⁸¹

Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan sözleşme şekil eksikliğine rağmen ifa edilmiş ve yüklenici inşaatı sözleşmeye uygun olarak tamamlayarak teslim etmişse arsa sahibinin şekil eksikliğini ileri sürerek arsa paylarının devrinden kaçınması hakkın kötüye kullanılması olup, açıkça dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu durumda alıcı tarafından arsa sahibine karşı açılan tescil davasında arsa sahibi şekil eksikliğini ileri sürerek, alıcı adına bağımsız bölümün mülkiyetini geçirmekten kaçınamaz.

⁴⁸¹ “Her iki tarafın sözleşmede öngörülen edimlerini yerine getirdikten sonra şekil şartına riayet edilmediğine dayanılarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Müteahhit imal ve teslim borcunu yerine getirdiğine, davalı malikler kendilerine düşen bağımsız bölümleri teslim aldığına göre; şekil itirazının reddi ile tapu iptali ve tescil talebinin kabulü gerekir...” YHGK. 1.4.1992 T. 1992/15-129 E. 1992/237 Kr; “.. Geçersiz sözleşme ifa edilmiş olup, eksik ve kusurlu işlemlerle ilgili ayrıntılar (fer i) nitelikteki haklar, taraflar arasında uyumsuzluk konusu yapılmıştır. Bu durumda geçersiz olmakla beraber, uzun süre sözleşmenin yerine getirileceği hususundaki davranışlarıyla yükleniciye güven vermiş bulunan arsa sahiplerinin bundan böyle sözleşmenin geçersiz olduğu yolunda bir savunma ileri sürmeleri, MK. nun 2. maddesinde öngörülen objektif iyiniyet ilkesi ile bağdaşmaz. Kişisel açıdan ise, bir hakkın sırf başkasını zarara uğratmaya yönelik bir davranış olur...”, Yarg. 15. HD. 12.11.1981 T. 1981/2098 E. 1981/2240 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası 15.4.2008).

VI. Arsa Sahibinin Temerrüdü

Yüklenici arsa sahibine karşı tüm edimlerini yerine getirerek, inşaatı sözleşmede öngörülen nitelik ve koşullarda arsa sahibine teslim ettiği halde, arsa sahibi hiçbir haklı neden olmaksızın yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa paylarının devrine yanaşmayabilir. Bu durumda yüklenici arsa sahibine karşı tescil talepli dava açabilir. Eğer yüklenici arsa payının devrine ilişkin hakkını alıcıya temlik etmişse, alıcıda yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine başvurarak, dava konusu edilen arsa payı ve ona karşılık gelen bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilir.

VII. Yüklenicinin Alıcıya Sattığı Bağımsız Bölümü Birden Fazla Kişiye Satması

A) Harici Satış Sözleşmesi ile Satış

Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile kendisine bırakılması kararlaştırılan arsa payını içinde alıcının da yer aldığı birden fazla kişiye satmış olabilir. Bu durumda hangi alıcının hakkına öncelik tanınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Yüklenicinin arsa payının satımına ilişkin yaptığı sözleşmelerin arsa payının devrini talep konusundaki kişisel alacak hakkının temlik niteliğinde olduğu yukarıda açıklanmıştır. Alacağın temlik işlemi, hukuki niteliği itibari ile tasarruf işlemi niteliğindedir. Yüklenici alıcı ile yaptığı satım sözleşmesi ile arsa sahibinden olan kişisel alacak hakkını bedel karşılığında alıcıya devir ve temlik etmektedir. Satım sözleşmesi yapılmakla, yüklenici arsa payının mülkiyetini devrini talep etme konusundaki alacağını alıcıya geçirmek sureti ile bu hak üzerindeki tasarruf hak ve yetkisini kaybetmektedir. Yüklenici temlik ile tasarruf yetkisini kaybettiğinden, ilk temlik işleminden sonra yaptığı temlikler hukuken geçerli olmaz. Bu nedenle yüklenicinin yaptığı birden fazla temlik içinden ilk temlik yani tarih bakımından önce gelen satım sözleşmesi geçerli sayılır.⁴⁸²

