

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

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Arda Sinan ATABEKOĞLU

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY

Kırıkkale 2014

ONAY

Arda Sinan ATABEKOĞLU tarafından hazırlanan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü" başlıklı bu çalışma, 4. Haziran 2014 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalında yüksek lisanstezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

- 1) Prof. Dr. Ali AKYILCI (Bşk.)
- 2) Prof. Dr. K. Nuri TURANBOY
- 3) Yrd. Doç. Dr. Turan SAKIN

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

Tarih: 4 Haziran 2014

Adı Soyadı: Arda Sinan ATABEKOĞLU

İmza: 

ÖNSÖZ

Ülkemiz inşaat sektöründe geniş bir yer tutan arsa payı karşılığı (kat karşılığı) inşaat sözleşmelerinin teorideki önemi de geçmişten süregelen ihtilaflı hususlar sebebiyle güncelliğini korumaktadır. Özellikle, sözleşmeye ilişkin kanuni düzenlemenin mevcut olmaması sebebiyle yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin sözleşme ilişkisine nasıl ve ne ölçüde tatbik edileceği sorununun çözümlenmesi gerekmiştir. Doktrinde ve yargı kararlarında, sözleşmenin edimler yönünden hukuki niteliğinin belirlenmesinin bu hususun çözümündeki en önemli faktör olduğu kabul edilmiş fakat buna ilişkin çözüm, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na getirilen ilkelerden sonra da tam olarak sağlanabilmiş değildir. Kararda taraflar arasında sürekli geçici karmaşığı borç ilişkisi doğurduğu kabul edilen sözleşmede, yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme yolunu tercih etmesi durumunun mümkün olup olmadığı kesin olarak açıklığa kavuşturulabilmiş değildir. Keza, sözleşmeden dönmenin mümkün olduğu hallerde ise bunun hangi hukuki çerçevede hüküm doğuracağı ihtilafların yaşandığı bir alandır. Bu noktada özellikle inşaat tamamlanmadan yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin hukuki durumu önem teşkil etmektedir.

Taraflar ve üçüncü kişiler bakımından her somut olayda adaletin sağlanabilmesi yönündeki çabalar değerli ve anlamlı olmakla birlikte bunun sağlam bir hukuki temel üzerine oturtulması gerekmektedir. Bu çerçevede mevcut hukuk kuralları ile muhtemel ihtilafların çözüme kavuşturulabilmesi adına doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında bu çalışma hazırlanmıştır.

Yoğun ve zaman zaman zorlayıcı bir çalışma sonucu nihayete erdirilen tezin hazırlanmasında desteklerini hissettiğim ve bu süreçte yanımda olan herkese, bilhassa, inşaat hukuku alanına yönelmem hususunda teşviklerde bulunup desteğini esirgemeyen değerli hukukçu, babam hakim Ahmet Azer ATABEKOĞLU ile tezin hazırlanması sürecinde emeğini hiç bir zaman esirgemeyen saygıdeğer danışmanım Medeni Hukuk üstadı, Prof. Dr. Kürşat Nuri TURANBOY hocama en kalbî duygularıyla teşekkür eder, tezin teori ve pratikte bir perspektif yaratıp fayda sağlamasını dilerim.

ÖZET

ATABEKOĞLU, Arda Sinan. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2014.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taraflar arasında ani edimli bir borç ilişkisi doğurur ve yüklenicinin asli edim borcu, inşaatın tamamlanıp iş / arsa sahibine teslim edilmek suretiyle tek seferde yerine getirilir. Eserin meydana getirilme aşaması ise edim borcunun ifasına yönelik zamana yayılan bir iş görme fiili niteliğindedir. Ancak bu durum, ifanın, inşaatın meydana getirildiği her bir anda gerçekleşmekte olduğunu göstermez. Bu anlamda ifanın eser tamamlandıktan sonra bir defada gerçekleşmesi durumu çelişki arz etmeyip genel manada eser sözleşmelerinin doğası gereğidir. Zira iş / arsa sahibi sözleşme ile ortaya çıkmasını arzuladığı yegane amaca bu son fiil ile kavuşur. Bu noktanın şüpheye yer vermeyecek şekilde belirlenmesi inceleme konumuz olan sözleşme dolayısıyla ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde baş rol oynamaktadır. Özellikle, inşaatın yüklenicinin teslim borcuna aykırı davranışı ve bu çerçevede temerrüde düşmesi halinde iş sahibi açısından kullanılacak hukuki yolların belirlenmesi bu konu ile doğrudan ilgilidir. Yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine, iş / arsa sahibi Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenmiş bulunan borçlu temerrüdü durumunda alacaklıya tanınan seçimlik imkanlardan yararlanabilir ve bu çerçevede sözleşmeden dönebilir. Bu sonuca varılması ile birlikte sözleşmeden dönmenin mümkün olmayacağını savunan görüş de çalışmada ayrıntılarıyla açıklanmış ve Yargıtay uygulaması da tarihsel süreç içerisinde değişim gösteren içtihatlar belirtilmek suretiyle irdelenmiştir. Sözleşmeden dönme yolunun mümkün olduğunun kabul edilmesi halinde ise bu çalışmada üzerinde durulan ikinci temel problemin çözümü zarureti doğar. Bu, dönmenin taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye ne şekilde tesir edeceğidir. Medeni Kanun hükümleri uyarınca sebebe bağlı (illî) olduğu tartışmasız olan taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler ile sözleşmeden dönme müessesesine teoride verilen anlamların birlikte değerlendirilmesi sonucunda dönmenin aynı bir etki doğurduğu görüşü benimsenmiştir. Doktrinde bu görüş haricinde benimsenen diğer görüşler ile Yargıtay uygulaması çalışmada yer bulmuş ve sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkabilecek potansiyel durumlar karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

1. Arsa Payı; 2. İnşaat Sözleşmesi; 3. Yüklenici; 4. Teslim Borcu; 5. Temerrüt

ABSTRACT

ATABEKOĞLU, Arda Sinan. Contractor's falling in to default about delivering the completed work in construction contract for land share, Master's Thesis, Kırıkkale, 2014.

Construction contracts for land share which are made between parties lead to a debt relationship with immediate performance and performance debt of the contractor is fully paid once by means of completing the construction and delivering it to the employer / land owner. The procedure of creating the work is an act of performance over a time in order to pay the performance debt. However, this condition does not mean that the debt is being paid every moment in which the construction is done. In this context, making payment fully once the work is fully completed is not contradictory but in general it is because of the nature of work contracts. The employer / land owner has the work that is the only purpose of the work agreement, only at the end of this completed work. Clearing this point so that it does not cause any doubts plays an important role for the resolution for the disputes that may originate from this agreement, which is the subject of this study. Especially specifying the legal ways to be followed when the contractor violates the delivery terms and conditions or falls into default is directly related with this issue. When the contractor falls into default, the employer / land owner can make a choice between the choices provided for the employer / land owner in the general provisions the Turkish Code of Obligations regarding contractor's falls into default and can cancel the contract. Having this result, prospect which advocates that it is not possible to cancel the contract thereafter is also explained in this contract as well as applications of Supreme Court of Appeals, giving the by-laws which have become different from time to time in the historical process. On the condition that it is accepted that it is possible to cancel the contract, then, the second main issue in this study is needed to be dissolved. This depends on how much the cancel of the contract will have impact on the contractual relationship between the parties. The prospect which advocates that cancelling the contract has a real impact has been adopted as a result of making an assessment on the agreements which lead to debt upon the transfer of the real property, which indisputably depends on reasons, in accordance with the provisions of Civil Code and the meanings attributed to cancelling the contract in theory. The prospects which are adopted in the doctrine apart from this one and the potential conditions which are included in the study on applications of Supreme Court of Appeals, which may come into being upon cancelling the contract, are studied in comparison.

Key Words:

1. Land Share; 2. Construction Contract; 3. Contractor; 4. Debt to Deliver; 5. Default

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ İLE YÜKLENİCİNİN ASLİ EDİM BORCU VE DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1.1. GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ.....	8
1.1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları.....	8
1.1.1.1. Tanım	8
1.1.1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları	13
1.1.1.2.1. Taraflar Arasında Bir Sözleşmenin Yapılmış Olması.....	13
1.1.1.2.2. Yüklenicinin İnşaat Yapımını Yüklenmesi	15
1.1.1.2.3. İş Sahibinin Arsa Paylarının Devrini Yüklenmesi	16
1.1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları	19
1.1.2.1. Yüklenici	19
1.1.2.2. İş Sahibi.....	23
1.1.3. Sözleşmenin Şekli.....	23
1.1.4. Sözleşmenin Kapsamı.....	25
1.1.5. Sözleşmenin Hukuki Niteliği.....	26

1.1.5.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir	26
1.1.5.2. Rızaî Bir Sözleşmedir	26
1.1.5.3. İvazlı Bir Sözleşmedir.....	27
1.1.5.4. Edim Borcunun Niteliği	27
1.1.5.5. Karma – İki Tipli İsimsiz Bir Sözleşmedir	31
1.1.6. Sözleşmenin Düzenlendiği Türler	35
1.1.6.1. Belirli Arsa Paylarının Tapu İle Yükleniciye Devri	35
1.1.6.2. İnşaatın Yapıldığı Ölçüye Göre Arsa Paylarının Tapu ile Yükleniciye Devri.....	36
1.1.6.3. Arsanın Tamamının Tapu İle Yükleniciye Devri	36
1.1.6.4. Arsa Paylarının Satış Vaadi Yoluyla Devri	37
1.2. YÜKLENİCİNİN ASLİ EDİM BORCU VE DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ	38
1.2.1. Asli Edim Borcu (Teslim Borcu) ve Bu Kapsamdaki Diğer Borçlar	38
1.2.1.1. Genel Olarak	38
1.2.1.2. İnşaatı Meydana Getirme Borcu	40
1.2.1.2.1. İşi Kendi Sağlayacağı Araç - Gereç ve Malzemeyle Yapma Borcu	40
1.2.1.2.2. İşi Bizzat Yapmak veya Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu.....	42
1.2.1.2.3. İşe Zamanında Başlamak ve Devam Etmek Borcu	45
1.2.1.2.3.1. Genel Olarak	45
1.2.1.2.3.2. TBK m. 473/1 Hükümünün Uygulanmasında Yüklenicinin Kusurunun Aranmaması ve Gecikmenin İş Sahibine Yüklenememesi Gereği.....	48
1.2.1.2.3.3. İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı Doğuran Durumlar	49
1.2.1.2.3.3.1. İşe Başlamakta Gecikme	50
1.2.1.2.3.3.2. İş Görme Faaliyetlerinin Gecikmesi	52

1.2.1.2.3.3.3. İşin Tamamlanmasının Kararlaştırılan Vadeye Yetiştiremeyeceğinin Anlaşılması.....	53
1.2.1.2.3.4. İş Sahibinin TBK m. 473/II Uyarınca İnşaat İşlerini Başkasına Yaptırma Hakkı.....	55
1.2.1.2.3.5. Yüklenicinin Aczi Durumunda TBK m. 98 Hükümlerinin Uygulanma İmkânı.....	57
1.2.1.2.4. Sadakat ve Özen Borcu	58
1.2.1.3. Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu.....	62
1.2.1.3.1. Teslim ve Tesellüm Kavramları	63
1.2.1.3.2. Kabul Kavramı	66
1.2.1.3.3. İnşaatın Tamamlanması ve Belirlenen Bağımsız Bölümlerin İş Sahibine Teslimi.....	68
1.2.1.3.3.1. Teslim Borcunun İfası	72
1.2.1.3.3.2. Teslimi İspat Yükü.....	75
1.2.1.3.3.3. Teslimin Ek Şartlara Bağlanması	76
1.2.1.3.4. Teslim Borcunun İfa Edilmesinin Hukuki Sonuçları	78
1.2.1.3.4.1. Arsa Sahibinin Karşı Edim Borcunun Muaccel Olması	78
1.2.1.3.4.2. Arsa Sahibine Ait Olacak Bölümler Açısından Yarar ve Hasarın Arsa Sahibine (İş Sahibine) Geçmesi	82
1.2.1.3.4.3. Ayıptan Kaynaklı Hakların Ortaya Çıkması ile Buna İlişkin Sürelerin İşlemeye Başlaması.....	83
1.2.2. Sözleşmede Yer Alan Diğer Yükümlülükleri (Yan Edim Yükümlülüklerini) İfa Borcu.....	85
1.2.2.1. İmar Durumuna ve Sözleşmeye Uygun Plan ve Projelerin Yapılması	85
1.2.2.2. Yapı Ruhsatını ve Yapı Kullanma İznini Alma Borcu	86
1.2.2.3. Kat İrtifakını ve Kat Mülkiyetini Kurma Borcu	88
1.2.2.4. Vergileri Ödeme Borcu	88

İKİNCİ BÖLÜM

İFA ve BORÇLU TEMERRÜDÜ KAVRAMLARI ile YÜKLENİCİNİN ESERİ (BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ) TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN ŞARTLARI ve SONUÇLARI

2.1. İFA VE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ KAVRAMLARI	89
2.1.1. İfa Kavramı	89
2.1.2. Borçlunun Temerrüdü Kavramı.....	91
2.2. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNU İFADA TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI	93
2.2.1. Edimin İfasının Mümkün Olması	93
2.2.1.1. Genel Olarak İfa İmkansızlığı	94
2.2.1.2. Yüklenicinin Eseri Meydana Getirmeyeceğini Açıkça Bildirmesi	98
2.2.1.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde İfa İmkansızlığının Çeşitli Görünümleri	102
2.2.1.3.1. Beklenmedik Bir Olay Yüzünden İnşaatın Yok Olması	103
2.2.1.3.2. İş Sahibinin Şahsında veya Tehlike Alanında Gerçekleşen Beklenmedik Bir Olaydan Kaynaklanan İmkansızlık.....	105
2.2.1.3.3. Yüklenicinin Şahsında Ortaya Çıkan Beklenmedik Bir Olaydan Kaynaklanan İmkansızlık	106
2.2.2. Eseri Teslim Borcunun Muacceliyeti	109
2.2.2.1. Genel Olarak	109
2.2.2.2. Teslim Vadesinde Sonradan Meydana Gelen Değişiklikler	112
2.2.2.3. Teslim Süresinin Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması Sonucu Uzaması	115
2.2.3. Teslim Borcunun İfa Edilmemiş Olması	117
2.2.4. İnşaatın Teslimindeki Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması	119
2.2.4.1. Teslim Borcundaki Gecikmenin Yükleniciye İsnat Edilebilmesi	119

2.2.4.2. Teslim Borcunda Temerrüde Engel Olan Başlıca Haklı Sebepler...	122
2.2.4.2.1. Yüklenicinin İfadan Kaçınma Hakkının Mevcut Olması.....	122
2.2.4.2.2. İfanın İş / Arsa Sahibinden Kaynaklanan Nedenlerle Gecikmesi.....	123
2.2.5. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesinin Şekli Koşulu	125
2.2.5.1. İş Sahibinin İhtarda Bulunması	125
2.2.5.2. İhtar Şartının Aranmadığı Durumlar	127
2.2.5.2.1. Belirli veya Kesin Vadeli Bir İşlemin Bulunması.....	128
2.2.5.2.2. Vadeyi Tespit Etme Yetkisinin Sözleşmedeki Taraflardan Birine İhbar Yoluyla Tanınması	131
2.2.5.2.3. İhtarın Faydasız Olması.....	132
2.2.5.2.4. Yüklenicinin İhtarın Ulaşmasını Kasten Engellemesi.....	132
2.3. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	133
2.3.1. Genel Olarak	133
2.3.2. Yüklenicinin Kusurunun Temerrüdün Sonuçları ile İlişkisi.....	133
2.3.3. Yüklenicinin Temerrüt Süresince Meydana Gelen Beklenmeyen Hallerden Sorumluluğu	136
2.3.4. İş Sahibinin Yüklenicinin Temerrüdünden Doğan Seçimlik Hakları Kullanabilmesi ve Bunun Şartları	139
2.3.4.1. Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre Verilmiş Olması.....	139
2.3.4.1.1. Genel Olarak.....	139
2.3.4.1.2. Ek Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar.....	143
2.3.4.2. Ek Sürede İfanın Gerçekleşmemesi	146
2.3.4.3. İş sahibinin Aynen İfadan Derhal Vazgeçerek Seçimlik Haklarından Birini Kullanması.....	146

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İŞ SAHİBİNİN YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNDEN DOĞAN SEÇİMLİK
HAKLARI

3.1. AYNEN İFA VE BUNA BAĞLI TALEPLER	151
3.1.1. Aynen İfa	151
3.1.1.1. Aynen İfanın Yüklenici Tarafından Gerçekleştirilmesinin İstenilmesi	151
3.1.1.2. Nama İfa (İkame İfa)'nın İstenilmesi	152
3.1.2. Gecikme Tazminatı	156
3.1.2.1. Genel Olarak	156
3.1.2.2. Talep Edilebilme Koşulları	157
3.1.2.3. Gecikme Tazminatının Kapsamı	158
3.1.2.4. Gecikme Tazminatının Götürü Tazminat Olarak Belirlenmesi	159
3.1.2.5. Gecikme Tazminatında Zamanaşımı	161
3.1.3. Cezai Şart	161
3.1.3.1. Genel Olarak	161
3.1.3.2. İfaya Eklenen Cezai Şart	164
3.2. İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFADAN VAZGEÇİP MÜSPET ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ	168
3.2.1. Genel Olarak	168
3.2.2. Mübadele ve Fark Teorilerine Göre Müspet Zararın Hesaplanması	170
3.2.3. Müspet Zararın Tazmininde Zamanaşımı	172
3.2.4. Müspet Zararın Tazminine Yönelik Başvurulabilecek Diğer Yollar	173
3.2.4.1. Seçimlik Cezai Şart Talebi	173
3.2.4.2. Müspet Zararın Götürü Tazminat Olarak Belirlenmesi	176

3.3. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNÜP MENFİ ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ	177
3.3.1. Dönme Beyanının Hukuki Niteliği, Muhtevası ve Dönme Hakkının Kullanılması	178
3.3.2. İş / Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Sonuçları.....	181
3.3.2.1. Genel Olarak	181
3.3.2.2. Dönmenin Hukuki Niteliğine İlişkin İleri Sürülen Görüşler.....	182
3.3.2.2.1. Klasik Dönme Görüşü	182
3.3.2.2.2. Kanuni Borç İlişkisi Görüşü.....	183
3.3.2.2.3. Yeni Dönme (Dönüşüm) Görüşü	184
3.3.2.2.4. Yargıtay'ın Uygulaması	185
3.3.2.2.5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz.....	186
3.3.2.3. Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Üzerine Oluşan Durum.....	188
3.3.2.3.1. İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi.....	188
3.3.2.3.2. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi.....	188
3.3.2.3.2.1. İş Sahibinin İade Borcu (Sorumluluğu)	188
3.3.2.3.2.2. Yüklenicinin İade Borcu (Sorumluluğu)	191
3.3.2.3.2.2.1. Yüklenicinin İade Borcu (Sorumluluğu)'na İlişkin Görüşler ve Yargıtay Uygulaması.....	191
3.3.2.3.2.2.2. Yüklenicinin İade Borcunun (Sorumluluğunun)	
Kapsamının Belirlenmesinde Kabul Edilen Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz.....	194
3.3.2.3.2.3. İade Konusu Arsa Paylarının İş Sahibine Devri Ediminin İmkansızlaşması	196
3.3.2.3.3. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişiler Bakımından Sonuçları	199
3.3.2.3.3.1. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Aynı Hak	
Kazanımlarına Etkisi.....	199

3.3.2.3.3.1.1. Yeni Dönme (Dönüşüm) Görüşüne Göre	199
3.3.2.3.3.1.2. Aynı Etkili Dönme Görüşüne Göre.....	200
3.3.2.3.3.1.3. Aynı Etkili Dönme Görüşü Çerçevesinde Farklı Çözüm Arayışları	201
3.2.2.3.3.1.4. Yargıtay Uygulaması ve Bunun Değerlendirilmesi	204
3.3.2.3.3.2. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Nispi Hak Kazanımlarına Etkisi.....	210
3.3.2.3.3.2.1. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredildiği Durumlardaki Etki.....	210
3.3.2.3.3.2.2. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredilmediği Durumlardaki Etki.....	212
3.3.3. Dönme Hakkının Kullanımını Sınırlayan veya Kaldıran Görüşler ile Bu Kapsamda 25.01.1984 Tarihli YİBBGK Kararı	214
3.3.3.1. Sürekli Borç İlişkisi Mevcut Olduğundan Sözleşmenin İleriye Etkili Feshini Kabul Eden Görüş	216
3.3.3.2. Sürekli – Geçici Karmaşığı Bir Borç ilişkisi Mevcut Olduğundan Sözleşmenin İleriye Etkili Feshini Kabul Eden Görüş	219
3.3.3.3. Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Mevcut Olduğundan Sözleşmeden Dönmeyi (Geriye Etkili Feshi) Kabul Eden Görüş.....	222
3.3.3.4. Yargıtay’ın Kabul Ettiği Görüş.....	226
3.3.3.5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz.....	229
3.3.4. Menfi Zararın Tazminini Talep Hakkı.....	232
3.3.4.1. Genel Olarak	232
3.3.4.2. Menfi Tazminat Talebinin Kapsamı	233
3.3.4.3. Menfi Zararın İspatı	238
3.3.4.4. Menfi Zararın Hesaplanacağı An	240
3.3.4.5. Menfi Zararın Tazmininde Zamanaşımı	241
SONUÇ.....	242
KAYNAKÇA	248

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
b.	: Bent
BİĞŞ.	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
eBK.	: 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu
f.	: Fıkra
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi

İİK.	: İcra İflas Kanunu
İKİD	: İlmî Kazaî İçtihatlar Dergisi
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar / Kanun
KİK.	: Kamu İhale Kanunu
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: Madde
Ö.B.İ.	: Özel Borç İlişkileri
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHD.	: Yasa Hukuk Dergisi
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Tezin konusuna temel teşkil eden “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” doktrinde bir kısım yazarlar tarafından incelenmiş ve uygulamada teşkil ettiği önem de geçen zaman içerisinde artmıştır. İncelenecek konu, ayrıntılı dogmatik tartışmalara sebep olduğu kadar, yargı mercilerini de meşgul eden ihtilafların doğmasına neden olmaktadır.

Konunun kuramsal açıdan önemi birçok noktada toplanmaktadır. Temelde “eser sözleşmesi”, sahip olduğu nitelikler bakımından, diğer sözleşme türlerinin aksine, doktrinde birçok farklı görüşü barındıran özellikler arz etmektedir. Özellikle “eser sözleşmesinden dönme” hususu, bu farklı görüşlerin ileri sürüldüğü ve Yargıtay’ın da konu hakkında uzun yıllar farklı içtihatlar ortaya koyduğu bir alandır.

İnşaat sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen eser sözleşmelerinin uygulamada da belki en çok rastlanan türünü oluşturmaktadır. Buna mukabil eser sözleşmesinin ve dolayısıyla inşaat sözleşmesinin temel unsuru olan “bir şey imal ettirme” amacını kapsamakla birlikte, diğer yönleriyle daha farklı bir sözleşme türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”* de özellikle ülkemiz inşaat sektöründe önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu sözleşmeyle, bir taraftan arsası bulunan fakat inşaatı kendi imkanları ile yaptıramayan arsa sahibi taşınmazını değerlendirmekte; diğer taraftan yüklenici* de sadece inşaat maliyetini üstlenerek, ayrıca herhangi bir arsa bedeli ödemeksizin, taşınmaz üzerine yaptığı inşaattan

* “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”, 30.09.1988 Tarih ve 20026 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK) ve diğer Yargıtay kararlarında, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak da anılmaktadır. Bununla birlikte Medeni Kanun m. 1009 kapsamında, tapuya şerhi mümkün olan nispi haklar arasında öngörülen sözleşme, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” tabiriyle anılmıştır. Bu çalışmada, gerek Kanun’daki düzenleme sebebiyle, gerekse anlamca daha iyi karşılayacağı düşünüldükçe, “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” tabiri kullanılacaktır.

** 818 sayılı eski Borçlar Kanunu dönemindeki ifadesiyle “müteahhit” ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu çalışmada genel olarak 6098 sayılı “Türk Borçlar Kanunu’ndaki” kavramların kullanılmasına özen gösterilecek ve fakat uygulamadaki yoğunluğu göz önünde tutularak eski kanun döneminde kullanılan terimlere de yer verilecektir.

bağımsız bölümler elde etmekte, bu bağımsız bölümlerin satışından da maliyeti karşılayıp kâra geçme olanağını yakalamaktadır. Bununla birlikte “karma ve isimsiz sözleşmeler”^{**}den olması hasebiyle, onu oluşturan sözleşmelerle ilgili düzenlemelerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine nasıl uygulanacağı sorunu doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olmaktadır.

Sözleşme kurulduktan sonra, iş sahibi tarafından arsa paylarının yükleniciye verilmesi ve yüklenicinin de nakit akışı için bu payları tapuda üçüncü kişilere satması ve fakat inşaat tamamlanmadan sözleşmeden temerrüt sebebiyle dönülmesi durumlarında ortaya çeşitli durumlara göre birçok hukuki uyuşmazlık çıkabilmektedir. Bu uyuşmazlıkların başında; dönmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kabul edilip edilmeyeceği, kabul edilmesi halinde ise dönmeye bağlanan hukuki sonuçların nasıl uygulanacağı sorunu gelmektedir. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, Türk Borçlar Kanunu’nun diğer hükümlerinin nasıl ve ne ölçüde tatbik edileceği sorunu doktrinde farklı görüşler ileri sürülmesine sebep olmuş ve uzunca bir zaman yargı makamlarınca farklı yönde kararlar verilmiştir. Daha sonra Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu konuyla ilgili bir içtihadı birleştirme kararı vermişse de bu karar bazı durumlara açıklık getirme yönünden eksik kalmaktadır.

Kısaca değindiğimiz üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında doktrin ve uygulamada mevcut olan görüş farklılıkları ile sözleşmenin ülke hukukunda arz ettiği önemin sürekli artması, yüksek lisans tez çalışmasını bu alanda hazırlamamızda etkin rol oynamıştır.

Tezde varılacak sonuçları etkilediği ölçüde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve yüklenicinin eseri teslim borcu dışında bazı hukuki kavram ve

^{***} Bu sözleşmelerin isimsiz (adsız) olarak anılması, bir isimlerinin bulunmamasından değil, kanunda özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmemesinden kaynaklanır.

kuramlara değinilmesi gerekmektedir. Konu hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay'ın konuyla ilgili uygulaması açıklandıktan sonra, kişisel kanaati açıklama yoluna gidilecektir. Buna karşın, konuyla doğrudan ilgisi olmayan hususlar ile yan kavramlar hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler ve uygulamadaki durum atıf yoluyla dipnotlarda belirtilecektir.

İnceleme yapılacak çalışmada değinilecek konular ve genel mânâda içerikleri şu şekildedir:

Birinci bölümde, ilk kısımda “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”nin hukuki nitelendirmesi yapıp detayları ile açıklanmaya çalışılacaktır. Sözleşmenin tanımı yapıp unsurları incelenirken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine karakteristik özelliğini veren “eser sözleşmesi” ve “taşınmaz satımı” üzerinde durulacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları da incelendikten sonra sözleşmenin şekli, doktrindeki görüşler ve uygulama göz önünde bulundurularak açıklanacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şekle uyulmamasının hüküm ve sonuçları açıklanırken Yargıtay'ın bu husus ile ilgili 30.09.1988 tarihli içtihadı birleştirme kararı da çalışmada yer bulacaktır.

Sözleşme, kapsam ve hukuki nitelik yönünden incelenirken “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin” genel olarak inşaat sözleşmeleri içindeki yeri ve arz ettiği farklılıklar üzerinde durulacaktır. Borçlar hukuku alanında, eşya hukukunun aksine “sınırlı sayı” ilkesinin uygulanmamasının bir sonucu olarak tezahür eden “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” nin hukuki açıdan nitelendirilmesi hususunda doktrinde ileri sürülen “ani edimli sözleşme görüşü”, “sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme görüşü” ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1984 tarihli kararında da benimsenen “sürekli-geçici karmaşığı borç ilişkisi görüşü” üzerinde durulacak ve görüşümüz ifade edilecektir.

Birinci bölümün ilk kısmı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamada görülen muhtelif düzenleme türleri hakkında açıklamalar yapılarak bitirilecektir.

Birinci bölümün ikinci kısmında yüklenicinin edim borcu olan eseri teslim borcu ve bu borcun yerine getirilmesi kapsamındaki diğer borçları açıklanacaktır. Burada inceleme konumuz açısından kısmi sınırlandırmaya gidilip, iş sahibinin edim borcu bahsi ayrı bir başlık altında yer almayıp ilgili olduğu kısımlarda temas edilecektir. Yüklenicinin asli edim borcu olan “eseri teslim borcu” ile bu borç kapsamında ve teslimi gerçekleştirmeye yönelik olan “meydana getirme borcu” inceleme konumuz bakımından teşkil ettiği önem sebebiyle geniş ölçüde irdelenecektir.

Meydana getirme borcu incelenirken bu kapsamda, yüklenicinin işi kendi sağlayacağı araç-gereçle yapma borcu ile inşaatı bizzat yapma ya da kendi yönetimi altında başkalarına yaptırma borcu üzerinde durulacaktır. Sonrasında işe zamanında başlama ve devam etme borcu açıklanacak ve iş sahibinin ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesinin şartları ve hükümlerine temas edilecektir. Sadakat ve özen borcunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki yeri konusuna değinilerek bu başlıktaki açıklamalar son bulacaktır.

Bağımsız bölümlerin (inşaatın) teslimi borcu irdelenirken öncelikle teslim, tesellüm ve kabul kavramlarına değinilecek ve sonrasında bu kavramların “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi”ne has özellikleri belirtilecektir. Özellikle teslimin gerçekleşmesi için gereken şartlar, teslim zamanı, teslimi ispat yükü ve teslimin hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır. Bu kısım ve bölüm, sözleşmede yer alan diğer yükümlülüklerin ifası ve bu yükümlülüklerin teslim borcu ile olan ilişkisi incelenerek bitirilecektir.

İkinci bölümde, ilk kısımda, ifa ve borçlu temerrüdü kavramları genel manada açıklanacak ve “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” açısından ifa ve borçlu temerrüdüne ilişkin özellikler ortaya konacaktır.

İkinci kısımda ise yüklenicinin inşaatı teslim borcunu ifada temerrüdünün şartları üzerinde durulacaktır. Bu şartlardan “edimin ifasının mümkün olması” bahsinde ifa imkansızlığının genel görünümü ve inceleme konumuz olan sözleşme türü açısından arz ettiği özel durumlar belirtilecektir. Yüklenicinin borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesi durumunun hukuki açıdan ifade ettiği anlam ve buna bağlanan sonuçlar doktrin ve yargı kararlarında tezahür eden farklı görüşler ifade edilmek suretiyle açıklanacaktır. Diğer şartlardan “borcun muacceliyeti” ve “teslimdeki gecikmenin objektif olarak borca aykırılığı” hususları derinlemesine irdelenecektir. Burada özellikle, teslim vadesinde sonradan meydana gelen değişikliklerin teslim borcunun muacceliyetine etkisi ile teslim süresinin, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sonucu uzaması bahisleri üzerinde durulacak, teslim borcundaki gecikmenin borçluya (yükleniciye) isnat edilebilmesi ile teslim borcunda temerrüde engel olan başlıca haklı sebepler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine has özellikler dairesinde irdelenecektir. Bu kısım, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesinin şekli koşulu olan “ihtar” ve “ihtara gerek olmayan haller” incelenmek suretiyle son bulacaktır.

Bu bölümün üçüncü ve son kısmında yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesinin hüküm ve sonuçları açıklanacaktır. Genel açıklamadan sonra özellikle yüklenicinin kusurunun temerrüdün sonuçları ile olan ilişkisi ve yüklenicinin temerrüt süresince meydana gelen beklenmeyen hallerden doğan sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Bu kısım ve bölüm yüklenicinin temerrüdü sebebiyle iş sahibi lehine doğan seçimlik hakların kullanılabilmesi ve bunun şartları bahsi incelenerek bitirilecektir. Burada, yükleniciye uygun bir ek süre verilmiş olması, ek sürede ifanın gerçekleşmemiş olması ve iş sahibinin aynen ifadan derhal vazgeçerek seçimlik haklardan birini kullanması konuları çalışmamızı oluşturan sözleşme türüne has özellikler dairesinde açıklanacaktır.

Üçüncü bölümde, ilk kısımda, yüklenicinin teslim borcunu sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirmemesi halinde, Türk Borçlar Kanunu uyarınca iş sahibinin başvurabileceği yollardan “aynen ifa ve buna bağlı talepler” belirtilecektir. Aynen ifanın yüklenici tarafından gerçekleştirilmesi ile nama (ikame) ifa üzerinde durulacaktır. Sonrasında aynen ifa ile birlikte talep edilebilecek olan gecikme tazminatının kapsamı ve koşulları açıklanacaktır.

İkinci kısımda bir diğer seçimlik hak olan “aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini talebi” üzerinde durulacaktır. Müspet zarar hakkındaki genel açıklamalardan sonra, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele ve fark teorilerine göre müspet zararın hesaplanmasına temas edilecektir.

Bu bölümün üçüncü ve son kısmında iş sahibinin sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini talep etmesi konusu üzerinde durulacaktır. Dönmenin hukuki niteliği, muhtevası ve dönme hakkının kullanılması ile ilgili açıklamalardan sonra iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin hukuki sonuçları, bu hususta ileri sürülen muhtelif görüşler dairesinde incelenecektir. Sonrasında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme üzerine oluşan durumdan söz edilecektir. Burada özellikle ifa edilmiş olan edimlerin iadesi konusunda açıklamalarda bulunulacak, iş sahibi ve yüklenicinin iade borcunun kapsamına ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler ile yargı uygulaması irdelenecektir. Sonrasında uygulamaya yönelik doktrindeki eleştiriler belirtilip, kanaatimize yer verilecektir. Ayrıca “aynen iade” ve “nakden iade” müesseselerinin uygulanma şart ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

Dönme durumunda iadenin hangi hukuki sebebe dayanarak yapılacağı konusu da doktrinde ve uygulamada farklı görüşlerin tezahür ettiği bir alandır. Burada doktrindeki görüş ayrılıklarına temas edilerek, temel olarak iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmasını savunan “klasik dönme görüşü”, baştan itibaren sözleşmenin hiç yapılmadığını ve mülkiyetin baştan itibaren geçmediğini kabul eden “ayni etkili dönme görüşü”, sözleşmeden dönme ile borç ilişkisinin

ortadan kalktığını ve fakat taraflar arasında tasfiyeye ilişkin kanuni bir borcun bulunduğunu öngören “kanuni borç ilişkisi görüşü” ve dönme üzerine sözleşmenin son bulmayıp tasfiyeye ilişkin olmak üzere devamını öngörmekle iadenin sözleşmeden doğan bir borcun ifası hükümlerine göre yapılmasını savunan “yeni dönme (dönüşüm) görüşü” üzerinde durulacak; akabinde ise konu ile ilgili yargı uygulaması belirtilip kişisel görüşümüze yer verilecektir.

Önemi haiz bir diğer husus olan, iade konusu arsa paylarının iş sahibine dönmesinin imkansızlaşması hali ile sözleşmeden dönmenin üçüncü kişilerin aynı ve nispi hak kazanımları üzerindeki sonuçları, dönmenin hukuki niteliğine ilişkin görüşler dairesinde irdelenecektir.

Eser sözleşmelerinde ve özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme hakkının kullanımını sınırlayan ve kaldıran görüşler (feshin ileriye etkili olacağını kabul eden görüşler) ile bu yönden önem arzeden 25.02.1984 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı tüm yönleriyle ele alınıp, kararın benimsediği hukuki durum ve buna getirilen eleştiriler ile kanaatimiz açıklanacaktır.

Son kısım, iş sahibinin sözleşmeden dönme dolayısıyla sahip olduğu menfi zararının tazminini talep hakkı ile bu tazminatı oluşturan zarar kalemleri, zararı ispat yükü ve tazminatın hesaplanacağı an üzerinde durularak bitirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ İLE YÜKLENİCİNİN ASLİ EDİM BORCU VE DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1.1. GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1.1.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1.1.1.1. Tanım

Ülkemizde duyulan ihtiyaçlar karşısında uygulamada giderek gelişen bir sözleşme tipi olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” gerek eski gerekse yeni Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş değildir. İsimsiz (atipik) sözleşmelerden¹ olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafların karşılıklı edimleri dikkate alınarak, arsa sahibinin, arsasının belirli paylarının mülkiyetini devri ya da devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin arsa üzerine bir bütünlük taşıyan bağımsız bölümler inşa etmeyi ve bunlardan sözleşme gereğince arsa sahibine ait olan bağımsız bölümleri teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir (TBK m. 470; eBK m. 355)². Söz konusu sözleşme, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bulunan eser

¹ Atipik sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 49 vd.; Efrail Aydemir, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 30; Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevah Akit**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1971, s. 127; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, Cilt: I/1, 6. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 75; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 11 vd.

² Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 1993, s. 15; Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, İstanbul, DER Yayınları, 2007, s. 1; Gürkan Coşkun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 25; İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 270; Turan Şahin, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin

sözleşmesi ile taşınmaz satımı sözleşmesinin unsurlarını taşıdığından dolayı bu sözleşme türlerine değinmekte fayda vardır.

Eser (istisna) sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde (eBK m. 355) “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Eser sözleşmesinde yüklenici, sadece bir iş görme faaliyetinde bulunmayı değil, aynı zamanda iş görme faaliyetinin sonucunu, yani sözleşmede kararlaştırılan eseri meydana getirmeyi taahhüt etmektedir³. Eser sözleşmesinin unsurları, sözleşmenin Kanun'daki tanımından hareketle, bir eserin meydana getirilmesi, bunun karşılığında bedel ödenmesi ve tarafların eserin meydana getirilmesine karşılık bedel ödeneceği konusunda anlaşmaları olarak tespit edilebilir⁴.

TBK m. 470'deki tanım dikkate alındığında “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” nin yüklenicinin meydana getirme borcu bakımından eser sözleşmeleri ile örtüşüğünü fakat bunun karşılığında iş sahibinin karşı edim borcunu bedel olarak değil, sahip olduğu belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye geçirerek yerine getirdiği görülmektedir. İş sahibinin karşı ediminin bu özelliğinden mütevellit atipik (isimsiz) sözleşmeler grubuna giren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, doktrince

Yayıncılık, 2012, s. 102; Yavuz, Özel Hükümler, s. 483; Mehmet Deniz Yener, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s. 3; Kemal Kanber, “İnşaattaki Bozukluktan Doğan Sorumluluk”, **ABD**, Y. 1997, S.3, s. 36.

³ Eser sözleşmesine ilişkin çeşitli tanımlar için bkz.: Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 1; Aral, Ö.B.İ., s. 325; Yavuz, Özel Hükümler, s. 435; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınevi, 1989, s. 3; Hüseyin Altaş, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 43, Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 23; İzzet Karataş, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 183; Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 27.

⁴ Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 27; Aydın Zevkliler / K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 454 vd.; Haluk Tandoğan, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi”: **İmran Öktem'e Armağan**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1970, s. 315; Yavuz, Özel Hükümler, s. 435 vd.; Erman, İnşaat, s. 14 vd.; Öz, Dönme, s. 7 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 2**, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s. 62 vd; Şahin, Teslim Borcu, s. 30-31; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 28 vd.

“çift tipli karma sözleşmeler” olarak adlandırılan sözleşme türüne girmektedir⁵. Zira, yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerine bağımsız bölümler inşa etme taahhüdü karşılığında, arsa sahibi de arsasının belirli paylarının mülkiyetini yükleniciye devretme borcu altında olmaktadır. Görüldüğü üzere, iş sahibi satım sözleşmesinin, yüklenici ise eser sözleşmesinin karakteristik edimini yerine getirmeyi taahhüt etmektedirler.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eser sözleşmesinden diğer bir farkı da şudur: Eser sözleşmesine objektif olarak tespiti mümkün olan belirli maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi konu olabilirken, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ise ancak maddi olan şeyler ve bu kapsamda yalnızca inşaat konu olabilir⁶.