⁴⁸² “Somut olayda iki ayrı kişiye temlik edilmiş tek bir şahsi hak vardır. Her iki davacının da yarışan ve davalarına dayanak yaptığı sözleşmeleri bulunmaktadır. Dairemizin, bu gibi durumlarda kararlılık kazanan uygulamasına göre, bir taşınmaz şahsi hakkın devri suretiyle birden çok kişiye satılmış ise ve her ikisi de geçerli bulunmaktaysa eski tarihli sözleşmeye değer verilir. Somut uyuşmazlıkta, bu sözleşme

B) Tapudan Devir Sureti ile

Yüklenici alıcıya harici satım sözleşmesi ile sattığı arsa payını, başka bir şahsa resmi şekilde tapu da devir etmek suretiyle satabilir. Yüklenici ile alıcı arasında yapılan harici satış sözleşmesi niteliği itibarı ile alıcı açısından kişisel bir hak doğurduğundan, alıcı bağımsız bölümün mülkiyetini tapuda yapılan resmi satış ile kazanmış olan yeni malike karşı bu kişisel hakkını ileri süremez ve arsa payına bağlı bağımsız bölümü satın alan kişiye karşı tapu iptali davası açamaz. Bunun nedeni aynı hakkın kişisel hakka üstün tutulmasıdır. Üçüncü kişinin tapuda gerçekleşen kazanımına üstünlük tanınır.⁴⁸³ Ancak alıcı sözleşme ilişkisine dayanarak, yükleniciden sözleşmenin ifa edilmemesi nedeni ile uğradığı zararın tazmini ve ödediği satış bedelinin geri verilmesini talep edebilir.

C) Yüklenicinin Alıcıya Sattığı Bağımsız Bölümü Üçüncü Bir Kişiyeye Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmesi ile Satması Halinde

Yüklenici bağımsız bölümü birden fazla kişiye hem adi satım sözleşmesi ile hem de noterden düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile satmış olabilir. Bu durumda yüklenici tarafından yapılan satışlardan hangisinin öncelik kazanacağı sorunu gündeme gelecektir.

davacılar Şaban'a yapılan 24.8.2001 tarihli olanıdır. Ortaya çıkan bu duruma göre, mahkemece birleştirilen 2003/63 Esas'taki Rıdvan'ın açtığı tescil davasının reddi yerine istemin hüküm altına alınması yanlıştır. Sonraki alıcı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yaptığı ödemeyi geri isteyebilir. Yüklenici edimini yerine getirmemiş ise üçüncü kişinin tescil isteyebilmesi için ödemesi gereken miktarın da depo ettirilmesi gerekir...”, Yarg. 14. HD. 27.10.2004 T. 2004/5252 E. 2004/7454 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

⁴⁸³ “Taraflar arasındaki tapu iptali, elatmanın önlen-mesi davasında; bağımsız bölümü davadışı yükleniciden haricen satın alan davacı ve karşı davalının adi sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkı vardır. Buna karşılık aynı bağımsız bölümü yüklenicinin oğlundan tapudaki kayda güvenerek resmi senetle (kayden) satın alan davalı ve karşı davacının ise tapudan gelen aynı hakkı bulunmaktadır. Aynı hak edinirken tapu kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığının bilinmesi aynı hak sahiplerini kötüniyetli kılmadığı gibi kazandığı mülkiyet hakkına da etkili olamaz. Başka bir deyişle kişisel hak ile aynı hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınması da ana kuraldır...”, YHGK. 19.4.2000 T. 2001/1-735 E. 2001/789 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 12.5.2008); “Olayda, çekişmeli bağımsız bölüm, inşaat aşamasında kat irtifakı kurulmadan önce arsa sahibi vekili yüklenici tarafından haricen elatmanın önlenmesi davalısı Ayten 'e satılmıştır. Kat irtifakının kurulmasından sonra aynı bağımsız bölüm yine yüklenici tarafından borç ilişkisi bulunan davacı şirkete satılmıştır. Bilindiği üzere, tapulu taşınmazların haricen satışı geçersiz olup, bu sözleşmelerin mülkiyetin nakli sebebinin oluşturamayacağı açıktır. Eldeki dava bakımından halen kayıt maliki olan Ç. İnşaat Ticaret Limited Şirketine karşı 30.9.1988 tarih ve 87/2- 2 sayılı İnançları Birleştirme Kararının uygulama yeri de yoktur. Öyle ise taraflar arasındaki çekişmenin kayda üstünlük tanınmak suretiyle çözüme kavuşturulması zorunludur. Hal böyle olunca, elatmanın önlenilmesi davasının kabulüne, birleştirilen tapu iptali-tescil karşı davasının ise reddine karar verilmesi gerekir...”, Yarg. 1. HD. 23.11.2004 T. 2004/8517 E. 2004/13057 Kr. (Corpus, 14.5.2008).