TBK m. 470 (eBK m. 355)’de geçen “meydana getirme” unsuru genel manadaki eser sözleşmesinde sadece olumlu bir eylem olarak yapma, inşa etme gibi anlamları kapsamayıp, olumsuz manada olan bir yapının yıkımı gibi işleri de kapsayabilmektedir. Fakat konumuz açısından değerlendirdiğimizde, kanun maddesinde geçen “meydana getirme” tabirini yalnızca inşaatı oluşturacak sonuca götüren her türlü eylem oluşturur. Yıkım, ortadan kaldırma, yapıyı değiştirme gibi fiiller bu manada çalışmamızın konusu dışında kalmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de genel manadaki eser sözleşmesinde olduğu gibi, sonucun gerçekleşmesi yolunda gerekeni yapma, bir tür hazırlık çalışması niteliğindedir⁷. Bu

⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflardan her birinin edimi başka bir sözleşme çeşidine özgü olup, bu edimlerin karşılıklı olarak değişilmesi söz konusudur. Bu sebepten, karma sözleşmeler içerisinde çift tipli (mahiyetli) sözleşmeler grubuna giren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile taşınmaz maldaki belli bir payın mülkiyetinin yükleniciye geçirilmesi (satış vaadi) ve yüklenicinin de taşınmazda bir eser meydana getirmeyi üstlenmesi durumu mevcut olmaktadır. Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 11, 17; Tandoğan, Ö.B.İ., C.I/1, s. 69 vd.; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1978, s. 7; Erman, İnşaat, s. 6; Kurt, Temerrüt, s. 37. Çift tipli karma sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, s. 81.; Yavuz, Özel Hükümler, s. 485; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.I, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 8.

⁶ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 13; Yavuz, Özel Hükümler, s. 483-484.

⁷ Öz, Dönme, s. 9; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1977, s. 26; Şahin, Teslim Borcu, s. 104.

yüzden faaliyetlerin devam süresi de, hizmet süresinden farklı olarak, eser sözleşmesine tipini veren bir özelliğe sahip değildir. Örneğin, bu ölçütten yola çıkılarak beş yıl süre ile bir bahçeyi düzenlemeyi taahhüt eden bahçıvanın taraf olduğu ilişkinin, eser sözleşmesi değil, hizmet sözleşmesi olduğu belirlenebilir. Ancak bazı durumlarda süreyi esas almak yanıltıcı olabilir. Burada; her işin bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekip, çalışmanın iş sahibine bağımlı olarak yapılıp yapılmadığı, yapılan işin niteliği gibi unsurlar göz önüne alınarak, hukuki ilişkinin türü belirlenmelidir.

Yüklenicinin iş sahibine bağımlılığı, işçinin işverene olan bağımlılığından çok daha azdır. Alanında uzman bir kişi ve serbest meslek sahibi olan yüklenici, faaliyetlerini iş sahibinin belirleyeceği yoldan değil, kendi mesleki bilgileriyle yürütecektir. Esasen iş sahibini bu faaliyetlerden çok, ortaya çıkacak sonuç ilgilendirir. Bu bakımdan eser sözleşmesinde hizmet sözleşmesindeki “işçinin işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu” ağırlığında bir talimatlara uyma borcu söz konusu değildir. Nitekim yasa bazı durumlarda yükleniciye iş sahibinin yanlış talimatlarına itiraz etme ve onu uyarma borcu dahi yüklemiştir (TBK m. 472/III, 476; eBK m. 357/III, 361). Bu bakımdan taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin derecesi eser ve hizmet sözleşmelerini ayıracak bir ölçüt olarak kullanılabilir⁸. Bu farkın bir sonucu olarak, eser sözleşmesinde yapılacak iş için gerekli araçları sağlama yükümlülüğü yükleniciye ait iken (TBK m. 471/IV, eBK m. 356/III), hizmet sözleşmesinde bu yükümlülük işverene yüklenmiştir (TBK m. 413, eBK m. 331).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde diğer asli edimi oluşturan arsa paylarının devri ise hukuki geçerlilik yönünden taşınmaz satışı yahut satış vaadi şeklinde gerçekleştirilir. Taşınmaz satışının konusunu genel olarak, niteliği gereği yerinde sabit (bir yerden başka bir yere taşınamayan) arazi, arsa, ev gibi eşya ile kat

⁸ Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat**, 2. Bası, İstanbul, Yamaner Yayınları, 2006, s. 9; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 35-36; Tandoğan, İstisna Akdi, s. 325; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 474; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 12; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 11; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 43.

mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler ve tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar (üst hakkı, kaynak hakkı gibi) oluşturur (TMK m. 704, 998).

Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, resmi biçimde yani tapu sicil memurları tarafından düzenlenecek bir sözleşmeyle yapılması gerekir. Düzenlenen resmi senedin sözleşmenin temel öğelerini (esaslı unsurlarını) de eksiksiz içermesi gerekir. Yani sözleşmede, satış konusu taşınmaz mal, satış bedeli ve taşınmazla paranın değiştirilmesi iradesi açıklıkla yer almalıdır⁹.

Taşınmaz satış vaadi ise, sözleşmenin taraflarına bir taşınmazın satımı sözleşmesinin yapılmasını istemek hakkı sağlayan bir ön sözleşmedir.¹⁰ TBK m. 237/II hükmüne göre, taşınmaz satış vaadi resmi şekilde yapılmalıdır. Ancak, Noterlik Kanunu m. 60/3 hükmü uyarınca taşınmaz satış vaadini noterler düzenleme yoluyla yapabilmektedirler. Buna karşın doktrindeki baskın görüş uyarınca, tapu sicil memurları da taşınmaz satış vaadi düzenleme yetkisine sahiptirler¹¹. Taşınmaz satış vaadi, yalnız bir tarafa veya her iki tarafa asıl satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı verir. Bunun üzerine, asıl satış sözleşmesinin tapu memuru huzurunda yapılması gerekir. Alıcının sözleşme hükümlerine uygun olarak tapuda satış yapılmasını istemesine karşın satıcı buna yanaşmıyorsa, alıcı, TMK m. 716/I uyarınca tescile zorlama davası açarak taşınmazın kendisine devrini isteyebilir. Bu davada verilen hüküm satıcının tescil talebi yerine geçer¹². Taşınmaz satış vaadi alacaklısı bu hakkını, TBK m. 183'e göre başkalarına devredebilir. Tapu Kanunu m. 26/V uyarınca, taraflardan birinin talep etmesi halinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh verilebileceği ifade edilmiş ve aynı kanunun 26/VI hükmü uyarınca da şerh verilmesinden itibaren beş yıl içinde esas satış sözleşmesinin

⁹ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 58; Aral, Ö.B.İ., s. 178; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 33.

¹⁰ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 64; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 2.

¹¹ Yavuz, Özel Hükümler, s. 125; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 29.

¹² Tandoğan, Ö.B.İ., C. I/1, s. 248-250; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 65.

yapılmaması halinde şerhin tapu sicil memuru tarafından kendiliğinden (re'sen) silineceği belirtilmiştir.

Burada önem arz eden bir hususa da değinmekte fayda vardır. İnşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümler açısından sadece özel hukuk hükümlerine tabi inşaat sözleşmeleri ile hem özel hukuk hem de kamu hukuku hükümlerine tabi kamu inşaatlarıyla ilgili inşaat ihalesi sözleşmelerinin birbirinden ayırt edilmesi gerekir¹³. Biz bu çalışma yönünden konuyu sadece özel hukuk hükümlerine tabii inşaat sözleşmeleri yönünden sınırlandırıyoruz.

1.1.1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

1.1.1.2.1. Taraflar Arasında Bir Sözleşmenin Yapılmış Olması

TBK 1. maddesinde yer alan “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.*” hükmü ile genel olarak sözleşmenin kuruluşu ifade edilmiş ve rızanın örtülü (zımnî) olabileceği de aynı maddede belirtilmiştir (eBK m. 1). Buna göre, bir sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, sözleşmenin konusu ve koşulları üzerinde taraf iradelerinin birleşmesi gerekir. Bu durum eser sözleşmeleri açısından ayrıca TBK m. 470 hükmünden de çıkarılmaktadır¹⁴. İradelerin birleşmediği durumlarda sözleşme de yok sayılır. Ayrıca iradelerin birleşmesinin var sayılabilmesi için, iradelerin yasada öngörülen biçim koşullarına uygun olarak açıklanması gerekir¹⁵.

¹³ Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 43.

¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 464.

¹⁵ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 15; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 270; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 101; Eren, Genel Hükümler, s. 267 vd.

Eser sözleşmesinde şekil şartı olmamakla birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taşınmaz mülkiyetinin devri öngörüldüğünden, resmi şekil şartına uyulması gerekir¹⁶. TMK'nun 706. maddesi taşınmaz devrine ilişkin sözleşmelerin resmi biçimde yapılmadıkça geçerli olmayacağını, TBK'nun 237. (eBK m. 213) maddesi taşınmaz satımının geçerliliği için resmi senede bağlanmasını, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesi taşınmazlarla ilgili işlemlerin resmi biçimde tapu muhafızları veya memurları tarafından düzenlenmesini, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinde ise, noterlerin yapacakları işler arasında taşınmaz satış vaadi de belirtildikten sonra, aynı Kanununun 89. maddesinde bu tür sözleşmelerin düzenleme biçiminde yapılması gerektiği öngörülmüştür. Söz konusu maddelerde ifade edildiği üzere, aranan biçim, ispat değil bir geçerlilik şartıdır. Bu biçime uygun olarak yapılmayan sözleşme, kural olarak taraflar için bağlayıcı olmayacaktır¹⁷. Resmi şekilden kasıt ise, resmi bir makam tarafından sahip olduğu yetkiye dayanılarak ilgililerin kanuna uygun irade beyanlarına göre tanzim edilen belgenin düzenleme biçimidir. Söz konusu biçim, Tapu Kanunu 26. madde ve Noterlik Kanunu 84. maddede belirtilmiştir. Buna göre haricen yazılıp imza onayı biçiminde düzenlenen sözleşmeler geçerli olmayacaktır.

Sözleşmenin inşaatın yapılması edimine ilişkin kısmı ise eser sözleşmesine ilişkin olup, geçerliliği şekil şartına bağlı değildir. Ancak taraflar sözleşmenin belli bir biçimde yapılmasını kararlaştırmışlarsa, buna uyulmadan yapılan sözleşmenin bağlayıcı olmayacağı TBK'nun 17/I (eBK m. 16/I) maddesinde açıklanmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi devlete ait ve ihale ile verilen arsalarda da söz konusu olabilir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 2490 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre bu tür bir sözleşmenin geçerli

¹⁶ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 29 vd.; Erman, İnşaat, s. 15 vd; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 465; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 97-98; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 33; Yavuz, Özel Hükümler, s. 490; Büyükyay, Eser Sözleşmesi, s. 53.

¹⁷ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 16; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 98; Eren, Genel Hükümler, s. 289 vd. ; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 29; Yavuz, Özel Hükümler, s. 491.

sayılabilmesi için noterlikçe tescili şart kılınmıştır¹⁸. Bu maddedeki tescilden amaç, taraflara ait imzaların Noterlik Kanunu'nun 108. maddesinde belirtilen sicil defterine yazılmasıdır. 2490 sayılı Kanun'un kaldırılması ile onun yerini alan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda da yapılan ihale ile ilgili olarak resmi şekil şartına yer verilmiştir. Söz konusu kanunun 53. maddesinde, tüm ihalelerin sözleşmeye bağlanacağı ve idare adına ita amiri tarafından imza edileceği öngörülmüştür. Kanun'un 57. maddesinde de, sözleşmenin noterlikçe imza onayı şeklinde tescil edilmesi gerektiği de hükme bağlanmıştır. Fakat, bu sözleşme taşınmaz mülkiyetini ilgilendirdiğinden ve arsa paylarının devri söz konusu olduğundan sözleşmenin geçerliliği için noterde düzenleme biçiminde yapılması gerekmektedir.

1.1.1.2.2. Yüklenicinin İnşaat Yapımını Yüklenmesi

Konumuz olan sözleşmede, “kat yapımı (inşa)” unsuru, eser sözleşmesinde “meydana getirmek” sözcükleri ile ifade edilmiştir. Kanunlarda ise “kat veya inşaatın” tanımı yapılmamıştır. Genel hukuk literatüründe “kat”, bir apartmanda, bir binada iki döşeme arasında yer alan aynı düzeydeki dairelerin veya odaların tümü olarak tanımlanırken¹⁹, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 2. maddesinde “(...) *ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine bağımsız bölüm, bu bölümlere sahip olanlara da kat maliki (...)*” deneceği belirtilmiştir. Bu tanımlara göre kata, bağımsız bölüm niteliği atfedilmiştir. İnşaat kavramı ise, yapı, inşa eseri ve yapı eseri gibi kavramlar ile eş anlamlı olarak kullanılabilir²⁰. Gerek 6785 sayılı eski İmar Kanunu'nun 1. maddesinde ve gerekse 3194 sayılı yeni İmar Kanunu'nun 5. maddesinde yapının; “*karada ve suda daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yer altı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler*” olduğu belirtilmiştir.

¹⁸ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 17.

¹⁹ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 18; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 27.

²⁰ Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 53; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 16-17.

Sözleşme ile amaçlanan husus, yalnız iş sahibine ait bölümlere ilişkin dairelerin yapılması değil, yüklenicinin ücretine karşılık olarak aldığı arsa paylarına bağlı bölümlerin de tamamlanıp bütünlük taşıyan ana yapının ortaya çıkartılmasıdır²¹.

Yüklenicinin inşaatı teslim etmeye ilişkin asli borcunun kapsamına dahil olan ve teslimin gerçekleşmesi amacına yönelik meydana getirme (iş görme) borcu, yüklenicinin eseri özen ve sadakatle sözleşme gereğince yapmasını ifade eder. Yüklenicinin teslim borcuna bağlı olan bu borcu, inşaatın tamamlanıp teslim edilmesine kadarki tüm süreci kapsar. Bu yönüyle, inşaatla ilgili projenin hazırlanması, inşaat ruhsatının alınması²², inşaatla başlanması, işçilerin istihdam edilmesi vb. tüm işler yüklenicinin yükümlülüklerindedir²³.

1.1.1.2.3. İş Sahibinin Arsa Paylarının Devrini Yüklenmesi

Eser Sözleşmesinde ücret, sözleşmenin esaslı bir unsurudur. Yapılan işin karşılığında ücret ödenmemesi kararlaştırılmış veya işin niteliği gereği ücret ödenmiyorsa, bu bir eser sözleşmesi olamaz²⁴. Ücret eBK'nun 355. maddesinde

²¹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 18; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 270.

²² Bu yükümlülük, İmar Kanunu hükümleri ve mülkiyet hakkıyla olan bağlantısı sebebiyle kural olarak malikindir. Uygulamada ise sözleşmede aksi kararlaştırılarak bu yönde çıkarılacak vekaletname ile, inşaat ruhsatı alma yükümlülüğünün yükleniciye bırakıldığı görülmektedir. İlker Hasan Duman, **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 301-302.

²³ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 19; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 273-274; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 476-477.

²⁴ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 473; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 56; Kurt, Temerrüt, s. 45; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 8; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 32; Duman, İnşaat Hukuku, s. 69; Turgut Uygur, **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi**, C.I, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s. 258. Böyle bir durumda ortada vekalet sözleşmesinin mi yoksa inşaat sözleşmesi benzeri isimli bir sözleşmenin mi olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Aral'a göre bu durumda ortada inşaat sözleşmesi benzeri isimli bir sözleşme vardır. (Aral, Ö.B.İ., s. 333). Uygur'a göre de böyle bir durumda isimli sözleşme fikrinin benimsenmesi yerindedir. (Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 258). Bu yönde: Duman, İnşaat Hukuku, s. 68. Selimoğlu ise, bu durumda ortada isim konulamayan bir sözleşmenin olduğunu ve buna eser sözleşmesine ilişkin özel hükümlerin değil, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. (Yaşar Engin Selimoğlu, **İstisna Eser Sözleşmesi**, Ankara, Adalet

‘semen’ sözcüğü ile ifade edilmişti. 6098 sayılı yeni TBK’nda ise doktrindeki eleştirilere paralel olarak ‘semen’ teriminin kullanılmasından vazgeçilerek ‘bedel’ terimi tercih edilmiştir. Bu düzenlemenin kanun gerekçesinde, semen teriminin satış bedelini ifade etmede yerinde olduğu fakat yükleniciye ödenecek karşılığın ‘bedel’ terimi ile ifade edilmesi gerekliliği belirtilmiştir.

Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde bedel, para yerine yükleniciye devredilecek arsa paylarıdır²⁵. Ancak belirtelim ki bedelin kısmen arsa payı kısmen de para olarak verilmesi sözleşmenin adını ve vasfını değiştirmez. Böyle bir durumda yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi mevcuttur²⁶. Sözleşme ile bedel karşılığı olarak verilen arsa, bir taşınmaz parçasıdır. Başka ifadeyle kapalı bir çizgi ile sınırları belli edilen toprak kesimidir²⁷. Taşınmaz malların nitelik ve mülkiyetini düzenleyen TMK’nda ve diğer ilgili kanunlarda arsanın tanımı yapılmamıştır. Literatürde ise arsa; üzerinde bina, ağaç olmayan genişçe toprak parçası olarak tanımlanmıştır²⁸. 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 1610 sayılı Kanun ile değişik 12. maddesinde, “*Belediye sınırları içinde belediyece parsellenmiş arazi arsa sayılır. Belediye sınırları içinde veya dışında bulunan parsellenmiş araziden hangilerinin bu kanuna göre arsa sayılacağı Bakanlar Kurulu kararı ile belli edilir*” hükmü yer almıştır. Buna göre, yasal olarak bir arazi parçasının arsa sayılabilmesi için belediye sınırları içinde ve belediyece parsellenmiş olması gerekir. Eğer bu nitelikleri taşımiyorsa, Bakanlar Kurulunca arsa olduğuna dair karar verilmesi halinde kanunen arsa sayılacaktır. Bakanlar Kurulu’nun bu konu ile ilgili olarak

Yayınevi, 2010, s. 16-17). Eren ise, sorunun olayın somut özelliklerine göre çözümlenmesi ve şüphe halinde isimsiz sözleşme görüşünün benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. (Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52).

²⁵ Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 31; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 272; Duman, İnşaat Hukuku, s. 69; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 257; Yavuz, Özel Hükümler, s. 483.

²⁶ Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 32.

²⁷ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 20; Yavuz, Özel Hükümler, s. 483.

²⁸ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 20.

19.08.1972 gün ve 7/4897, 16.05.1974 gün ve 7/8258, 26.05.1976 gün ve 7/12074 ve 15.02.1983 gün ve 83/6122 sayılı kararlarını örnek verebiliriz²⁹.

Bu tanım ve ayırmadan hareketle, bir arazi parçasının kat yapım sözleşmesine konu olabilmesi ve bedel yerine kabul edilebilmesi için arsa niteliğinde olması gerektiği koşulu akla gelebilir. Halbuki arzın, teoride ve kanundaki tanıma uygun bir yer olması şart değildir. Sözleşmede belirtilen ve taraflarca üzerinde anlaşılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli bulunması yeterlidir³⁰.

Arsa paylarının devri yükümlülüğü taraflar arasında düzenlenen sözleşme hükümleri uyarınca yapılacaktır. İş sahibinin bu borcu, işin başında ifa edilebileceği gibi, inşaatın yapılma aşamasına uygun olarak kademeli biçimde de yerine getirilebilir. İş sahibinin arsa paylarını devir borcu ile, işin sözleşme uyarınca yapılması için iş sahibinin arsayı yükleniciye teslim etmesi birbirinden farklı şeylerdir. Bu sonuncu durumda, arsa paylarının yükleniciye devri söz konusu olmayıp, inşaatın başlaması için yükleniciye engelsiz teslimi söz konusudur.

Yüklenici, arsa paylarının devrine hak kazanabilmek için, sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Tarafların asıl amacı taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyetin kurulması olmayıp, paylarına özgülenen ve bağımsız bölümleri içeren kat mülkiyetinin veya en azından kat irtifakının kurulmasıdır. Ancak taşınmazda kat mülkiyeti veya irtifakı³¹ kurulmadan da yüklenici adına arsa

²⁹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 20'den naklen.

³⁰ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 20.

³¹ Kat irtifakı, bir arsa üzerindeki, yapımına başlanmış olup da henüz tamamlanmamış veya yapımına henüz başlanmamış olan yapıların kat mülkiyetine konu olabilecek nitelikte kat, daire, iş bürosu, dükkan gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olan bölümleri üzerinde, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından kurulan arsa payına bağlı bir haktır. (KMK m. 2/c, m. 1/2 , m. 3/3) Bu hak her paydaşa, diğer paydaşlardan hakka konu olan ortak arsa üzerinde, sözleşmeye ve plana uygun bir şekilde kat mülkiyetine çevrilmek üzere yapı inşa etmelerini isteme ve inşa edilecek yapıyı kat mülkiyetine çevirebilmek yetkisi verdiği gibi, aynı zamanda kat irtifakı sahibi olan gayrimenkulün diğer paydaşlarını da yapıyı inşa etme borcu altına sokar. (Serap Helvacı, "Kat İrtifakı İle Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan**, İstanbul, İÜHF, Mitos Yayınları, s. 288).

paylarının devir ve tesciline karar verilmekte, böylece sözleşmenin amaca uygun yorumlandığı ifade edilmektedir.³²

1.1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tarafları

Sözleşmenin tarafları, inşaatı meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt eden yüklenici ile bunun karşılığında belirli arsa paylarının yükleniciye devrini üstlenen iş sahibidir.

1.1.2.1. Yüklenici

Yüklenici (müteahhit), sözleşmede inşaatı meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt eden kişidir. Gerçek veya tüzel kişiler ya da bunlardan oluşan kişi toplulukları, eser sözleşmesinde yüklenici konumunda olabilirler³³. Yüklenicinin, tacir ve dolayısıyla ticaret siciline kayıtlı olup, eseri ticari amaçla yapması da mümkündür.

TBK m. 471/III (eBK m. 356/II) hükmüne göre, işin özelliği gereği yüklenicinin kişisel becerisinin önemi yok ise, yüklenici taahhüt ettiği şeyi başkasına yaptırabilir. Bu durum, onu sözleşmenin yanı olmaktan çıkarmaz ve onun hesabına çalışanları eser sözleşmesi kapsamına sokmaz. Böyle durumlarda, yüklenici, faaliyetleri kendi gerçekleştirmiş gibi sorumlu olacaktır (TBK m. 116, eBK m. 100). Çalışma konumuz açısından, yüklenicinin tek olarak inşaatı yapması pek mümkün olmadığından, uygulamada, yüklenicilerin ifa yardımcılarını kullandırmaları, asıl

³² Yargıtay 14. HD.'nin 08.04.1980 T. ve 1980/844 E. 1980/1970 K. ile aynı dairenin 07.05.1981 T. ve 1981/2913-3223 sayılı kararı; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 21.

³³ Kurt, Temerrüt, s. 38; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, 4. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, 2008, s. 23; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 468; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47; Duman, İnşaat Hukuku, s. 101; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 94-96.

yüklenici - alt yüklenici ilişkisi kurmaları yahut iş ortaklıkları kurmaları gibi yollara başvurdıkları görülmektedir³⁴.

Yüklenici tarafından ifa yardımcısı kullanılan bir sözleşme ilişkisinde, yardımcıları doğrudan yükleniciye bağlı olduklarından dolayı işin geciktirilmesi yüklenicinin gecikmesi, ayıplı eser yapılması yüklenicinin ayıplı eser yapması, kısaca yapmış oldukları her türlü sözleşmeye aykırı davranışları yüklenicinin sözleşmeyi ihlali sayılacaktır.

Asıl yüklenici - alt yüklenici ilişkisinde ifa yardımcılarındaki gibi hizmet sözleşmesiyle çalışan işçiler değil, yine eser sözleşmesiyle çalışan yükleniciler olmakta ve ilk elde taahhüt edene asıl yüklenici, onunla eser sözleşmesi yapanlara da alt yüklenici (alt müteahhit, taşeron) denilmektedir. Söz konusu durumda iki ayrı eser sözleşmesi vardır ve ilk eser sözleşmesinin yüklenicisi ikinci eser sözleşmesinin yüklenicisi karşısında iş sahibi durumundadır. İnşaat yapımını genel olarak taahhüt eden yüklenicinin, doğrama işleri için tuttuğu marangozlar ve elektrik tesisatının yapımını yüklediği tesisat ustaları karşısındaki durumu böyledir³⁵. Alt yüklenici asıl iş sahibine karşı bir borç altına girmediği gibi, bu iş sahibi de alt yükleniciye karşı ileri sürebileceği herhangi bir hakka sahip değildir. Bunun istisnası ise, TBK m. 129 hükmü çerçevesinde asıl iş sahibi yararına sözleşme yapılarak alt yüklenici ile asıl iş sahibi arasında bir hukuki ilişkinin kurulmasıdır.

Kendi sözleşmesine aykırı bir davranış sonucu zincirleme etkiyle ilk eser sözleşmesinin de ihlaline sebep olan alt yüklenicinin sorumluluğu, kural olarak sadece kendi iş sahibine (asıl yükleniciye) karşıdır. Böyle bir davranışta alt yüklenici kendi sözleşmesini ihlal ederken, diğer taraftan da asıl yükleniciyi ilk eser

³⁴ Kurt, Temerrüt, s. 38; Tandoğan, Ö.B.İ. C., II, s. 96; Dayınlı, Temerrüt, s. 23; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 469, 493-494; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 95; Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 219; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 97; Duman, İnşaat Hukuku, s. 101 vd.; Yavuz, Özel Hükümler, s. 448.

³⁵ Öz, Dönme, s. 10; Yavuz, Özel Hükümler, s. 449.

sözleşmesini ihlal etmiş duruma sokmaktadır. Örneğin, tesisatçının işini zamanında bitirmemesi durumunda bütün bina da zamanında tamamlanmamış olacak ve asıl yüklenici iş sahibi tarafından temerrüde düşürülebilecektir. Bu olasılıkta iş sahibinin ilk eser sözleşmesinden dönmesi bu sözleşmeyi ortadan kaldıracak fakat asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki eser sözleşmesi bu dönmeden etkilenmeyecektir. Asıl yüklenicinin kendi alt yüklenicisini ayrıca temerrüde düşürüp aralarındaki sözleşmeden dönmesi gerekir. Keza sözleşmeyi ihlalden doğan zararın tazmin istemlerini de herkes sadece kendi yüklenicisine karşı ileri sürebilir³⁶. Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin kendisi eserin belirli bölümlerini ayrı ayrı yüklenicilere yaptırıyorsa, bu durumda asıl yüklenici – alt yüklenici ilişkisi söz konusu olmayıp her bir yüklenici asıl yüklenici konumundadır.

İnşaat sözleşmesi uygulamasında ortak girişimlerin (joint venture) iş ortaklıkları çerçevesinde imalat veya inşaat taahhüdünde bulunmaları da sıkça rastlanan bir durumdur. İş ortaklığı adi ortaklık niteliğinde olan ve buna bağlı olarak tüzel kişiliği bulunmayan sözleşmeye dayalı ortak girişimlerin özel bir türüdür³⁷. İş ortaklığında ortaklar, iş sahibine karşı işin tamamının yerine getirilmesinden müteselsilen sorumludur³⁸.

Yüklenicilerin işin tamamından müteselsilen sorumlu oldukları iş ortaklıklarından farklı olarak, birden çok yüklenici işin sadece bir bölümünden sorumlu olmayı da yeğleyebilir. Uygulamada bu yolu tercih eden yükleniciler konsorsiyum oluşturarak inşaat yapımını üstlenmektedirler. Konsorsiyumlar da hukuken adi ortaklık niteliğindedir. Konsorsiyumda, iki veya daha fazla gerçek ya da

³⁶ Öz, Dönme, s. 10; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 60; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 72 vd.; Büyükkay, Eser Sözleşmesi, s. 78; Duman, İnşaat Hukuku, s. 173; Yavuz, Özel Hükümler, s. 449; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 100-101.

³⁷ Gülören Tekinalp/Ünal Tekinalp: “**Joint Venture**”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988, s. 158; Kurt, Temerrüt, s. 40; Yavuz, Özel Hükümler, s. 448; Duman, İnşaat Hukuku, s. 175-176; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 97; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 355.

³⁸ Tekinalp/Tekinalp, “Joint Venture”, s. 161; Tandoğan, Ö.B.İ., C. II, s. 99; Kurt, Temerrüt, s. 40; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 72-74; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 97; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 356; Büyükkay, Eser Sözleşmesi, s. 35.

tüzel kişi, belirli bir işi gerçekleştirmek amacıyla ve her bir ortak diğer ortaklardan bağımsız olarak işin sadece bir bölümünün ifasından sorumlu olmak üzere katkılarını birleştirmektedir³⁹. Yüklenicilerin her birinin iş sahibine karşı işin tamamından sorumlu olmayı taahhüt etmeleri halinde, bu yükleniciler konsorsiyum adı altında toplanmış olsalar dahi, ortada sözleşmeye dayalı bir ortak girişim (joint venture) ya da yalın bir adi ortaklık ilişkisi vardır⁴⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin devlete ait ve ihale ile verilen aralarda söz konusu olması halinde, bu sözleşmelerde kimlerin yüklenici olabileceğini ise şu şekilde açıklayabiliriz: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, kamu ihale sözleşmelerinde idarenin karşı akîdi durumundaki tedarikçi, hizmet sunucusu ve yapım yüklenicilerinin “gerçek veya tüzel kişi veya bunların oluşturdukları ortak girişimler” olabileceği ifade edilmiştir (KİK m. 4). Bu Kanun'da ortak girişimler, “ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar” olarak tanımlanmaktadır (KİK m. 4). Kanuna göre, iş ortaklıklarında, ortaklık üyeleri işin tümünü birlikte yapmak üzere bir araya gelir ve üyelerin her biri taahhüdün yerine getirilmesinden iş sahibi konumundaki idareye karşı müştereken ve müteselsilen sorumludur. Buna karşılık, konsorsiyumda, üyelerin her biri işin kendi uzmanlık alanına giren kısmını yapmak üzere birleşir ve her bir üye iş sahibi durumundaki idareye karşı işin belirli bir kısmını taahhüt eder (KİK m. 14). Sonuç olarak, kamu ihaleleri sonucunda idarenin iş sahibi taraf olarak akdettiği inşaat sözleşmeleri bakımından da yüklenici, gerçek veya tüzel kişi ya da bunlardan oluşan bir iş ortaklığı yahut konsorsiyum olabilir.

³⁹ Tekinalp/Tekinalp, “Joint Venture”, s. 162; Barlas, Adi Ortaklık s. 244; Kurt, Temerrüt, s. 41; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 73; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 355; Duman, İnşaat Hukuku, s. 175-176; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 97-98; Yavuz, Özel Hükümler, s. 448; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 35.

⁴⁰ Barlas, Adi Ortaklık, s. 224; Kurt, Temerrüt, s. 41; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 97.

1.1.2.2. İş Sahibi

Eser sözleşmesinde iş sahibi, ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında eserin meydana getirilmesini yükleniciye bırakan kişidir⁴¹. Hak ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler sözleşmede iş sahibi olabilir. Ayrıca tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarının da iş sahibi olması mümkündür⁴². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise iş sahibini, belli arsa paylarının devri karşılığında söz konusu arsada bağımsız bölüm yapımı işini yükleniciye bırakan kişi olarak tanımlayabiliriz.

1.1.3. Sözleşmenin Şekli

Eser sözleşmesinin geçerliliği kural olarak bir şekle tabi değilken (TBK m. 12/I), arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise iş sahibi, bir taşınmaz olan arsa payını yükleniciye devretme borcu altına girdiğinden sözleşme resmi şekilde yapılmalıdır (TBK m. 237, TMK m. 706, Tapu K. m. 26, Noterlik K. m. 60). Resmi şekli gerçekleştirecek makam kural olarak tapu sicil müdürleri olmakla birlikte, Noterlik K. m. 60 ile noterler de taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini düzenlemeye yetkili kılınmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz satış vaadi unsurunu içerdiğinden ötürü, noterde düzenleme biçiminde de kurulabilir.

Geçerliliği belli bir şekil şartına bağlı tutulan sözleşmenin kaldırılması yahut değiştirilmesi noktasında da aynı geçerlilik şekli ile yerine getirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴³. Yargıtay'ın da görüşü bu doğrultuda olup, konu ile ilgili bir

⁴¹ Şahin, Teslim Borcu, s. 26; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 31-32; Kurt, Temerrüt, s. 42; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 467; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 30; Duman, İnşaat Hukuku, s. 105.

⁴² Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 468-469; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47; Kurt, Temerrüt, s. 42; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 31-32; Duman, İnşaat Hukuku, s. 105.

⁴³ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, Cilt I, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 171; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s.43; Duman, İnşaat Hukuku, s. 87.

kararında, bir işlemin yapıldığı sırada uyulan biçimden daha az güvenceli bir biçimle değiştirilemeyeceği belirtilmektedir⁴⁴.

Konusunu taşınmaz satımının oluşturduğu sözleşmelerin resmi geçerlilik şekline uyularak yapılmasını öngören kanun hükümlerine aykırı şekilde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerli olmayacağı aşıkardır. Ancak, arsa paylarının devrine ilişkin sözleşme gerekli şekil şartına uygun yapılmadığı durumlarda geçersiz kabul edilirken, şekil şartına bağlı olmayan bağımsız bölüm yapımı sözleşmesini geçerli kabul etmek, tarafların iradeleri ile öngörmedikleri yönde bir sonuç doğmasına sebep olur ki bu da hukukun amaçlamadığı bir neticedir. Ayrıca, toplumumuzda bu gerekliliğin bilinmemesinden ya da taraflardan birinin diğer tarafı kasıtlı olarak bilgilendirmemesinden dolayı şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeler bir hayli çoktur. Bu aykırılık sonucu geçersizlik yaptırımına uğrayan sözleşmelerden dolayı, edimini iyi niyetle yerine getiren kişi açısından bir takım mağduriyetler ortaya çıkmaktadır. Bu noktada Yargıtay farklı bir yaklaşımla konuya çözüm getirmiştir. Yargıtay'a göre, kat karşılığı (arsa payı karşılığı) inşaat sözleşmesi resmi şekilde düzenlenmeyerek geçersiz olmakla birlikte eğer taraflar edimlerini yerine getirmiş ve teslim de yapılmışsa, bu halde sözleşme geçerlilik kazanmış olacaktır. Buna göre, kat karşılığı inşaat tamamlanmış ve arsa sahibi de inşaatı teslim almışsa, sonradan sözleşmenin resmi şekilde yapılmadığı gerekçesiyle pay intikalinden kaçınılamaz⁴⁵. Hakim, böyle bir durumda açılacak tescil davasını

⁴⁴ Yargıtay HGK'nun 30.03.1974 gün ve 969/1-1257 E., 1974/308 K.: "*Hukuki tasarrufların, ancak yapıldıkları sırada uyulan şekil koşullarına uygun hareket edilerek değiştirilebilecekleri genel bir ilkedir. Bu ilkenin sonucu olarak bir hukuki tasarruf yapıldığı sırada uyulan bir usulden daha az güvenceli bir usulle değiştirilemez. (...) Olayda noterde yapılan 22/8/1966 günlü sözleşmeden sonra, taraflar tapu sicil muhafızlığına yazdıkları yazının arkasına satış parasını 11.300 liraya çıkardıklarını ilave etmek suretiyle noterde yaptıkları sözleşmeyi, satış parası yönünden, değiştirmişlerdir. (...) geçerlik koşulu olan şekle uygun hareket edilmediğinden satış parasına ilişkin olarak yapılan değişiklik geçerli sayılamaz. (...)*" (www.kazanci.com).

⁴⁵ YİBBGK'nun 30.09.1988 T. 87/2 E., 88/2 K.'na göre; tapuda kayıtlı bir taşınmazın devri borcunu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü şekil şartlarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davası kural olarak kabul edilmeyecektir. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazda, bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmamasına karşın tarafların satımda anlaşması ile satıcının bağımsız bölümü teslim etmesi ve alıcının da tüm borçlarını ifa ederek taşınmazı malik gibi kullanması durumunda satıcı tapuda mülkiyetin devrine yanaşmıyorsa, olayın özelliğine göre

TMK m. 2'yi gözeterek kabul etmelidir. Yargıtay'ın bu kararı hem yükleniciden bağımsız bölüm satın alınması hem de arsa sahibi ile yüklenici arasındaki resmi olmayan sözleşmedeki edimlerin yerine getirilmiş olduğu durumlarda uygulanabilecektir. Tarafların edimlerini büyük ölçüde yerine getirdikleri durumlarda da şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir⁴⁶.

1.1.4. Sözleşmenin Kapsamı

Sözleşmede temel amaç, kat mülkiyetine ulaşmaktır. Bu olmadığı takdirde taraflar ancak yer (zemin) üzerinde müşterek mülk sahibi olabileceklerdir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3/I maddesinde kat mülkiyeti, "*arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerde bağlantılı özel bir mülkiyettir*" biçiminde tanımlanmıştır. Bu kapsamda, kat mülkiyetine ulaşabilmek adına sözleşmenin de bu yönde düzenlenmiş olması gerekmektedir.

Uygulamadaki sözleşmelerde, gerek taşınmazdaki payların devri veya devrinin vaat edilmesi ve gerekse yüklenicinin işi yapmasına ait kısımlar bir arada düzenlenmektedir.

Noterlerce düzenlenen sözleşmeye genel olarak "düzenleme şeklinde inşaat mukavelesi" adı verilmekte ve bu sözleşme ile arsa paylarının devri ve işin başlama-bitme tarihleri, hangi işlerin (örneğin; inşaat ruhsatının alınması, plan ve projenin

hakim MK'nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilecektir. (www.kazanci.com).

⁴⁶ Bu yönde bkz. Yargıtay HGK'nun 01.04.1992 T., 15-129 E., 233 K. sayılı ilamı (Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 303-304); Yargıtay 15. HD'nin 12.11.1981 T., 2098 E. / 2240 K. sayılı ilamı (İzzet Karataş, **Eser - İnşaat Yapım Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, Yenilenmiş 2. Baskı, 2009, s. 51-52); Yargıtay 15. HD'nin 08.05.1996 T., 1132 E. / 2486 K. sayılı ilamı (Karataş, İnşaat, s. 38); Yargıtay 15. HD'nin 10.10.1989 T., 902 E. / 4127 K. sayılı ilamı (Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 305); Yargıtay 15. HD'nin 16.03.1992 T., 4892 E. / 1299 K. sayılı ilamı (Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 310-311); Yargıtay 15. HD'nin 06.04.1995 T., 1994/5402 E., 1995/2075 K. sayılı ilamı (Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 121-122).

onaylanması, varsa ifraz veya tevhit işlemleri, vergi borçlarının ödenmesi gibi) kim tarafından yapılacağı belirtilmektedir. Ayrıca inşaatın kaç kattan oluşacağı, bağımsız bölüm sayısı, hangi dairelerin kime verileceği konusu da sözleşmede yer almaktadır. Ayrıca, uygulamada, bu sözleşme içinde ya da ayrı olarak “teknik şartlar” adı altında başka bir sözleşme yapılmaktadır. Yüklenicinin edimini yerine getirebilmesi için bu teknik şartlardaki yükümlülüklerine uygun olarak ifade bulunması gerekir.

Sözleşme düzenlemesinde bazı durumlara temas edilmemesi halinde, ortaya çıkan sözleşme boşlukları TBK’nun eser sözleşmesine ilişkin olan 470 ve devamı maddelerinin kıyasen uygulanmasıyla doldurulacaktır.

1.1.5. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1.1.5.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, tarafların birbirlerine karşı borçlandıkları asli edimler olan yüklenicinin inşaatı meydana getirerek teslim etme borcu ile iş / arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretme borcu birbirinin sebebinin ve karşılığını oluşturur. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafların yükledikleri edimler bakımından tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubuna dahildir⁴⁷.

1.1.5.2. Rızaî Bir Sözleşmedir

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ve hüküm doğurması için, yüklenicinin ve iş sahibinin sözleşmenin kurulması yönünde karşılıklı ve birbirine

⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 211; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 5; Ayan, Temerrüt, s. 29; Damla Gürpınar, **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2006, s. 17; Aral, Ö.B.İ., s. 326; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 470; Kurt, Temerrüt, s.45; Şahin, Teslim Borcu, s.103; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 271-272; Yener, Arsa Payı, s. 4; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 29; Yavuz, Özel Hükümler, s. 487; Duman, İnşaat Hukuku, s. 54; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 256; Büyükcay, Eser Sözleşmesi, s. 37; Buz, Dönme, s. 98 vd.; Bilge, İnşaat, s. 13.

uygun irade beyanlarında bulunmaları yeterlidir⁴⁸. Bunun için ayrıca arsanın teslimi gerekmemektedir.

1.1.5.3. İvazlı Bir Sözleşmedir

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, bir ivaz yani belirli arsa paylarının kendisine devri karşılığı inşaatı yapan kişidir. Diğer unsurlar bulunsa dahi ivaz söz konusu değilse arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden söz edilemez⁴⁹. Yüklenici bir bedel olmaksızın inşaatı gerçekleştiriyorsa bu durumda vekalet sözleşmesi yahut inşaat sözleşmesi benzeri isimsiz bir sözleşmenin olduğu kabul edilmektedir⁵⁰.