Yüklenici satım sözleşmesi ister noter tarafından düzenlensin ister adi şekilde düzenlensin her iki halde de arsa payı alacağına ilişkin kişisel hakkını alıcılara temlik etmektedir. Kanun koyucu alacağın temlik sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesini yeterli görmüş, resmi şekilde düzenlenmesi koşulunu aramamıştır. Bu halde ortada biri resmi diğeri adi yazılı şekilde yapılmış iki temlik sözleşmesi bulunmaktadır. Hangi sözleşme tarih itibarı ile önce yapılmış ise, o temlik geçerli olacaktır. Burada belirleyici olan temliğin nerede, hangi makam tarafından yapıldığı değil yapıldığı tarihtir. Çünkü temlik tasarruf işlemi olup, alacağını temlik eden yüklenici ilk temlik ile alacak üzerinde tasarrufta bulunma hakkını kaybetmiş olur. İlk temlikten sonra yapılan temlikler bu nedenle geçersizdir.⁴⁸⁴

VII. Yüklenicinin Ölümü ve Aczi

Borçlar Kanununun 371 inci maddesi “ *Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten âciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihtir olur*” hükmünü getirmiştir. Bu hükme göre, sözleşme yüklenicinin kişiliği göz önüne alınmak sureti ile yapılmış ise, yüklenicinin ölümü ve kusuru olmaksızın acze düşmesi halinde bu sözleşmenin sona ereceğini kabul etmektedir. Ancak yüklenicinin üstlendiği inşaat, apartman yapma işi niteliği itibarı ile herkes tarafından tamamlanacak bir iş olması nedeni ile bu hallerde sözleşme kendiliğinden sona ermez.⁴⁸⁵ İnşaat yüklenicinin ölümü üzerinde mirasçıları tarafından

⁴⁸⁴ “Uygulamada yüklenicinin aynı bağımsız bölümü değişik tarihlerde bir veya birden fazla üçüncü kişiye alacağın temlik yoluyla veya satış vaadi sözleşmesi yaparak temlik ettiği, temlik alan bir veya daha fazla kişinin aynı bağımsız bölüm üzerinde hak iddiasında bulunduğu sıkça görülen bir durumdur. Bunun gibi malikin, satış vaadi sözleşmesine konu yaptığı bir taşınmazı sonradan bir başka kişiye satış vaadinde bulunması da mümkündür. Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olur. Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki günlük olanına değer tanınır. Yukarıda vurgulandığı üzere, burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya bir kaçına resmi şekilde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir. Somut olayda; davacı ya 23.05.2000 tarihli temlik sözleşmesine, birleşen davanın davalısı ise, 20.07.2000 tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesine (temlik işlemine) dayandığına göre yarışan şahsi haklarda önceki günlük olan davacının dayanağı olan sözleşmeye değer tanınmalıdır.”, Yarg. 14. HD. 8.4.2008 T. 2008/3661 E. 2008/4795 Kr: Corpus, 18.5.2008.

⁴⁸⁵ Ergezen, s. 156; “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacılar, davalı yüklenicinin inşaatı terk ettiğinden dolayı 5.1.1987 günlük ihtarla 30 günde inşaatı başlanmasını istemişlerdir. Oysa mahkeme, müteahhit Ahmet 'in öldüğünden dolayı BK. 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhidin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir. İnşaatın

tamamlanması halinde, alıcı arsa payının mülkiyetini inşaatın tamamlanıp tesliminden sonra yüklenicinin mirasçıları ile arsa sahibinden talep edebilir. Ayrıca Borçlar Kanunu madde 371/2 'ye göre eserin bitirilen kısmı kabul edilip kullanılabilir halde ise, arsa sahibi bu eseri kabul ve eserin yani inşaatın biten kısmı ile orantılı olarak bedelini ödemekle yani arsa paylarını devir etmekle yükümlüdür. Bu durumda, alıcı satın aldığı bağımsız bölümün kabul edilen orana göre devredilecek arsa paylarının içinde olması halinde, arsa sahibine başvurabilir. Aksi takdirde, yüklenicinin mirasçılarına başvurarak ödediği satım bedelinin iadesini talep edebilir.