1.1.5.4. Edim Borcunun Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu tartışması, doktrinde ve yargı kararlarında uzun süre yer işgal etmiş meselelerden biridir⁵¹. Bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğu ileri

⁴⁸ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 472; Aral, Ö.B.İ., s. 326; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 38.

⁴⁹ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 473; Aral, Ö.B.İ., s. 326; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 258; Duman, İnşaat Hukuku, s. 69; Eren, İnşaat, s. 56; Yavuz, Özel Hükümler, s. 437; Bilge, İnşaat, s. 13.

⁵⁰ Bkz. s. 16, dn. 24'deki yazarların görüşleri.

⁵¹ Bu sözleşmeyi ani edimli borç ilişkisi olarak niteleyen yazarlar: Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1977, s. 26; Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 486; Aral, Ö.B.İ., s. 326; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 6. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 9; Öz, Dönme, s. 20; M. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 3; Yener, Arsa Payı, s. 6; Sendi Yakuppur, **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 64; Ferhat Canbolat, **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2009, s. 30; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 46; M. Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II**, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s. 56; Özgür Katip Kaya, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1993, s. 22. Bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu düşünen yazarlar: Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 175; Erman, İnşaat, s. 8; Hasan Erman, **"Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin**

sürülürken, yüklenicinin inşaatı meydana getirme unsurundan hareket edilmiştir. Buna göre, yüklenici yalnızca bir sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmemekte bununla birlikte sonucu gerçekleştirme doğrultusunda faaliyet gösterme yükümü altına da girmektedir. Bu faaliyetler yüklenici açısından bir iş görme edimi oluşturduğundan ve iş görme edimleri nitelikleri gereği zamana yaygın olduklarından ötürü bu tür edimleri içeren sözleşmelerin tümünün sürekli borç ilişkisi doğurduğu savunulmuştur⁵². Bu görüşteki yazarlara göre, yüklenici, eserin tesliminden başka eserin meydana getirilmesine ilişkin belli bir faaliyette bulunmayı da yüklenmiştir. İnşaat meydana getirilirken yüklenicinin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini edimin dışında tutmak ve hazırlayıcı faaliyetler olarak görmek yerinde değildir⁵³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu ileri süren yazarlar ise, yüklenicinin sonuç borcu altına girmesinden ve alacaklının ifaya olan çıkarının bir anda gerçekleşmesinden hareket etmektedirler⁵⁴. Sözleşmede asıl gaye inşaatın (bağımsız bölümlerin) teslim edilmesidir. Yüklenicinin eseri meydana getirirken yaptığı iş görme faaliyetinin, ifanın gerçekleşmesi açısından bir fonksiyonu olmamakta ve esas olarak ifa, eserin teslimi anında gerçekleşmektedir. İş sahibi ifa ile beklediği menfaate eserin teslimiyle ulaşır. Sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi arasında uzunca bir zaman bulunması, sözleşmenin sürekli edimli olduğu anlamına gelmez. Yüklenici bu süreç içerisinde ifa için hazırlık faaliyetleri

Temerrüdü (Bir İctihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)”, İBD., Y.1984, C.58, S.4-6, s. 212; Sungurbey, Zorunlu Yanıt, s. 173 vd.; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 25, 156.

⁵² Erman, Müteahhidin Temerrüdü, s. 212; Sungurbey, Zorunlu Yanıt, s.173 vd.; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 156.

⁵³ Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller**, İÜHF Doktora Tezi, İstanbul 1979, s. 10; Serozan, Dönme, s. 166.

⁵⁴ Aral, Ö.B.İ., s. 326; Haluk Tandoğan, “**Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler**”, Batider, Haziran 1981, C. XI, S. 1, s. 28; Yavuz, Özel Hükümler, s. 486; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 50; Eren, Genel Hükümler, s. 108; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 5; Karahasan, Ö.B.İ., C. II, s. 56; Yaşar Engin Selimoğlu, “Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı”, s. 686; Cem Baygın, **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 21; Şahin, Teslim Borcu, s. 104; Şafak Güleç, **Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 29; Şirin Aydıncık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 25.

yürütmektedir. Bu hazırlık faaliyetlerinin zamana yayılmış olması sözleşmenin sürekli edimli olduğu anlamı taşımaz. Zira, hazırlık faaliyetleri devam ediyorken aynı zamanda ifa da gerçekleşiyor denilemez. Ayrıca eser sözleşmelerine yönelik olarak, feshi ihbar yoluyla sözleşmenin olağan sebeple sona erdirilmesi imkanının kanunda düzenlenmemiş olması da sözleşmenin ani edimli olduğunu göstermektedir⁵⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde her iki görüşü sentezleyen ve doktrinde genel olarak karma görüş olarak adlandırılan bir görüş daha vardır⁵⁶. Bu görüşe göre, sözleşme, hem ani edimli hem de sürekli edimli sözleşmelerin haiz olduğu özellikleri taşımaktadır. Buna göre, sözleşme, yüklenicinin teslim borcu açısından ani edimli, çalışma borcu açısından ise sürekli edimli sözleşme niteliğindedir. Bu görüşe göre, sözleşme ani edimli olmakla birlikte, yüklenicinin ediminin zamana yaygınlığı sebebiyle bu ilişkinin karma bir nitelik taşıdığı ve hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Hakkında özel hüküm bulunmayan durumların hepsinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ani edimli borç ilişkisine ait hükümlerin mutlak anlamda uygulanacağı söylenemez. Hakim somut olaydaki çıkarlar dengesini gözeterek bazen ani edimli bazen de sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulayabilecektir. Bu görüşe göre, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde somut olaya göre geçmişe etkili dönme veya ileriye etkili fesih hakkının bulunduğu kabul edilebilecektir⁵⁷.

Görüşlerin değerlendirilmesi ve kişisel düşüncemiz: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanımızca, ani edimli bir sözleşmedir. Zira, sözleşmede, iş

⁵⁵ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 471; Aral, Ö.B.İ., s. 327.

⁵⁶ Bu görüşte: Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 11-12; Serozan, Dönme, s. 175-176; Erman, İnşaat, s. 8-9; K. Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 17; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 372; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 27-28; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 54; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 41; Bilge, İnşaat, s. 18.

⁵⁷ Serozan, Dönme, s. 184; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 41.

sahibinin edime ilişkin menfaati, zamana yayılmamıştır. Bu sözleşmede sürenin geçmesi, zorunlu olarak ifade da bir artış olduğu anlamına gelmemektedir. Edimin ne kadar devam edeceğini, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin süresi belirlemez. Alacaklı konumundaki iş sahibinin ifaya ilişkin menfaati, ancak meydana getirilen yapının ilgili bağımsız bölümlerinin kendisine teslimi ile bir anda gerçekleşir. İnşaat (yapı), geçerli bir şekilde teslim edilmedikçe, yüklenicinin ifaya yönelik faaliyetleri ne kadar ileri bir düzeye gelmiş olursa olsun, kural olarak inşa edilen kısım kısmi ifa teşkil etmez⁵⁸. İş sahibinin edime ilişkin menfaati de zamanın geçmesiyle artmamaktadır. Aksine çoğu durumda, inşaatın (yapının) en kısa sürede tamamlanarak teslim edilmesi iş / arsa sahibinin menfaatindedir. Sözleşmede, yüklenici sonuç borcu altına girmektedir. Alacaklı iş sahibinin ifaya ilişkin çıkarı bir anda gerçekleşmektedir. İş sahibi ifa ile beklediği menfaate yapının teslimi ile ulaşmaktadır. İfaya hazırlık faaliyetinin zamana yayılmış olduğunu ileri sürerek sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul etmek doğru değildir. Yüklenicinin tüm faaliyetlerine rağmen sonucun sağlanamaması halinde ifanın gerçekleşmediği kabul edilmelidir.

Kanun koyucu'nun eser sözleşmesini düzenlerken eserin tesliminden önceki ve sonraki dönemi dikkate alarak düzenlediği görülmektedir. Eserin tesliminden önceki dönemde, örneğin, iş zamanında başlama ve devam etme, araç gereç ve malzemelerin sağlanması, genel ihbar borcu, işin yüklenici tarafından bizzat veya kendi yönetimi altında yapılması borcu gibi düzenlemeler eseri meydana getirme faaliyetlerinin de dikkate alındığını gösterir. Ancak, yüklenici ifayı eseri teslim etmekle, yani bağımsız bölümleri teslim etmekle gerçekleştirir. Bu yönden arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁸ Kurt, Temerrüt, s. 53; Öz, Dönme, s. 20-21; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 254.

1.1.5.5. Karma – İki Tipli İsimli Bir Sözleşmedir

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunlarda açıkça düzenlenmediği için isimli (contrats innommes) bir sözleşmedir⁵⁹. Her ne kadar bu sözleşmeden TMK m. 1009'da "*arsa payı karşılığı inşaat, (...) sözleşmelerinden doğan haklar ile (...) haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir*" denilerek bahsedilmişse de bu kısa düzenleme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini açıklamayıp, yalnızca bu sözleşme türünün tapu kütüğüne şerh edilebileceğini belirttiğinden söz konusu sözleşmenin isimli bir sözleşme olmasını sağlamamaktadır.

Konumuz olan sözleşme, yasada düzenlenmiş bulunan sözleşme türlerinde öngörülenin aksine birbirine karşılık gelen asli edim unsurlarını taşımamaktadır. Zira, arsa payı karşılığı inşaat yapımı sözleşmesinde, taşınmaz satımı ve eser (inşaat) sözleşmesi bir araya getirilerek karma bir şekilde düzenlenmektedir. Eser sözleşmesinde eseri meydana getirene (yükleniciye), bu yaptığı iş karşılığı iş sahibi tarafından bir ücret ödenmesi gerekmekte ve semen (para) borcu olarak adlandırılan bu edim borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, meydana getirilen inşaatın belirli paylarının (bağımsız bölümlerinin) yükleniciye devredilmesi suretiyle ifa edilmiş olmaktadır. Yani, yüklenicinin eser sözleşmesindeki edimine karşılık iş sahibi tarafından sunulan edimin türü değişmektedir. Taşınmaz satımında ya da taşınmaz satış vaadinde yer alan karşı edim sözleşmede belirmektedir fakat bu durum, arsa paylarının devri sözleşmesinin bir para karşılığında yapılmamasından dolayı sözleşmeyi satım sözleşmesi kapsamına da almamaktadır. Sözleşme gereği yüklenicinin inşaatı yapması, arsa sahibinin de arsa paylarının devrini yüklenmesi, bir mal değişimi niteliğinde olmadığı için söz konusu sözleşme trampa sözleşmesi olarak da nitelendirilemez.

⁵⁹ Tandoğan, Ö.B.İ., C.I/1, s. 11; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 271; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 23; Yavuz, Özel Hükümler, s. 484; Halis Yaşar, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları, TBB Dergisi, Y. 2012, S. 102, s. 290.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kendine özgü nitelikleri olan ve sözleşmenin taraflarına kendi hükümleri içinde yükümlülükler yükleyen bir sözleşmedir. Bu sonuç Borçlar Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğü ilkesinden doğmaktadır. Sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeninin sınırları içinde fertlerin irade beyanlarıyla diledikleri hukuki sonuçları ortaya çıkarabilme özgürlüğüdür⁶⁰. Borçlar Hukuku'nda, Eşya ve Roma Hukuku'nda olduğu gibi 'numerus clausus (kapalı sayı)' özelliği yoktur. Tarafların yapabilecekleri sözleşmelerin, önceden kanun veya diğer hukuk kurallarınca düzenlenmesi şart değildir. Taraflar hukuk düzeninin sınırları içinde kalmak koşuluyla diledikleri tip ve kapsamda sözleşme yapabilirler. Buna düzenleme ya da tip serbestisi adı verilmektedir⁶¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesinin karakteristik edimleri mevcut ise de, bu edimleri haiz olan sözleşmeler birleşme ile bağımsızlıklarını yitirmekte ve her sözleşmeye kendine ait hükümlerin uygulanmasıyla da çözüm sağlanamamaktadır⁶².

Birleşik sözleşme olarak adlandırılan sözleşme türlerinde ise temel olan, birbirinden bağımsız ve ayrı tipteki sözleşmelerin varlıklarına zarar vermeden bir arada düzenlenmeleridir⁶³. Birinin geçerliliği diğerinin geçerli olmasına bağlıdır. Bu tip sözleşmelerde, her bir sözleşme bütün olarak diğer bir veya birden fazla sözleşme ile birleştirilmiştir. Birleştirme ile sözleşmelerin bağımsızlıkları korunmaktadır. Her iki sözleşmeye kendine özgü hükümler uygulanmaktadır⁶⁴. Bu bakımdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri birleşik sözleşmelerden de değildir.

⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 16; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 22; Yavuz, Özel Hükümler, s. 6; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 77; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 238.

⁶¹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 22; Eren, Genel Hükümler, s. 17; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 178; Yavuz, Özel Hükümler, s. 6.

⁶² Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 23.

⁶³ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 23; Yavuz, Özel Hükümler, s. 11; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 238.

⁶⁴ Erman, İnşaat, s. 5; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 23; Yener, Arsa Payı, s. 5; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 271; Yavuz, Özel Hükümler, s. 11; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 239.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme olarak da değerlendiremeyiz. Zira, söz konusu sözleşme eser sözleşmesi ile taşınmaz satımının asli unsurunu içermektedir. İş sahibinin ediminin ücret yerine arsa payı devri şeklinde gerçekleşmesi, sözleşmeyi kendine özgü yapısı olan sözleşme kapsamına sokmamaktadır⁶⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hangi tür sözleşme grubuna ait olduğu hususu tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş iki tipli karma bir sözleşme olduğu yönündedir⁶⁶. Bu durumun; kanunca düzenlenen çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelerek sözleşmeye niteliğini vermesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir⁶⁷.

Karma – iki tipli sözleşmelere uygulanacak hükümler hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bunlardan “çeşitli tiplerin birbirini bertaraf etmesi” olarak adlandırılabilir görüşe göre, karma sözleşmeye, unsurunu taşıdığı sözleşmelere ait hükümler uygulanmaz. Bu görüşe göre, bu tip sözleşmelerden doğan uyumsuzluklara Borçlar Hukuku’nun genel hükümleri uygulanmalıdır. Bu düşünce biçimi yargıcın karar serbestisini sınırladığı belirtilerek eleştirilmiştir⁶⁸.

⁶⁵ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 23.

⁶⁶ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 23; Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, s. 60. vd.; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 271; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 26; Yener, Arsa Payı, s. 4; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 30; Duman, İnşaat Hukuku, s. 57; Yavuz, Özel Hükümler, s. 485; Helvacı, Kat İrtifakı, s. 290.

⁶⁷ Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 26; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 26; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 271; Yavuz, İnşaat Hukuku, s. 485. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 09.06.1982 T., 1979/15-1619, 1982/565 sayılı kararında da bu husus “*Arsa payı karşılığında bina yapımı sözleşmesi karma bir akittir. Yapım işine eser sözleşmesi ve arsa intikali işine taşınmaz mal satım hükümleri uygulanır*” denilmek suretiyle açıklanmıştır. (Karar için bkz. www.kazanci.com).

⁶⁸ Erman, İnşaat, s. 6; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 27-28; Yavuz, Özel Hükümler, s. 12; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 240.

Bir diğerk görüş olan “soğurma (emme) görüşü” ne göre ise, hangi tipe ait unsur daha önemli ise, sözleşmeye o hükümler uygulanmalıdır. Bu tür bir düşünce ve uygulamanın taraf iradeleri ile bağdaşmayacağı yönünde eleştiriler mevcuttur⁶⁹.

“Birleştirme görüşü” uyarınca ise, her sözleşmeye ait hükümler, ilgili olduğu tipe uygulanmalı ve her tipe ait unsurlar önce birbirinden ayrılmalı, sonra her birini ilgilendiren hukuki sonuçlar birleştirilmelidir. Bu görüş de, karma sözleşmenin bünyesinde taşıdığı sözleşme tiplerine ait unsurların basit bir toplamından ibaret olmayıp, bir sentezinden meydana geldiği belirtilerek eleştirilmiştir⁷⁰.

Doktrinde genel kabul gören “yaratma (kıyas) görüşü” ne göre ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için taşınmaz satımı ile eser sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Hükümlerin uygulanmasında çatışma çıktığı zaman, tarafların sözleşmedeki amaçları ve karşılıklı menfaatleri göz önünde tutularak hakkaniyet çerçevesinde karar verilecektir. Eğer bir sonuç alınamazsa örf ve adet hukukuna gidilecek, bundan da bir sonuç alınamadığı takdirde hakim TMK m.1 bağlamında hukuk kuralı yaratacaktır⁷¹.

⁶⁹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 28; Erman, İnşaat, s. 6; Yavuz, Özel Hükümler, s. 12; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 240.

⁷⁰ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 28; Erman, İnşaat, s. 6; Yavuz, Özel Hükümler, s. 12-13; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 240.

⁷¹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 28; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 240; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 26-27; Yener, Arsa Payı, s. 5; Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, s. 138; Yavuz, Özel Hükümler, s. 13; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 143; Erman, İnşaat, s. 7; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 11; Şahin, Teslim Borcu, s. 121-122. “(...) Arsa payı karşılığında kat yapımı çift tipli bir karma sözleşmedir. İlke olarak her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Ancak değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse karşılıklı çıkarların tartılmasına göre hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmak gerekir. (...)”. Yargıtay 15. HD.’nin 25.12.1975 T. 1975/4714 E. 1975/5159 K. sayılı kararının tam metni için bkz. YKD., Y. 1976, s. 268.

1.1.6. Sözleşmenin Düzenlendiği Türler

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iş sahibinin edimini yerine getirme biçimine göre çeşitli türlerde düzenlenmektedir. Uygulamada en çok rastlanılanları şu şekilde tasnif edebiliriz⁷².

1.1.6.1. Belirli Arsa Paylarının Tapu İle Yükleniciye Devri

İş sahibi, kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride bağımsız bölümlere özgülenecek belli payların mülkiyetini tapuda yükleniciye devretmektedir. Bu durumda iş sahibinin haklarının güvence altına alınması için, yükleniciye devredilen paylar üzerine, arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir. Söz konusu bu teminat ipoteği güvencesinin çoğu kez arsa sahibinin haklarını karşılamadığı söylenmektedir⁷³. Zira, bu halde yüklenici ipotek bedelini ödeyerek onu çözüme yoluna da başvurabilmektedir. Konulan bu ipotek, anlaşma gereğince, inşaatın ulaştığı aşamalara paralel olarak bölümler halinde kaldırılmaktadır⁷⁴.

Bir başka yöntem olarak, iş sahibi arsa paylarını satış yoluyla yükleniciye devretmekte, bedelini aldığını belirtmekte ve kendi adına yapılacak bağımsız bölümlerin sözleşme gereğince teslimi için, arsa sahibi lehine ipotek konulmaktadır⁷⁵.

⁷² Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 29 vd.; Erman, İnşaat, s. 10 vd.; Yavuz, Özel Hükümler, s. 487 vd.; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 28 vd.

⁷³ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 29; Yavuz, Özel Hükümler, s. 487.

⁷⁴ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 29; Erman, İnşaat, s. 11; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 30; Yener, Arsa Payı, s. 4; Yavuz, Özel Hükümler, s. 488; Yaşar, Üçüncü Kişi, s. 311; Helvacı, Kat İrtifakı, s. 291.

⁷⁵ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 29.

1.1.6.2. İnşaatın Yapıldığı Ölçüye Göre Arsa Paylarının Tapu ile Yükleniciye Devri

İş sahibi ile yüklenici arasında düzenleme biçiminde tanzim edilen sözleşmede, hangi pay veya bölümlerin yükleniciye, hangilerinin iş sahibine ait olacağı belirtilmekte, ancak bir satış veya vaadinden bahsedilmemektedir. Yine sözleşme ile iş sahibi, yükleniciye bırakılması kararlaştırılan payların inşaatın belli aşamalara ulaşması durumunda, tapuda devredileceği veya üçüncü kişilere satışı için yükleniciye vekalet verileceği taahhüdü altına girmektedir⁷⁶. Böyle bir sözleşme ile satış veya vaadinden bahsedilmemiş olursa dahi, şekil şartı gerçekleşmişse, tarafların sözleşmede kullandıkları sözlere bakılmaksızın, amaçladıkları hukuki sonuçlara göre sözleşmeyi yorumlamak suretiyle (TBK m. 19), bu sözlerin bir satış vaadi olduğunu kabul edip uyumsuzluğu çözmek gerekir⁷⁷.

1.1.6.3. Arsanın Tamamının Tapu İle Yükleniciye Devri

Arsa tapuda bütünü ile yükleniciye devredilmekte ve böylece arsa sahibi kendi edimini başlangıçta tek seferde ifa etmiş olmaktadır. Ayrıca bir inşaat sözleşmesi de yapılarak, yapılacak bağımsız bölümlerin paylaşılması, nitelikleri ve diğer koşullara yer verilmektedir⁷⁸. Bu durumda arsa üzerine kat irtifakının kurulmuş olması da gerekmemektedir. Kat irtifakının henüz kurulmadığı hallerde, bağımsız bölümlere özgüleme söz konusu olamayacağından, arsanın belli bir payı da satış şeklinde gösterilerek yükleniciye devredilmiş olabilir. Tapuda satış olarak belirtilmesine karşın gerçekte satış olmayıp, devir işleminin hukuki nedeni inşaat sözleşmesinde belirtilen arsa payları karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesidir. Bu halde de, iş sahibi lehine yükleniciye devredilen arsa veya payları üzerine ipotek

⁷⁶ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 29-30; Erman, İnşaat, s. 13; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 31; Yener, Arsa Payı, s. 4; Yavuz, Özel Hükümler, s. 488; Helvacı, Kat İrtifakı, s. 291.

⁷⁷ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 30; Yavuz, Özel Hükümler, s. 488.

⁷⁸ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 29-30; Erman, İnşaat, s. 11; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 28; Yavuz, Özel Hükümler, s. 488.

konulmaktadır. Bu çeşit uygulamaya daha çok, taşınmazda kat irtifakının kurulmadığı durumlarda iş sahibinin bu tür yükümlülüklerini azaltmak amacıyla başvurulmaktadır⁷⁹.

1.1.6.4. Arsa Paylarının Satış Vaadi Yoluyla Devri

İş sahibi belli arsa paylarının satışını vaat edip, yüklenici de, bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt edebilmektedir. Bu tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, noter tarafından düzenlenen satış vaadi ve inşaat sözleşmesi tek bir sözleşme bünyesinde birleşmektedir. Sözleşmede her iki taraf da borçlu ve alacaklı sıfatını haiz olmaktadır. Sözleşmenin uygulamada en çok görülen türü de budur⁸⁰.

Sözleşme ile taraflara sağlanan hakkın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi için, tapu kütüğüne şerh konulması gerekir. Şerh yok ise, iş sahibinin yükleniciye satışını vadettiği payların mülkiyetini tapuda üçüncü kişilere devri halinde, yüklenici iyi niyetli alıcıya karşı sözleşmeye dayanarak tapu iptali ve tescil davası açamayacaktır. Şerh konulmuşsa, alıcının hakkının tapu kütüğünün açıklığı (alenîliği) ilkesi karşısında üstün olduğu kabul edilmeyecektir⁸¹.

⁷⁹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 30; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 29; Yener, Arsa Payı, s. 4; Yavuz, Özel Hükümler, s. 488.

⁸⁰ Erman, İnşaat, s. 13; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 32; Yener, Arsa Payı, s. 3; Yavuz, Özel Hükümler, s. 489.

⁸¹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 34-35; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 32-33.

1.2. YÜKLENİCİNİN ASLİ EDİM BORCU ve DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1.2.1. Asli Edim Borcu (Teslim Borcu) ve Bu Kapsamdaki Diğer Borçlar

1.2.1.1. Genel Olarak

Borç ilişkilerinde borçluyu alacaklıya bağlayan ve borçlunun ifa etmesi gereken yükümlülükler edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılır. Edim yükümlülüğü ise kendi içerisinde asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü olmak üzere ikiye ayrılır⁸². Sözleşmenin tipini belirleyip, sözleşmeye ruhunu veren edim yükümlülükleri asli edim yükümlülükleridir⁸³. Bunlar yan yükümlülüklerden bağımsız olarak doğrudan doğruya ifası talep edilebilen yükümlülüklerdir⁸⁴. Yan edim yükümlülükleri ise sözleşme açısından asli nitelik taşımayan, asıl edimin amacına uygun şekilde yerine getirilmesine hizmet eden, asıl edimin varlığıyla anlam kazanan edim yükümlülükleridir. Yan yükümlülükler ise asli edim yükümlülüğüne bağımlı bir nitelik taşır. Bağımsız bir nitelikleri olmadığı için borçlu bunlara aykırı davranırsa da bağımsız bir ifa davası açamaz. Alacaklı, yan yükümlülüklerin ihlali durumunda yalnızca doğan zararın tazminini isteyebilir⁸⁵.

TBK m. 471-478 (eBK m. 356-363) maddeleri, eser sözleşmeleri açısından yüklenicinin yükümlülüklerini belirleyen maddeler olup çalışma konumuz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından da uygulama alanı bulmaktadır. Bu maddelere göre; yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, inşaatı meydana getirip bunu teslim etmekten ibarettir. Burada yüklenicinin yapmak ve teslim etmek olmak üzere

⁸² Eren, Genel Hükümler, s. 31; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 26; Buz, Dönme, s. 113.

⁸³ Eren, Genel Hükümler, s. 31; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 26; Buz, Dönme, s. 113.

⁸⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 32.

⁸⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 37; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 27-28; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, DEÜHF Yayınları, 1995, s. 19; Şahin, Teslim Borcu, s. 27-28; Buz, Dönme, s. 113-114.

iki ana borcu varsa da, esasen meydana getirme (iş görme) borcu, teslimden ayrı ve bağımsız olarak mevcut olan bir asli edim yükümlülüğü niteliğinde değildir. Zira, inşaatın meydana getirilmesi aşamasında henüz ortada muaccel ve talep edilebilir bir borç yoktur. Bu noktada TBK m. 473/I (eBK m. 358/I)'deki hükümden, teslimden ayrı ve bağımsız, asli edim yükümlülüğü içeren bir meydana getirme borcunun mevcut olduğu anlamı çıkabilmektedir fakat bu doğru değildir. Zira, maddenin alacaklıya sağlamış olduğu imkanın kullanılması için aranan seçimlik üç durumdan biri mevcut olsa dahi, alacaklının inşaatın meydana getirilmesini talep ve dava hakkı yoktur. Alacaklı, TBK m. 473/I'de sayılan durumlardan birinin mevcudiyeti halinde yalnızca sözleşmeden dönme imkanına sahiptir. Yani meydana getirme aşamasında iş sahibinin sebep olmadığı gecikmelerin yahut yükleniciden kaynaklanan işi savaştıklarının ya da işe başlanmamasının akabinde iş sahibi bu süreçte ifayı talep ve dava edemez. İş sahibine tanınan hak yalnızca sözleşmeden dönmektir. Bu sebeplerden, ayrı bir muacceliyete ve dava edilebilirliğe sahip olmayan meydana getirme borcu asli edim borcu niteliğinde değildir. Yüklenicinin asli edim borcu olan teslim borcunun muhteviyatına dahil bulunan ve ondan ayrı olarak değerlendirildiğinde anlam ifade etmeyen eseri meydana getirme (iş görme) borcu, teslimi gerçekleştirilmeye yönelik tüm süreci kapsamaktadır. Bunun dışında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine has özellik taşıyan, yapı ruhsatı ve kullanma izninin alınması, kat irtifakı ve kat mülkiyetinin kurulması ile vergilerin ödenmesi gibi, yan edim yükümlülüğü olarak nitelenebilecek başka borçlar da bulunmaktadır⁸⁶.

Yüklenicinin bunun yanında, asli edim yükümlülüğünden (teslim borcundan) doğan bir takım yan yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bunlar iş görme ediminin iyi bir biçimde ifası ve inşaatın sözleşmeye uygun şekilde, eksiksiz ve ayıpsız meydana getirilmesi amacına yöneliktir⁸⁷.

⁸⁶ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 83-84; Şahin, Teslim Borcu, s. 111; Kurt, Temerrüt, s. 56; Eren, Genel Hükümler, s. 36; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 185.

⁸⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 37-38; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 273; Buz, Dönme, s. 113; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 67 vd.

Yüklenicinin yükümlülükleri (borçları) manasında tasnif yapılırken inşaatın teslimine kadar olan süreç ve teslimle birlikte başlayıp devam eden süreci ayrı başlıklarda incelemeyi uygun buluyoruz. Buradan hareketle, ilk olarak teslimi gerçekleştirme amacına yönelmiş bulunan, eseri (inşaatı) meydana getirme borcu hakkında açıklamalarda bulunulacak ve sonrasında teslim borcuna temas edilecektir. Yan yükümlülükler ise, yapılan tasnif uyarınca ilgili olduğu dönemlere ilişkin olmak üzere alt başlıklarda yer bulacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine has olarak uygulamada görülen, asli edim yükümlülüğüne bağlı diğer bir takım (yapı ruhsatı ve kullanma izninin alınması, kat irtifakı ve kat mülkiyetinin kurulması gibi) yan edim yükümlülükleri ise ayrı bir başlık altında incelenecektir.

1.2.1.2. İnşaatı Meydana Getirme Borcu

1.2.1.2.1. İşi Kendi Sağlayacağı Araç - Gereç ve Malzemeyle Yapma Borcu

TBK m. 471/IV uyarınca, aksine anlaşma yapılmadıkça, yapılacak iş için gerekli her türlü araç - gereç yüklenici tarafından sağlanmalıdır. Buna göre yüklenici, inşaatın başlangıcından tamamlanmasına kadar kullanılacak her türlü inşaat gerecini, örneğin, iş makinalarını, hafriyat, beton döküm, işçi ve ustaların kullanacakları araçlar v.b. temin etmekle yükümlüdür⁸⁸. Bunun sonucu olarak, aksi belirtilmedikçe, yüklenici inşaat için gerekli araç gereç temin masraflarını, daha sonra arsa sahibinden nakdi yahut ilave arsa payı olarak talep edemez. Sözleşmede karşı edim olan, yükleniciye devredilecek arsa payları miktarı belirlenirken, bu masrafların da hesaba katılarak belirlendiği kabul edilir⁸⁹.

⁸⁸ Öz, İnşaat, s. 108; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 505; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 274; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 68; Kurt, Temerrüt, s. 63; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 242.

⁸⁹ Öz, İnşaat, s. 109; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 243; Yavuz, Özel Hükümler, s. 466.

Yüklenici kullandığı araç - gereçler yüzünden işin gecikmesi veya ayıplı olması durumunda iş sahibine karşı sorumludur⁹⁰.

Malzeme kavramı ise, eserin meydana getirilmesinde kullanılan ve onun bünyesine dahil olan maddeleri ihtiva eder. Tuğla, çimento, demir, kum, çakıl, boya, kapı, pencere, lavabo gibi maddeler malzeme olarak kabul edilirken; inşaatın üzerine yapılacağı arsa ve inşaat planları malzeme sayılmamaktadır⁹¹. Araç-gereç sağlama borcu aksi kararlaştırılmamışsa yükleniciye ait olmakla birlikte, inşaatın meydana getirilmesinde kullanacak malzemeyi sağlama borcu hakkında Kanun'da açık bir düzenleme yoktur. Ancak doktrinde, TBK m.471/IV hükmünün zıt anlamından hareketle, aksi kararlaştırılmadıkça, eser sözleşmesinde malzeme sağlama borcunun iş sahibine ait olduğu kabul edilmekte⁹² ancak inşaat sözleşmeleri uygulamasında bu kuralın tersinin geçerli olduğu belirtilmektedir⁹³. Zira, Kanun'un malzeme masraflarını kural olarak iş sahibine yüklediği kabul edilse bile ticari teamüller sonucu hemen her inşaat sözleşmesinde bedel belirlenirken malzeme masrafının hesaba katıldığı yani yükleniciye ait olduğu kabul edilmektedir⁹⁴.

TBK m. 472/I hükmü uyarınca, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda, kullanılan malzemenin ayıplı olmasından dolayı yüklenicinin iş sahibine karşı sorumluluğu vardır. Buna göre yüklenici malzemeyi iyi cinsten seçmek

⁹⁰ Öz, İnşaat, s. 109; Kurt, Temerrüt, s. 64; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 191-193; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 68.

⁹¹ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 505-506; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 105; Aral, Ö.B.İ., s. 344; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 69; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 23; Kurt, Temerrüt, s. 63; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 56; Yavuz, Özel Hükümler, s. 451.

⁹² Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 507; Kurt, Temerrüt, s. 63; Kaplan, İnşaat Hukuku, s. 55; Aksi görüşte: Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 105; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s. 217; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 35; Erzurumluoğlu, Ö.B.İ., s. 174; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 413.

⁹³ Kurt, Temerrüt, s. 63.

⁹⁴ Öz, İnşaat, s. 109; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 246.

zorundadır⁹⁵. Malzemenin “iyi cinsten” olup olmadığını belirlemede tarafların anlaşmalarında belirledikleri standartlar önem taşımaktadır. Bu standarda uygunluk kriteri aranmalıdır. Böyle bir anlaşma bulunmuyorsa, aranacak kalite düzeyi iyi niyet kurallarına uygun olarak iş sahibinin yükleniciden bekleyebileceği seviye olmalıdır. Bu durumda TBK m. 86 hükmüne göre, malzeme en azından orta kalitede olmalıdır⁹⁶ (TBK m. 86).

1.2.1.2.2. İşi Bizzat Yapmak veya Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu

TBK m. 471/III c.1’e göre, yüklenici kural olarak eseri şahsen meydana getirmek ya da kendi yönetimi altında yaptırmak zorundadır. Bu düzenleme, yüklenicinin şahsını ve onun kişisel yeteneklerini göz önünde bulundurarak sözleşme ilişkisine giren iş sahibi nezdinde, kural olarak bu özelliklerin önemsiz olmadığı düşüncesine dayanmaktadır⁹⁷. Ancak yüklenicinin inşaatı meydana getirme ediminin kişisel nitelikte olduğunun kabulü uygulama açısından fiziki ve mantıki imkansızlık dolayısıyla düşünülemese de, yüklenicinin eseri kural olarak kendi denetimi altında yaptırması gerektiği kabul edilmektedir. Zira, uygulamada yüklenici, inşaatın gerçekleştirilmesinde bilfiil bedensel olarak ve/veya fikri emek vererek çalışmayıp, çalışacak kişileri bir araya getirir ve onları uygun şekilde yönetir. TBK m. 471/III c.2 hükmü ile ise, işin mahiyetine göre yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemi yoksa, yüklenicinin işi başkasına da yaptırabileceği ifade edilmek suretiyle, eserin yüklenici tarafından şahsen veya şahsi denetimi altında meydana getirilmesine ilişkin kurala istisna getirilmiştir.

⁹⁵ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 506; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 191; Kurt, Temerrüt, s. 64; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 245; Duman, İnşaat Hukuku, s. 203; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 414; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 34-35; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 97.

⁹⁶ Kurt, Temerrüt, s. 63-64; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 73; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 506; Aral, Ö.B.İ., s. 346; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 69; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 192; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 245-246; Duman, İnşaat Hukuku, s. 203; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 97; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 147.

⁹⁷ Aral, Ö.B.İ., s. 336; Kurt, Temerrüt, s. 56-57; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 71; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 74-75.

İnşaat yapımının yüklenicinin şahsi denetimi altında meydana getirildiği durumlarda yüklenicinin, istihdam ettiği şahıslar ile arasında bir bağımlılık ilişkisi vardır. Yüklenici, bu kişileri seçmede, çalıştırmada ve denetlemede gereken özeni göstermelidir. Burada çalıştırılan işçiler, mühendisler, mimarlar, müdürler TBK m. 116 uyarınca ifa yardımcısı konumundadırlar⁹⁸.

TBK m. 471/III c.1'e göre sözleşmenin, yüklenicinin kişisel beceri ve sair özellikleri göz önünde tutularak belirli bir yüklenici ile kurulması halinde, yüklenicinin söz konusu maddedeki inşaatı şahsen veya şahsi yönetimi altında meydana getirme borcunun ihlali durumunda, sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir durum söz konusu olur. Bu durumda iş sahibinin bir zararı meydana gelirse, iş sahibi ya TBK m. 116'ya dayanarak ya da sözleşmenin müsbet ihlali gerekçesiyle TBK m. 112'ye (eBK m. 96) dayanarak yükleniciden tazminat talebinde bulunabilir⁹⁹.

Kanun koyucu, TBK m.471/III c.2 hükmüyle, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği hallerde, yüklenicinin işi başkasına yaptırmasına cevaz vermiştir. Bu durumda yüklenici, işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye yaptırabilir.

İnşaat sözleşmelerinde işin tamamen veya kısmen alt yükleniciye yaptırılabilmesi hususunda geçen süreç içerisinde görüş farklılığı olmuştur. İnşaat sözleşmelerinin kuruluşunda yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olduğuna ilişkin görüş sonraları, yüklenicinin şahsi yeteneklerinin sözleşme açısından kural olarak belirleyici olmadığı şeklinde değişiklik göstermiştir¹⁰⁰.

⁹⁸ Öz, İnşaat, s. 52; Kurt, Temerrüt, s. 58; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 72; Yavuz, Özel Hükümler, s. 447; Duman, İnşaat Hukuku, s. 169-170; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 91.

⁹⁹ Şenocak, İfa Yardımcıları, s. 113; Kurt, Temerrüt, s. 58.

¹⁰⁰ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 71; Duman, İnşaat Hukuku, s. 169; Yavuz, Özel Hükümler, s. 446; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 248-249; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 91. Kurt, Temerrüt, s. 60, dn. 159 ve 160'da belirtildiği üzere Yargıtay 15. HD.'nin 07.07.1975 T., 3149 E., 3436 Sayılı Kararı'nda; "(...) Sosyal ve ekonomik hayatın akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, anahtar teslimi olarak adlandırılan sözleşmelerdendir. İnşaatın bir bütün olarak yapımının üstlenildiği bu sözleşmelerde yüklenicinin, işi alt yüklenicilere bırakabileceği kabul edilmektedir¹⁰¹. Zaten bir binanın tamamının yapımını üstlenen bir yüklenicinin, inşaatla ilgili bütün işlerin uzmanı olması beklenemez. O halde, işin tamamını yerine getirmeyi üstlenen yüklenici, işin bazı kısımlarını veya tamamını çeşitli alt yüklenicilere yaptırabilir. Örneğin; kaba inşaatın, boya işlerinin veya elektrik işlerinin yapımı gibi işler o alanlarda çalışan alt yüklenicilere devredilebilir. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır¹⁰².

Alt yüklenici; yüklenicinin, kendi nam ve hesabına yaptığı “alt eser sözleşmesi” ile eseri meydana getirme borcunun ifasını tamamen veya kısmen bıraktığı ifa yardımcısıdır. İşin uzmanı olan alt yüklenici, kural olarak, işin görülmesinde yükleniciden bağımsız hareket eder. Ancak bunun aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Yüklenicinin alt yükleniciye işi gördürmeye yetkili olduğu hallerde, onun alt yüklenicinin eylemlerinden ötürü iş sahibine karşı sorumluluğu, TBK m. 116 (eBK m. 100) hükmüne dayalıdır¹⁰³. Yüklenici, sadece alt yüklenicilerin değil, alt yüklenicilerin istihdam ettiği kişilerin veya alt yüklenicilerin

isteyen bir şey olmakla eser sözleşmesinde esas tutulacak kişisel nitelikler arasında yüklenicinin özel mesleki bilgisi, kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık olması, tecrübesi, denenmiş olması ve ünü gibi kişisel ve malvarlığına ilişkin özellikler sayılabilir.(...)” şeklinde bir görüş söz konusu iken, aynı daire 01.01.1995 T., 1995/15-652 E., 3436 K. sayılı kararında ise; “(...) somut olayda, yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez.(...)” şeklindeki ifade ile görüşte değişikliğe gitmiştir.

¹⁰¹ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 80; Erman, İnşaat, s. 40-41; Ayan, Temerrüt, s. 27; Kurt, Temerrüt, s. 60; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 73; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 100; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 77 vd.; Duman, İnşaat Hukuku, s. 170; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 91. Karşı görüşte: Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 273.

¹⁰² Yargıtay 15. HD. 10.12.1990 T., 2197 E./2583 K. sayılı kararında, “(...) Sözleşmede inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti etkili görülmemiştir.(...)” hükmüne yer verilmiştir. Karar için bkz. Kurt, Temerrüt, s. 60, dn. 163.

¹⁰³ Tandoğan, Ö.B.İ., C. II, s. 77; Şenocak, İfa Yardımcıları, s. 59-60; Kurt, Temerrüt, s. 61; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 92; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 99-100; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 65; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 79-80; Duman, İnşaat Hukuku, s. 171; Yavuz, Özel Hükümler, s. 450; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 354-355; Erzurumluoğlu, Ö.B.İ., s. 173; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 34.

başvurduğu ikinci derecede alt yüklenicilerin inşaat sözleşmesine aykırı eylemlerinden ötürü de, iş sahibine karşı TBK m. 116 (eBK m. 100) çerçevesinde sorumludur¹⁰⁴.