Satım sözleşmesinin imzalanmasından sonra yüklenici kusuru ile acze düşmüş olabilir. Yüklenicinin aczi ve inşaatı yarım bırakması nedeni ile arsa sahibi sözleşmeyi feshetmiş olabilir. Bu durumda sözleşme inşaatın bulunduğu seviye itibarı ile ileri yönelik ortadan kaldırıldı ise, inşaat seviyesi itibarı ile yüklenicinin tescil talep hakkı doğmuş ise alıcı onun halefi olarak arsa payının devrini talep edebilir. Ancak geçmişe yönelik olarak sözleşmenin kaldırılması durumunda, alıcının tescil talebi dinlenmez. Ancak yükleniciye başvurarak, sözleşmeden dönebilir, uğradığı zararları ve ödediği satım bedelini ondan geri talep edebilir.

Yüklenicinin iflasına karar verilmiş olması durumunda; iflas ile birlikte yüklenicinin, malları ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisi iflas idaresine geçer. Yüklenicinin iflası halinde alıcı, yükleniciden talep edeceği bağımsız bölümün devrine ilişkin alacak hakkı ile iflastan önce yüklenici hakkında temerrüt nedeni ile ödediği satım bedelinin iadesine ilişkin açtığı davada aldığı mahkeme kararına dayanan alacak hakkını diğer alacaklar gibi iflas masasına yazdırabilir.

Yüklenicinin borçlarını ödemekten aczi ve hakkında icra takiplerinin açılması halinde, alıcıyı bekleyen diğer bir tehlike, yüklenicinin alacaklıları tarafından, alıcı aleyhine tasarrufun iptali davası açılması halidir. Yüklenicinin borçlu olduğu kişi ya da kurumlarca açılan tasarrufun iptali davalarında alıcı, yüklenici ile arasında yapılan satımın gerçek bir satım olduğunu kanıtlamak zorunda kalmaktadır.

tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibare alınmamıştır.”, Yarg. 15. HD. 12.1.1990 T. 1990/1503 E. 1990/4707 Kr. (İçtihat Bilgi Bankası, 14.5.2008).

SONUÇ

Kentlerin kalabalıklaşması, yoğun konut ihtiyacı, yapılan imar planları, yeni yerleşim alanlarının ve inşaat sektöründe kullanılan deyimlerle yeni yaşam alanları yaratılması amacı ile inşaat sektörü son yıllarda büyük bir hızla büyümüş, yapılan inşaatlarla adeta kentler yeniden inşa edilmiştir. İnşaat sektöründe yaşanan gelişmeler, konut talebinin artışı arsa sahipleri ile yükleniciler arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de yaygınlaşması sonucunu doğurmuştur. Arsa sahipleri ile yapılan sözleşmeler neticesinde inşaatlara başlayan yükleniciler, başladıkları bu inşaatları bitirmek için ihtiyaç duydukları finansmanı bir yandan kredilerle bir yan da yaptıkları inşaat nedeni ile kendilerine verilecek arsa paylarının üçüncü kişilere satışından sağlamaktadır. Mevcut inşaatların büyük bölümünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine dayanarak yapılması nedeni ile yükleniciler, sözleşme gereği kendilerine bırakılması kararlaştırılan arsa paylarını inşaatın başında ya da devam sürecinde üçüncü kişilere yani alıcılara resmi biçimde olmayan yazılı satım sözleşmeleri ile satmaktadır.

Yükleniciler yapmak oldukları inşaatlardan ileride Kat Mülkiyeti Kanununa tabi bağımsız bölüm olarak tapuya tescil edilecek bu arsa paylarını bu tip harici satım sözleşmeleri ile alıcılara satmaktadır. Kural olarak taşınmaz satım sözleşmesinin geçerli olması resmi şekilde düzenlenmiş olması şartına bağlıdır. Yüklenici ile alıcı arasında yapılan harici satım sözleşmeleri resmi şekil şartına uyulmamış olması nedeni ile geçersiz sayılmak yerine Yargıtay ve öğretisi tarafından alacağın temlik olarak nitelendirilmiş ve adi yazılı şekilde düzenlenen bu sözleşmeler geçerli sayılmıştır.

Yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, edimini yerine getirerek, inşaatı tamamlayıp teslim ettiğinde arsa sahibine karşı arsa paylarının devrini talep konusunda kişisel bir alacak hakkı kazanır. Yüklenici bu kişisel alacak hakkını, alıcılara Borçlar Kanunu 162 vd. maddeleri gereğince bedel karşılığında satın temlik etmektedir. Yüklenici ile alıcı arasındaki yapılan taşınmaz satım sözleşmesinde yüklenici alıcıya, arsa sahibinden olan bu alacak hakkını devretmekte ve sözleşmenin imzalanması ile arsa sahibinden arsa payının mülkiyetini talep etme

konusundaki alacak hakkı yüklenicinin halefi sıfatı ile alıcıya geçmektedir. Taraflar arasında düzenlenen taşınmaz sözleşmesine adi yazılı şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen geçerlilik kazandıran şey, **sözleşmenin alacağın temlik niteliğidir.**

Yüklenici ile alıcı arasında düzenlenen arsa payının devrine ilişkin bu taşınmaz satım sözleşmelerini alacağın temlik olarak nitelendirerek geçerli saymak, tarafların menfaati açısından yerinde olduğu gibi ayrıca hakkaniyete uygun bir çözüm olmuştur. Gerçekten de yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan arsa payının devrini talep etme konusundaki kişisel alacağını, alıcılara taşınmaz satım sözleşmeleri ile devir ve temlik etmektedir. Yargıtay ve öğretinin yapılan bu satışları alacağın temlik olarak nitelendirmesi, hem sözleşmenin tarafları açısından hem de ileride inşaat tamamlandığı takdirde, arsa sahibinin sözleşmenin resmi şekilde yapılmaması nedeni ile geçersiz olduğunu ileri sürerek, edimini yerine getirmekten haksız olarak kaçınması ihtimalini ortadan kaldırdığı için yerindedir. Yükleniciden pay satın alan alıcı bu hakkı ancak, yüklenici arsa sahibine karşı tüm edimlerini eksiksiz olarak yerine getirdiği takdirde, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürülebilecektir.

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yüklenici alıcı ile yaptığı bu sözleşmede taşınmazın mülkiyetini geçirme ve teslim yönünden borçlu, taşınmazın satım bedeli açısından ise alacaklı durumundadır. Buna karşılık alıcı satım bedeli ödemek bakımından borçlu, satın aldığı taşınmazın mülkiyetini isteme yönünden ise alacaklı durumundadır. Taraflar arasında yapılan sözleşmenin bir taşınmaz satım sözleşmesi olması nedeni ile Borçlar Kanununun taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin hükümleri Borçlar Kanununun 217. maddesi hükmü gereğince, yüklenici ile alıcı arasındaki bağımsız bölüm satışına ilişkin sözleşmeye de uygulanacaktır. Yüklenici ya da alıcı arasında yapılan bu sözleşmeden kaynaklanan sorunlar Borçlar Kanununun satım sözleşmesine ilişkin hükümlerine göre çözümlenmektedir. Ayrıca alıcının sözleşme konusu taşınmazı konut ya da tatil amaçlı kişisel kullanımı için satın aldığı kısaca alıcının tüketici ve sözleşmenin tüketici işlemi sayıldığı hallerde, bu sözleşmeye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' unun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Sözleşmenin satıcı tarafında yer alan yüklenicinin sözleşme nedeni ile alıcıya karşı taşınmazı teslim ve mülkiyeti devir etme asli borcu yanısıra satılanı ayıpsız bir biçimde teslim etme ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğu vardır. Ayrıca yine yüklenicinin teslim borcunun bir sonucu olarak satım sözleşmesi nedeni ile alıcıya karşı zapta karşı tekeffül sorumluluğu söz konudur.

Sözleşmenin her iki tarafı da sözleşme açısından hem borçlu hem de alacaklı olduğundan her ikisi borçlu temerrüdüne düşmektedir. Sözleşmenin ifasında temerrüt halinde hem temerrüde ilişkin genel hükümler hem de ayrıca satım sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olması itibarı ile Borçlar Kanunu 106. 107. ve 108. maddelerinde yer alan özel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümlere göre, muaccel olan alacağın, alacaklının çekeceği ihtar ile mütemerrit duruma düşen borçlusuna, alacaklı BK. m. 106 gereğince son bir süre vermelidir. Son süreye rağmen borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklı, ifadan vazgeçerek, müspet zararının ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini ve varsa yerine getirdiği edimin iadesini talep edebilecektir. Sözleşmenin ifasını talep eden alacaklının son süre vermesine gerek olmayıp, alacaklı dilerse aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir. Borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını kanıtlamadıkça alacaklının seçimlik hakkına göre, gecikme, müspet ya da menfi zararını ödemekle yükümlüdür.

Yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu harici satışlar yüklenici edimini yerine getirerek, arsa payına bağlı satım konusu bağımsız bölümün mülkiyetini geçirerek, satılan taşınmazı teslim etmesi halinde amaca hizmet eden sözleşmeler olarak işlevlerini tamamlamaktadır. Ancak yüklenici ile alıcı arasında yapılan bu satım sözleşmeleri her zaman böyle sorunsuz olarak yerine getirilmemektedir. Uygulamada yüklenici ile arsa sahibi arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan nedenler, anlaşmazlıklar ve fesihler alıcı açısından telafisi mümkün olmayan sonuçlara neden olmaktadır. Bu sözleşmelerden kaynaklanan en büyük sorun, yüklenicinin edimini yerine getirmeyerek inşaatı tamamlamadığı, acze düştüğü ve bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibi tarafından feshedilmesi durumunda yaşanmaktadır. Alıcı satım bedelini ödediği halde, çoğu zaman bağımsız bölüm mülkiyetini kazanamamakta ve ancak sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu yükleniciye satım bedelinin iadesi ve uğradığı zararın tazmini için başvurabilmektedir. Yüklenicinin acze düşmüş olması halinde ise, ödediği satım

bedelinin iadesi yönünde elimde ilam dahi olsa, alıcı ödediği bedeli yükleniciden tahsil edememekte ya da çok uzun bir süreçte tahsil etmektedir.

Uygulamada yaşanan sorunların tamamına yakını yüklenici kaynaklıdır. Bu sorunların ortadan kaldırılması ve inşaat sektöründe yaşanan sorunların en aza indirgenebilmesi için öncelikle yapılacak yeni düzenlemeler ile yüklenici olacak kişilerde bulunması gereken standart koşullar belirli bir çerçeve içerisinde belirlenmeli, her önüne gelenin yüklenici olması engellenmeli, ancak inşaatı yapıp tamamlayacak maddi güce, mesleki bilgi, birikim ve yeterliliğe sahip olan kimselerin inşaat sektöründe çalışması sağlanmalı, böylece sorun yaratan ya da yaratması muhtemel kimselerin yüklenici sıfatı ile iş yapmalarına engel olunmalıdır. Bunun yanı sıra harici satım sözleşmesi ile temelden taşınmaz satın alırken özellikle yüklenici seçimine dikkat etmek, inşaatı tamamlayabilecek maddi olanağının olup olmadığı, varsa daha önce yaptığı ve tamamladığı inşaatları referans olarak göz önünde bulundurmak, mümkünse teminat almak yerinde olacaktır.

Ayrıca kanunda düzenlenmemiş bulunan arsa karşılığı inşaat sözleşmesinin kanunda düzenlenen sözleşmeler içerisine alınmak sureti ile bu sözleşmelere belirli standartlar getirilmesi, hükümlerinin kanunda ayrıca düzenlenmesi, bu düzenlemeler de arsa payının devrine ilişkin satım sözleşmelerine de yer verilmesi karşılaşılan sorunları aza indirgeyecek bir çözüm yolu olacaktır.