1.2.1.2.3. İşe Zamanında Başlamak ve Devam Etmek Borcu

1.2.1.2.3.1. Genel Olarak

Bir şey teslimini veya bir işin tamamlanmasını hedef alan ani edimli sözleşmelerde, ifanın vade günü gerçekleştirilmiş olunması yeterlidir. Bundan önceki çalışmalar sadece borçluyu ilgilendiren hazırlık safhası niteliğindedir. Alacaklının (iş sahibinin), borcun ifasının imkansızlaşması ve borçlunun acze düşmesi halleri dışında, borçluya (yükleniciye) karşı yöneltebileceği bir talep kural olarak yoktur. Ancak genel olarak eser sözleşmelerinde ve bu kapsamda inşaat sözleşmelerinde ifaya hazırlık çalışmaları özel bir öneme sahiptir ve kanun koyucu özel bir düzenleme getirerek iş sahibine bu safhada ileri sürebileceği bir takım haklar tanımıştır. TBK m. 473/I (eBK m. 358/I)'de yer alan bu düzenlemeye göre, yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirir ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan bir gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim vadesini beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

Doktrinde, genel olarak kabul edilen görüş uyarınca; TBK m. 473/I (eBK m. 358/I) hükmünün, henüz iş görme sürecinde iken yükleniciyi temerrüde düşürmeyi sağlayan bir düzenleme olduğu belirtilmektedir¹⁰⁵. Buna göre hükmün amacı ileride

¹⁰⁴ Şenocak, İfa Yardımcıları, s. 59-60; Kurt, Temerrüt, s. 62; Yavuz, Özel Hükümler, s. 449; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 354-355.

¹⁰⁵ Aral, Ö.B.İ., s. 354; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 113; Yener, Arsa Payı, s. 47-48; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 79; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 46; Erman, İnşaat, s. 69; Yavuz, Özel Hükümler, s. 453; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 78; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 27; Şenocak,

zaten temerrüde düşeceğini belli etmiş olan yükleniciye karşı, iş sahibine borçlu temerrüdündeki hakları vadeden önce tanımaktır. Böylece TBK m. 473/I hükmü, TBK m. 123-125 hükümlerinde düzenlenen temerrüt sonuçlarını, bazı şartlarda, henüz eseri teslim borcunun muaccel olmadığı bir zamana taşımış olacaktır. Buna göre, şartlar oluştuğunda, iş sahibi vadeyi beklemeksizin önce TBK m. 123 uyarınca yükleniciye uygun bir ek süre verecek (şayet TBK m. 124 şartları varsa süre vermesi gerekmeyecek), ardından TBK m. 125 uyarınca, ifa ve gecikme tazminatı istemek, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istemek ve sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini istemek şeklindeki seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Doktrinde genel kabul gören bu görüşün aksine¹⁰⁶, ÖZ açıklamasında¹⁰⁷, eBK m. 358 (TBK m. 473)'de sözleşmeden dönme dışında bir haktan söz edilmediğini belirtmekte ve yukarıda ifade edilen çözümün yalnızca, inşaat sözleşmelerinin sürekli edimli borç ilişkisi olarak nitelendirilmesiyle mümkün olabileceğinden söz etmektedir. Zira, ancak bu halde işin tamamlanması ve teslimi aşaması gelmeden önce yapılan iş kısmı, bir ifaya hazırlık değil, doğrudan doğruya ifa sayılabilir. Böylece, işin teslimi için kararlaştırılan vade gelmeden de yüklenicinin borcu muaccel olmuş sayılabilir. Yüklenicinin edim borcunun niteliği hususunda katıldığımız görüş¹⁰⁸ uyarınca da, eser sözleşmeleri ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşme sayıldığından, vade tarihinden önceki fiiller ifa değil, ifaya hazırlık çalışmaları olarak sayılacaktır. Böylece henüz bu aşamada borçlu temerrüdü söz konusu olmayacaktır. Bu düşünce doğrultusunda, TBK m. 473/I hükmü, yüklenicinin temerrüt durumunu düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirilmemelidir. Bu hüküm yalnızca, eser sözleşmesinde ifanın hazırlık

Ayıbın Giderilmesi, s. 25; Kurt, Temerrüt, s. 66-67; Aydınçık, Nama İfa, s. 188; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 92; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 450-451; Duman, İnşaat Hukuku, s. 317; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 37; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 83; Bilge, İnşaat, s. 34.

¹⁰⁶ Doktrindeki baskın düşüncenin aksi yönde görüşe sahip Gümüş'e göre de TBK m. 473 hükmü genel hükümler m. 125'deki diğer seçimlik hakların kullanılabilmesine imkan vermez (Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 39). Aynı yönde: Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 103-104.

¹⁰⁷ Öz, Dönme, s. 48 vd.

¹⁰⁸ Eser sözleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi oluşturduğu düşüncesi için bkz. s. 28-29. Bu görüşteki yazarlar için bkz. s. 27, dn. 51.

safhasının taşıdığı özel önemin kanun koyucu tarafından dikkate alınması sonucunda, iş sahibine, yüklenicinin teslim borcunu ifada temerrüde düşmesinden önce de sözleşmeden kurtulma imkanı tanıyan özel bir düzenleme olarak nitelendirilmelidir. Bu hüküm, genel hükümlerdeki borçlu temerrüdü düzenlemesinin bir tekrarı değildir. Yalnızca eser sözleşmeleri için, dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için de kıyasen uygulanabilecek olan özel bir hüküm niteliğindedir. Sonuç olarak, anlam genişletilerek yahut kıyas uygulanarak, özel hükümlerde, belli bir sözleşme türüne ait olarak düzenlenen bu hükmün genel hükümlerdeki (TBK m. 123-125) temerrüde ait diğer seçimlik hakları da kapsar şekilde uygulanması mümkün olmamalıdır¹⁰⁹. Bu görüşe karşın, yüklenicinin ifa yerine müspet zararının tazminini istemesi halinde sözleşmeyi feshetmeyip vadeye kadar beklemekten başka çaresi kalmayacağına dikkat çekilerek itiraz edilebilirse de; maddi bir yapma edimi borçlusunun borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak ortaya koyması ifa imkansızlığı sayıldığından iş sahibi TBK m. 112 uyarınca yükleniciden müspet zararının tazminini isteyebilir¹¹⁰. Ayrıca bu durumda iş sahibi TBK m. 113/I uyarınca; masrafı yükleniciye ait olmak üzere işin kendisi veya başkası tarafından yaptırılmasını mahkemeden talep edebilme imkanına da sahip olacaktır¹¹¹.

¹⁰⁹ Öz, İnşaat, s. 113-114; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 103.

¹¹⁰ Öz, Dönme, s. 51; Serozan'a göre ise, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini daha borcunun muaccel olmasından önce açıkça duyurması, ek süre verilmesini gerektirmeyen borçlu temerrüdü mekanizmasını henüz harekete geçirmeye yetmez, olsa olsa ek koşullarla alacaklının güvenini çökertme şeklinde sözleşmenin müspet ihlali mekanizmasını harekete geçirebilir. (Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 227).

¹¹¹ Öz, İnşaat, s. 114.

1.2.1.2.3.2. TBK m. 473/1 Hükümünün Uygulanmasında Yüklenicinin Kusurunun Aranmaması ve Gecikmenin İş Sahibine Yüklenememesi Gereği

TBK m. 473/I'de sayılan dönme sebepleri, yüklenicinin kusuru olmadan ortaya çıksa dahi, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹¹². Şu halde, işe hiç başlanmaması veya çalışmaların gereğinden yavaş yürütülmesi ya da işin vadede teslim edilemeyeceğinin anlaşılması üzerine, bu durum yüklenicinin kusuru olmaksızın ortaya çıkmış olsa bile iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Ancak bu dönme sebeplerinin yüklenicinin sözleşmeye aykırı tutumu ile uygun nedensellik bağı içinde bulunması gerekir. Öngörülmesi mümkün olmayan sebeplerle işe başlanamaması, ertelenmesi yahut teslimin vadeye yetişemeyeceğinin anlaşılması durumlarında, iş sahibi sözleşmeden dönemez. Keza, gecikmeler iş sahibinin sorumluluk alanından doğan sebeplerden kaynaklanmışsa, yüklenici işe başlama ve sürdürme yükümünü ihlal etmiş olmaz ve sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz. Örneğin, inşaat yapılmak üzere seçilen arsanın imar durumunun iş için elverişli olmadığı anlaşılması durumunda sözleşme hükümsüz kalacaktır ve işe başlanamaması sebebiyle m. 473/I hükmü uygulanamayacaktır¹¹³. Zira, yükleniciden inşaata başlamasının istenebilmesi için arsanın ayıpsız yani inşaata elverişli şekilde teslimi gerekir.

İş sahibinin üzerine düşen yükümü yerine getirmemesi sebebiyle TBK m. 473/I'deki durumların ortaya çıkması halinde de, yüklenici işe başlama ve sürdürme yükümünü ihlal etmiş olmaz. Örneğin, sözleşme gereğince proje ve talimatları

¹¹² Öz, Dönme, s. 52; Aral, Ö.B.İ., s. 355; Hüseyin Altaş, **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı**, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 98-99; Şahin, Teslim Borcu, s. 207; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 104; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 87; Duman, İnşaat Hukuku, s. 313; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 452; Yavuz, Özel Hükümler, s. 453; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 93 vd.

¹¹³ Karataş, İnşaat, s. 283; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 99; Yener, Arsa Payı, s. 49-50; Şahin, Teslim Borcu, s. 207-208; Duman, İnşaat Hukuku, s. 313-314; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 452; Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 99; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 88.

vermesi gereken iş sahibinin bunu yeterince sağlayamaması sebebiyle işin durması veya yavaşlaması durumunda artık iş sahibi sözleşmeden dönemez.

1.2.1.2.3.3. İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı Doğuran Durumlar

TBK m. 473/I'e göre iş sahibine ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkı veren durumlar şunlardır:

- İşe başlamakta gecikme
- Sözleşme hükümlerine aykırı olarak iş görme faaliyetlerinin gecikmesi
- İnşaatın tamamlanmasının kararlaştırılan tarihe yetişmeyeceğinin

anlaşılması

Bu üç duruma ek olarak, TBK m. 473/II'de düzenlenen, eserin ayıplı olacağının belli olması üzerine hasar ve masrafı yükleniciye ait olmak üzere, iş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırabileceği durumlarda, somut sözleşmedeki iş, niteliği gereği o yükleniciden başkasına yaptırılmıyorsa, bu durumda da ifa zamanı beklenilmeden sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir.

Edimin ifasının objektif olarak imkansızlaşması, ödemezlik def'inin ileri sürülebilecek olması, iş sahibinin yapmakla yükümlü olduğu kararlaştırılan ifaya hazırlık ve iş birliği gibi faaliyetlerin yapılmamış olması TBK m. 473/I hükmünün uygulanmasını engeller¹¹⁴.

¹¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 512; Öz, Dönme, s. 53; Aral, Ö.B.İ., s. 355-356; Duman, Kat Karşılığı İnşaat, s. 90; Duman, İnşaat Hukuku, s. 313; Erman, İnşaat, s. 70; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 452; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 113; Şahin, Teslim Borcu, s. 207-208; Yener, Arsa Payı, s. 49-50; Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 99; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 88.

1.2.1.2.3.3.1. İşe Başlamakta Gecikme

İş sahibine TBK m. 473/I uyarınca ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkı tanıyan üç durumdan biri ‘yüklenicinin işe başlamadaki gecikmesi’dir. Bu durumda, yüklenicinin inşaatı yapma faaliyetlerine hiç başlamaması söz konusudur. Bu hüküm kural olarak, sadece işin tamamlanması tarihinin sözleşmede saptanmamış olduğu durumlarda başlı başına sözleşmeden dönmeye gerekçe olabilir. İfa tarihinin taraflarca önceden saptanmış olduğu durumlarda, ancak aynı maddenin üçüncü bendindeki ‘gecikme yüzünden inşaatın vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması’ hükmüne dayanarak sözleşmeden dönülebilir. Böyle bir durumda sözleşmeden dönme hakkına başvurulabilmesi için inşaatın kararlaştırılan vadeye yetişmeyeceğinin kesin olarak anlaşılması gerekir.

Sözleşmede, inşaatın tamamlanması için saptanan sürenin, yüklenici çalışmaya başladıktan sonra işleyeceği kararlaştırılmışsa ve yüklenici işe hiç başlamamışsa, “işe başlamadaki gecikme” sebebine dayanarak sözleşmeden dönmek mümkündür¹¹⁵. Bu halde vadesi saptanmamış sözleşme söz konusudur ve yüklenici makul süre içinde işe başlamalıdır¹¹⁶.

İşe ne zaman başlanacağı sözleşmede belirlenmişse ve yüklenici de bu tarihte iş görme faaliyetine başlamamışsa, iş sahibi TBK m. 473/I gereğince sözleşmeden dönebilecektir. İş görme faaliyetine ne zaman başlanacağı sözleşmede belirlenmemişse, iş sahibi TBK m. 90’a kıyasen yükleniciden derhal işe başlamasını isteyebilir.

Dönme hakkının kullanılabilmesi için, TBK m. 123’deki süre verme hükmüne kıyasen yükleniciye işe başlaması için bir süre verilmesi gerektiği

¹¹⁵ Erman, İnşaat, s. 71; Duman, Kat Karşılı İnşaat, s. 90; Şahin, Teslim Borcu, s. 207; Karataş, İnşaat, s. 129; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 85; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 104.

¹¹⁶ Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 85; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 105; Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 100.

çoğunluk tarafından kabul edilmektedir¹¹⁷. Ancak bu durumda kanunda aranmayan ek süre verilmesi şartının kıyas yoluyla getirilmesinin yanlış ve aslında gereksiz de olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸.

TBK m. 473/I hükmünün uygulanabilmesi için süre verilmesi gerektiği kabul edildiğinde bu süre, borçlu temerrüdündeki gibi ifanın gerçekleşmesi için değil fakat hazırlama faaliyetlerine girişilmesi için verilecektir. Söz konusu sürenin uygun olup olmadığı eserin tamamlanması bakımından değil, işe başlamak bakımından değerlendirilir. Bununla birlikte TBK m. 124’de ifade edilen süre verilmesine gerek olmayan hallerin varlığında bu yola gitmeye gerek yoktur. Örneğin; işin yapılmasındaki gecikme tüm tahminlere göre yüklenicinin işi belli bir zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecedeyse mehil (ek süre) verilmesine gerek yoktur¹¹⁹. TBK m. 124 hükümlerine kıyasen, yüklenicinin hal ve vaziyetinden verilecek uygun sürede işe başlamayacağını anlaşılmaması yahut inceleme konumuz olan sözleşmede pek mümkün olmamakla birlikte, işe zamanında başlanılmaması yüzünden artık inşaatın gereken zamanda tamamlanamayacağını anlaşılmaması ve bu yüzden inşaatın bitirilmesinin iş sahibi için artık yararsız olması hali ile sözleşmede işe başlama tarihinde yüklenicinin işe başlamaması üzerine artık çalışmanın kabul edilmeyeceğinin kararlaştırılmış olması durumlarında, süre verilmeksizin sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir¹²⁰.

¹¹⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 84; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 117; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 451; Duman, İnşaat Hukuku, s. 315; Erman, İnşaat, s. 73; Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 104-105; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 25; Şahin, Teslim Borcu, s. 209; Yener, Arsa Payı, s. 50; Kurt, Temerrüt, s. 67; Yavuz, Özel Hükümler, s. 453; Erzurumluoğlu, Ö.B.İ., s. 174.

¹¹⁸ Öz, Dönme, s. 62; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 105.

¹¹⁹ Erman, İnşaat, s. 74; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 116-117; Yavuz, Özel Hükümler, s. 453; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 25; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 145; Duman, İnşaat Hukuku, s. 315; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 237; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 50-51; Şahin, Teslim Borcu, s. 209; Yener, Arsa Payı, s. 50-51; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 455; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 84; Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 105.

¹²⁰ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 420 vd.; Öz, Dönme, s. 55 vd.; Şahin, Teslim Borcu, s. 209; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 51.

1.2.1.2.3.3.2. İş Görme Faaliyetlerinin Gecikmesi

İş görme faaliyetlerinin gecikmesi durumda yüklenici işe başlamakta fakat işin görülmesi o işin niteliği bakımından gerçekleşmesi gereken normal çalışma hızından daha yavaş yürümektedir yahut başlamış olan iş kesintiye uğramakta, faaliyete ara verilmektedir.

Çalışmaların benzer işlere oranla yavaş ilerlemesi tek başına bu koşulu gerçekleştirmeye yetmez. Somut olayın niteliklerine göre iş görme faaliyetlerinin daha hızlı sürdürülmesi yükleniciden beklenebilir olmalıdır. Örneğin, inşaatın yapıldığı arazinin elverişsizliği yüzünden çalışmalar diğer inşaatlara göre yavaş ilerliyorsa bu durum başlı başına sözleşmeden dönme hakkı vermez. Kısım kısım devri gereken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde muacceliyet kazanan kısma ait arsa payı devir yükümlülüğü arsa sahibince yerine getirilmezse, yüklenici TBK m. 97 uyarınca işi durdurabilir. Bu durumda da iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı gibi borçlu temerrüdüne düşebilir¹²¹.

Bu hükme dayanarak dönme hakkının kullanılabilmesi için de TBK m. 123 anlamında yükleniciye süre verilmesi ve bu sürenin, inşaatın tamamlanmasına değil, çalışma temposunun normal düzeye çıkarılmasına veya çalışmaların tekrar başlamasına ilişkin olması gerektiği ifade edilmektedir¹²². Ancak böyle bir durumda kanunda yer almayan ek süre verilmesi şartının esasen gereksiz olması sebebiyle, iş sahibine yüklenemeyeceği de belirtilmektedir¹²³. Eğer iş sahibi, inşaatın bitirilmesi için süre vermişse, bu durumda, işin yavaşlatılması yahut durdurulması gerekçesiyle sözleşmeden dönülemez, iş sahibi ancak takip eden savsaklamalar sonucu işin belirtilen sürede yapılamayacağını anlaşılmaması halinde sözleşmeden dönebilir.

¹²¹ Öz, İnşaat, s. 88-89; Duman, İnşaat Hukuku, s. 314; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 453.

¹²² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 80; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 117; Öz, Dönme, s. 62; Erman, İnşaat, s. 74; Yener, Arsa Payı, s. 51; Duman, İnşaat Hukuku, s. 325.

¹²³ Öz, Dönme, s. 62.

Eseri meydana getirme faaliyetlerinin yavaş yürümesi veya ertelenmesi durumunda da TBK m. 124'deki hallerin varlığı halinde süre verilmesine gerek olmadan sözleşmeden dönülebilir.

1.2.1.2.3.3.3. İşin Tamamlanmasının Kararlaştırılan Vadeye Yetişmeyeceğinin Anlaşılması

İnşaat sözleşmelerinde vadenin belirlenmemiş veya belirsiz olduğu inşaat sözleşmelerine çok az rastlanır. Bu bakımdan, TBK m. 473/I hükmünde düzenlenen, ifa zamanından önce sözleşmeden dönme sebepleri arasında inşaat sözleşmelerinde en çok uygulama alanı bulanı, 'inşaatın tamamlanmasının vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması' sebebiyle sözleşmeden dönmedir.

İfa için vadenin kararlaştırıldığı sözleşmelerde işe başlanmaması veya işin savsaklanması iş sahibine başlı başına sözleşmeden dönme hakkı vermez. İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, vade tarihine kadar inşaatın tamamlanmasının mümkün olmaması gerekir¹²⁴.

Bununla birlikte, sözleşmede sadece işin bitiş tarihi değil, ayrıca işe başlama veya işin belirli aşamalarının bitiş tarihleri de kararlaştırılmış fakat yüklenici bunlara uymamakla birlikte inşaatın tesliminin vadeye yetişmemesi olgusu ortaya çıkmamışsa ne olacaktır? Bu durumda bir ayırım yapılarak çözüme ulaşılabileceği belirtilmiştir¹²⁵. Şöyle ki; bu tarihler belirlenirken bunlara uyulmaması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği veya bu anlama gelen yasal hakları kullanabileceği şeklinde bir ifadeye yer verilmişse, iş vadeye yetişecek olsa bile iş

¹²⁴ Öz, İnşaat, s. 120; Öz, Dönme, s. 60; Yener, Arsa Payı, s. 49; Erman, İnşaat, s. 74; Şahin, Teslim Borcu, s. 205; Duman, İnşaat Hukuku, s. 316; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 455; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 104. Aksi görüşteki Büyükay'a göre ise, işe başlanması için kesin vadenin belirlenmediği durumlarda tarafların farazi iradelerine ve dürüstlük kuralına göre müteahhidin işe başlaması gereken tarih belirlenmeli ve bu tarihe uyulmaması durumunda iş sahibi dönme hakkını kullanabilmelidir. (Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 86).