KAYNAKÇA

I.GENEL ESERLER

- AKINTÜRK, T. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, İstanbul 2006.
- AKİPEK, Ş./KÜÇÜKGÜNGÖR, E. : Sözleşmeler Rehberi, 2. Baskı, Ankara 2002.
- ALTAŞ, H. : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- ARAL, F. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007 (Borçlar Hukuku).
- AYAN, M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Konya 2007.
- BUZ, V. : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme Ankara 1998.
- DAYINLARLI, K. : Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 2. Baskı, Ankara 2000 (Alacağın Temliki).
- DAYINLARLI, K. : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, 3. Baskı, Ankara 2003 (İstisna Akdi).
- DUMAN, H. : Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, İstanbul 2006.
- ENGİN, B.İ. : Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.

- EREN, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2006.
- ERGEZEN, M. : İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.
- ERMAN, H. : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007 (İnşaat Sözleşmesi).
- ERMAN, H. : İstisna Sözleşmelerinde Beklenmeyen Haller, BK. md.365/2, (Doktora Tezi) İstanbul 1979 (İstisna Sözleşmesi).
- GÜLAL, H. : Türk İçtihatlar Ansiklopedisi (Alfabetik Özet) II, Cilt 2, 1997.
- KARAHASAN, M.R. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, I. Cilt, İstanbul 2002 (Borçlar Özel Hükümler I).
- KARAHASAN, M.R. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II. Cilt İstanbul 2002 (Borçlar Özel Hükümler II).
- KARAHASAN, M.R. : Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 6. Baskı, İstanbul 2003 (Sorumluluk).
- KARAHASAN, M.R. : Türk Eşya Hukuku, III. Cilt, İstanbul 1991 (Eşya Hukuku).
- KARTAL, B. : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- KILIÇOĞLU, A. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2007.

- KOSTAKOĞLU, C. : İtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul 2006.
- KURU/ARSLAN/YILMAZ : Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1991.
- OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö : Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992.
- OLGAÇ, S. : Kazai ve İlmî İtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar, 2. Cilt, İstanbul 1966.
- ÖZ, T. : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- REİSOĞLU, S. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2006.
- SEROZAN, R. : Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007.
- ŞENER, E. : Açıklamalı İtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1989.
- TEKİNAY/AKMAN/
BURCUOĞLU/ALTOP : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1998.
- UÇAR, A. : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- UYGUR, T. : Açıklamalı-İtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt I, Ankara 1990, (Borçlar Genel Hükümler I).
- UYGUR, T. : Açıklamalı-İtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt II, Ankara 1990, (Borçlar Genel Hükümler II).

- UYGUR, T. : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt III, Ankara 1991, (Borçlar Özel Hükümler III).
- UYGUR, T. : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt V, Ankara 1993, (Borçlar Özel Hükümler V).
- UYGUR, T. : Açıklamalı ve İçtihatlı İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, 2. Cilt, İzmir 1998, (İnşaat Hukuku).
- VON TUHR, A.
(ÇEVİREN AV. CEVAT EDEGE) : Borçlar Hukuku 1-2 Cilt, Ankara 1983.
- YAVUZ, C. : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- YAVUZ, N. : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2007.
- ZEVKLİLER, A./HAVUTÇU, A. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2004.
- ZEVKLİLER, A./AYDOĞDU, M. : Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.

II. MAKALELER

- AKİPEK. Jale G. : Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1957, Cilt 14, Sayı 1-4.
- ARAL, F. : Top Yekün Temlik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1991/92, Cilt 42,

Sayı 1-4 (Top Yekün Temlik).

- ERDOĞAN, İ. : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı: 1, Ocak-Haziran 1990
- ESENER, T. : Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1952, Cilt 9, Sayı 3-4.
- KOCAAĞA, K. Müteahhidin İşin Devamı Sırasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin B.K.m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 6, Sayı: 1, 2004.
- NAZİKİOĞLU, İ. : Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü, Borçlar Kanununun (106 -108) inci Maddeleri Hakkında Bir Tetkik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1951 Cilt 8 Sayı 1-2.
- OZANOĞLU, S. :Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulanma Alanı), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Cilt 50, Yıl 2005.

III. YARGI KARARLARI

KAZANCI HUKUK OTOMASYON,
MEVZUAT, İÇTİHAT PROGRAMLARI : İçtihat Bilgi Bankası.

CORPUS İÇTİHAT VE YAZILIM
PROGRAMI : Corpus

IV. İNTERNET SİTESİ

www.kgm.adalet.gov.tr/Borclarkanunu.htm : Borçlar Kanunu Tasarısı.