¹²⁵ Öz, İnşaat, s. 120.

sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Şayet başlangıç ya da ara vadelere uyulmamasına rağmen buna yönelik sözleşmede bir yaptırım öngörülmemişse ve inşaat da vadeye yetişebilecekse, iş sahibi kural olarak sözleşmeden dönememelidir¹²⁶. Ancak iş sahibi, işe başlama veya işin belirli kademelerinin bitiş tarihlerine (ara vadelere) uyulmaması yüzünden telafi edilemeyecek bir zarara uğradığını ispat ederse yahut söz konusu gecikme yüzünden yükleniciye olan güveni esaslı şekilde sarsıldıysa sözleşmeden dönebilecektir¹²⁷.

İşe başlama tarihinin veya işin bazı aşamalarının tamamlanmasına ilişkin tarihlerin ayrıca belirlendiği sözleşmelerde ispat yükü de ters dönmeli, bu tarihleri ihlal eden yüklenici bu duruma rağmen inşaatın vadeye yetişebileceğini ispatla yükümlü sayılmalıdır.

İşin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılmasına rağmen, iş sahibinin sözleşmeden dönmeden önce yükleniciye TBK m. 123 hükmüne kıyasen ihtarda bulunarak mehil vermesini önerenler¹²⁸ varsa da, buna lüzum yoktur¹²⁹. Zira, işlerin hızlandırılması ile vadeye yetişmesi mümkün ise, esasen iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı henüz doğmamış demektir. Yok eğer işler hızlandırılrsa bile vadeye yetişmeyeceği belli ise veya yüklenicinin durumundan işi hızlandırmayacağı kesin olarak anlaşılıyor ise, TBK m. 473 hükmünde aranmayan ve yararsız olacağı belli olan bir ihtar yükümünü iş sahibine yüklememek gerekir¹³⁰.

¹²⁶ Yener, Arsa Payı, s. 51-52; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 83; Duman, İnşaat Hukuku, s. 319.

¹²⁷ Öz, Dönme, s. 60.

¹²⁸ Kurt, Temerrüt, s. 67; Yener, Arsa Payı, s. 50-51; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 84; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 117; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 451; Duman, İnşaat Hukuku, s. 325; Erman, İnşaat, s. 73; Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 104-105; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 25; Şahin, Teslim Borcu, s. 209; Yavuz, Özel Hükümler, s. 453; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 87.

¹²⁹ Öz, Dönme, s. 62.

¹³⁰ Öz, Dönme, s. 62.

1.2.1.2.3.4. İş Sahibinin TBK m. 473/II Uyarınca İnşaat İşlerini Başkasına Yaptırma Hakkı

TBK m. 473/II’de yer alan “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*” hükmü ile, iş sahibi açısından teslim zamanı beklenmeksizin, henüz yüklenicinin eseri meydana getirdiği döneme ilişkin olarak eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun ifasını talep edebilmesi amaçlanmaktadır. Söz konusu hükümde; inşaat işlerinin sözleşmeye aykırı olarak yapılması halinde yapı sahibinin kendi hakkını bizzat koruma yoluyla aykırılığın engellenmesini sağlama düşüncesi yatmaktadır¹³¹.

TBK m. 473/II hükmünün uygulanabilmesi için, inşaatın yapımı sırasında, yükleniciden kaynaklı sebeple inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapılacağına açıkça anlaşılmış ve bu durumun inşaatın tesliminden önce ortaya çıkmış olması gerekir. İnşaatın tesliminden sonra çıkacak ayıpla ilgili olarak ise TBK m. 474 hükmü uygulanacaktır.

TBK m. 473/II hükmü uygulamasında inşaatın, teslimden önce ayıplı olarak meydana getirildiği açıkça görülmeli ve anlaşılmalıdır¹³². Örneğin; arsa sahibinin yapacağı ara kontrollerde böyle bir durumu açıkça tespit etmiş olmalıdır.

Yapının sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesi değişik sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin; yüklenici üstlendiği inşaat işini yetkisiz olarak alt

¹³¹ Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 107; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 208; Şahin, Teslim Borcu, s. 211-212; Duman, İnşaat Hukuku, s. 327.

¹³² Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 497; Öz, Dönme, s. 62; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 107; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 456; Duman, İnşaat Hukuku, s. 328; Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 106.

yükleniciye devretmiş olabilir. Yüklenici inşaat işini gündüz inşaat metodu yerine gece inşaat metodu ile yapıyor olabilir. Yahut da yüklenicinin inşaatı kullandığı çimento, çelik, kum gibi malzemeler belirlenen ya da beklenilecek olan kalitede olmayabilir. Tüm bu örneklerde yüklenicinin inşaatı sözleşmeye aykırı yaptığı kabul edilir¹³³.

TBK m. 473/II hükmünün uygulanması için inşaatın ayıplı veya sözleşmede belirtilen biçime aykırı olarak yapılacağına açıkça anlaşılmasının yüklenicinin kusurundan kaynaklanması şart olmamakla birlikte yüklenicinin sorumluluk alanından kaynaklanması gerekir. Örneğin, iş sahibinin ayıbın giderilmesine imkan vermemek suretiyle alacaklı temerrüdüne düşmesi veya kendi yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemesi sebebiyle inşaatın ayıplı veya sözleşmede belirtilen vafa aykırı olarak yapılacağına anlaşılması durumunda TBK m. 473/II'deki haklar kullanılamaz¹³⁴.

TBK m. 473/II hükmünün uygulanabilmesi için son şart ise, iş sahibinin vereceği veya verdireceği süre (mehil) içerisinde sözleşmeye aykırılık ya da ayıp giderilmezse, inşaat işlerinin doğacak hasar ve masrafların yükleniciye ait olmak üzere üçüncü kişiye yaptırılacağına ihtar edilmesidir¹³⁵. İş sahibi süreyi bizzat verebileceği gibi bunu hakime de tayin ettirebilir¹³⁶.

¹³³ Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 108; Öz, Dönme, s. 63.

¹³⁴ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 179; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 208-209; Şahin, Teslim Borcu, s. 212; Duman, İnşaat Hukuku, s. 341-342.

¹³⁵ Erman, İnşaat, s. 144; Karataş, İnşaat, s. 210; Şahin, Teslim Borcu, s. 213; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 498; Öz, Dönme, s. 63; Duman, İnşaat Hukuku, s. 342-343; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 456; Altaş, Sözleşmeden Dönme, s. 107.

¹³⁶ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 498; Duman, İnşaat Hukuku, s. 344; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 456.

1.2.1.2.3.5. Yüklenicinin Aczi Durumunda TBK m. 98 Hükümlerinin Uygulanma İmkânı

Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında karşılıklı borçlar içeren tüm sözleşmelere uygulanmak üzere getirilen 98. madde uyarınca, bu gibi sözleşmelerde taraflardan birinin borcunu ifadan aciz olması ve özellikle iflas etmesi yahut aleyhindeki haczin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf, lehindeki alacağın ifası teminat altına alınıncaya kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir ve talebi üzerine uygun bir süre içerisinde teminat verilmezse sözleşmeden dönebilir¹³⁷.

TBK m. 98 hükmü karşılıklı edimler içerdiği için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. TBK m. 473 hükümlerinin bu hükme göre özel hüküm sayılarak uygulanmasını engelleyeceği düşünülmemelidir. Zira bu iki hükmün uygulama alanı çakışmamaktadır¹³⁸. TBK m. 98'in düzenlenme amacı, işin aksamasından bağımsız olarak, borçlunun ortaya çıkan ekonomik yetersizliği sebebiyle ona olan güven sarsılmasının alacaklıya bazı yetkiler sağlamasıdır¹³⁹. Yüklenicinin ekonomik gücü; işe başlaması ve düzenli tempoda yürütmesi konusunda bir aksamaya yol açmasa da, bu gücün işi tamamlamaya yetmeyeceği çeşitli delillerle sabit olmuşsa, iş sahibi TBK m. 98'deki imkanlardan yararlanabilecektir. Oysa böyle bir durumda TBK m. 473'ün şartları gerçekleşmemiş olacağından bu hükme göre sözleşmeden dönülemezdi. Ayrıca, yüklenici acz durumuna düşmemekle birlikte, işin gecikmesi durumu söz konusu olmuş ise iş sahibi, TBK m. 473 uyarınca sözleşmeden dönebilecek fakat TBK m. 98 uyarınca herhangi bir hakka sahip olmayacaktır.

¹³⁷ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 585-587; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 1074; Duman, İnşaat Hukuku, s. 673; Buz, Dönme, s. 92; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 434.

¹³⁸ Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 1074.

¹³⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 996; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 277; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 585.

Yüklenicinin iflas etmesi veya aleyhine yapılan bir haczin sonuçsuz kalması iş sahibi lehine TBK m. 98'deki hakları doğurur. Burada haczin iş sahibi tarafından yapılması şart değildir. İş sahibi başka bazı inandırıcı kanıtlarla, yüklenicinin inşaatı tamamlayacak ekonomik gücü kaybettiğini veya bu gücün esasen hiçbir zaman olmadığını ortaya çıktığını ve de kabul edilebilir bir zamanda bu güce sahip olamayacağını ortaya koyarak da bu hükme başvurabilir.

1.2.1.2.4. Sadakat ve Özen Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici, iş sözleşmede belirtilen biçimde, plan ve projesine uygun olarak öngörülen sürede bitirip teslim etmelidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bir sonuçtur. Bu sonuca varılabilmesi için bir çok aşamadan geçilmesi gerekmektedir.

Sözleşme, iş görme aşamasına ilişkin olarak başkasının yararına bir hareketi gerektirir¹⁴⁰. Yüklenici işi yürütürken iş sahibinin yararına olan işleri yapmak, zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadır. Bu durum yüklenicinin sadakat ve özen borcunun bir sonucudur¹⁴¹.

Yüklenicinin sadakat borcu eBK'nda açıkça düzenlenmemesine rağmen, TBK'nda düzenlenmiş bulunmaktadır. eBK döneminde de, bütün iş görme edimi içeren borç ilişkilerinde varlığı kabul edilmiş olan bu yüküm, 6098 sayılı yeni TBK'nun 471/I maddesindeki "*Yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*" düzenlemesi ile yasal bir zemine sahip oldu.

¹⁴⁰ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 488; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 49; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 53; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 85; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 4; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 30.

¹⁴¹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 67; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 488; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 49; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 86; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 58; Şahin, Teslim Borcu, s. 108; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, C. II, s. 194; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 34; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 38; Duman, İnşaat Hukuku, s. 164; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 347; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 85; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 249.

Geniş anlamı ile sadakat yükümünün, yüklenicinin inşaat edimini sözleşmeye göre tamamlama dışında, iş sahibinin her alandaki çıkarlarını gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu kendi çıkarlarına kullanmama yükümlerini içerdiği belirtilmektedir¹⁴². Örneğin yüklenici açısından; inşaat sebebiyle eline geçen iş sahibine ait planları, projeleri, kendi başka işlerinde kullanmama ve iş sahibine ait öğrendiği sırları saklama gibi yükümlülükler söz konusu olmaktadır. Sadakat yükümünün inşaat sözleşmesi sona erdikten sonra da devam edeceği kabul edilmektedir¹⁴³. İnşaat, zamanında ve kusursuz yapılsa dahi iş sahibi, sadakat yükümüne aykırılıktan kaynaklı bir zarara uğramışsa yüklenici açısından bunu tazmin yükümlülüğü doğacaktır¹⁴⁴. Örneğin, taraflarca kararlaştırılmış olmasına rağmen sigortanın yaptırılmaması, alt yüklenicilerin veya yardımcı kişilerin yeterince denetlenmemesi, iş sahibinin aydınlatılmaması gibi yan yükümlülüklerin ihlali durumunda, iş sahibi bu sebeplerden dolayı bir zarara uğramışsa bunun tazmini gerekir¹⁴⁵. Ayrıca zarar olmasa bile, yüklenici bu tip davranışlarından kendisine ait haksız çıkar elde ettiyse, caiz olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre (TBK m. 530) elde ettiği çıkarları iş sahibine vermek durumunda olacaktır¹⁴⁶.

Yüklenici inşaatı yaparken kendisinden beklenen özeni göstermekle yükümlüdür. TBK öncesinde özen borcunun ölçüsünü belirleyen eBK'nun 356/1 maddesi, *“müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir”* hükmünü içermekteydi. Buna karşılık doktrinde, işçiden daha bağımsız ve işinde uzman olan yüklenicinin sorumluluğunun,

¹⁴² Öz, İnşaat, s. 108; Duman, İnşaat Hukuku, s. 164; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 85; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 412; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 134; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 31.

¹⁴³ Duman, İnşaat Hukuku, s. 164-165; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 412; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 135.

¹⁴⁴ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 497; Ayan, Temerrüt, s. 35; Şahin, Teslim Borcu, s. 108; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 193; Duman, İnşaat Hukuku, s. 165; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 350-351; Yavuz, Özel Hükümler, s. 444; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 136; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 31.

¹⁴⁵ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 497; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 76; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 349-350; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 136.

¹⁴⁶ Şahin, Teslim Borcu, s. 108; Yavuz, Özel Hükümler, s. 444.

işçinin sorumluluğundan ağır olduğu söylenmekteydi¹⁴⁷. Buna göre; “*işçinin sorumluluğunda, iş sahibinin işçinin yeterli uzmanlığı haiz olmadığını biliyor ya da bilmesi gerekip de işçiyi çalıştırıyorsa, bunun sonuçlarına işveren katlanmaktadır. Buna karşılık; yüklenici, iş sahibinin, kendisinin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilse dahi sorumluluğu devam eder*”¹⁴⁸ şeklinde eski BK zamanında kanun lafzına aykırı olarak ileri sürülen görüşten kaynaklı çelişkili durum, TBK’nda lafzın da uygun hale getirilmesiyle giderilmiştir. Buna göre; TBK’nun 471. maddesinde, “*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.*” denilmektedir. Görüleceği üzere eski kanunda yüklenicinin özen sorumluluğu noktasında, işçinin hizmet akdindeki sorumluluğuna yollama yapılmakta idi. Ancak yeni kanundaki yerinde olan bu düzenlemeyle, *benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış* esas alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, yüklenici tacirse, TTK’nun 18/II maddesi uyarınca, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü de vardır.

Özen borcu, inşaatın meydana getirilmesinden önceki safhada olabileceği gibi meydana getirme aşamasına ilişkin olarak da ortaya çıkabilmektedir. Meydana getirme aşamasından önceki özen yükümü kapsamına örnek olarak; yüklenicinin işi üstlenirken öncelikle mesleki bilgi ve tecrübesinin, uzmanlığının ve mali gücünün o iş için yeterli olup olmadığını iyice tartması ve kendisini yetersiz görürse işi almaması durumunu gösterebiliriz¹⁴⁹. Meydana getirme aşamasındaki özen borcunun kapsamına ise, yüklenicinin yardımcı kişi kullanıyorsa yardımcı kişinin seçiminde,

¹⁴⁷ Erman, İnşaat, s. 35; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 347; Tunçomağ, C.II, Ö.B.İ., s. 988; Şahin, Teslim Borcu, s. 109-110; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 58; Yavuz, Özel Hükümler, s. 444; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 31; Erzurumluoğlu, Ö.B.İ., s. 173-174; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 85; Kaya, Kat Yapımı Sözleşmesi, s. 48.

¹⁴⁸ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s.69; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 86.

¹⁴⁹ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 491-492; Öz, Dönme, s. 278; Kurt, Temerrüt, s. 65; Yavuz, Özel Hükümler, s. 445; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 412; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 85-86.

sevk ve idaresinde, alt yüklenici var ise bunun seçiminde, malzeme kendisi tarafından verilmişse bunun temininde ve malzemenin işe uygunluğunun kontrolünde özenle davranması yükümlülükleri girer¹⁵⁰.

Özen ve sadakat borcunun iki özel görünümü ise TBK m. 472’de karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu maddeye göre, inşaatta kullanılan malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, yüklenicinin onu özenle kullanıp, hesap verme yükümlülüğü vardır¹⁵¹. Ayrıca iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın niteliği, eserin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye koyacak biçimde ise, yüklenici iş sahibini haberdar etmekle yükümlüdür. Yüklenici, yalnız malzemenin veya arsanın kusurlu olmasından meydana gelen ayıpları değil, diğer hallerde de iş sahibini bilgilendirmek zorundadır. Özen ve sadakat borcunu ilgilendiren bir diğer anekdot da, inşaatın sözleşmede belirtilen biçimde ve sürede yerine getirilememesi, iş sahibinin yanlış talimatından kaynaklanıyorsa, yüklenici iş sahibini uyarmalıdır. Buna karşın iş sahibi talimatında ısrar ederse, yüklenicinin yükümlülüğü ortadan kalkacaktır (TBK m. 476). Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere yüklenicinin inşaatı yapma borcuna ek olarak özen borcu yüklenmiştir. Bu özen borcu bağımsız bir borç olmayıp, inşaatı yapma borcunun kapsamı dahilinde olan bir yükümdür¹⁵².

Yüklenicinin özen borcunu yerine getirmemesi sözleşmeye aykırılık sonucunu doğurur. Yüklenici özen borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı TBK m. 112 vd. (eBK m. 96 vd.) hükümlerine göre sorumlu olur. Bu

¹⁵⁰ Dayınlarlı, Temerrüt, s. 40; Kaya, Kat Yapımı Sözleşmesi, s. 48; Şahin, Teslim Borcu, s. 109; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 493-494; Erman, İnşaat, s. 39; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 26; Aral, Ö.B.İ., s. 349-350; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 193; Yavuz, Özel Hükümler, s. 443; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 349.

¹⁵¹ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 495; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 70-71; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 28; Şahin, Teslim Borcu, s. 108; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 193; Yavuz, Özel Hükümler, s. 443; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 414-415.

¹⁵² Öz, İnşaat, s. 107; Şahin, Teslim Borcu, s. 107; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 347.

nedenden dolayı arsa sahibi zarara uğrarsa bunun tazmini gerekir¹⁵³. Yüklenicinin özen borcunu yerine getirip getirmediğini tayin etme bakımından inşaatın sonunu beklemeye gerek yoktur¹⁵⁴. Söz konusu borç inşaatın yapılması safhasında söz konusu olduğunda, arsa sahibi, teslimin gerçekleştirilmesi safhasına gelinmesini beklemeden ihtar çekmek suretiyle inşaatın özenle yapılmasını, buna uyulmazsa masrafları yükleniciye ait olmak üzere inşaatın yapımının başkasına devredileceğini yükleniciye bildirebilir (TBK m. 473/II; eBK m. 358/II)¹⁵⁵.

1.2.1.3. Bağımsız Bölümleri Teslim Borcu

Yüklenici inşaatı tamamlamakla borcunu ifa etmiş olmaz, yüklenicinin aynı zamanda sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri, eseri teslim borcu kapsamında arsa sabine teslim etmesi gerekir¹⁵⁶.

Yüklenicinin eseri teslim borcu Borçlar Kanunu'nda açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Nitekim, TBK m. 470 (BK m. 355)'de açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte işin niteliği gereği yüklenicinin teslim borcunun olduğu varsayılır¹⁵⁷. Bununla birlikte, eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 473/I (eBK m. 358/I), TBK m. 474/I (eBK m. 359/I), TBK m. 475/I (eBK m. 360/I), TBK m. 477 (eBK m. 362),

¹⁵³ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 497; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 110-111; Şahin, Teslim Borcu, s. 110; Yavuz, Özel Hükümler, s. 445; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 351; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 31; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 140.

¹⁵⁴ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 51; Şahin, Teslim Borcu, s. 111; Yavuz, Özel Hükümler, s. 445; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 140-141; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 88.

¹⁵⁵ Yakuppur, Teslim Borcu, s. 41; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 141.

¹⁵⁶ Öz, İnşaat, s. 125; Şahin, Teslim Borcu, s. 44; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 74; Kurt, Temerrüt, s. 67; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 124; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 477; Aydıncık, Nama İfa, s. 21-22; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 75; Yavuz, Özel Hükümler, s. 484; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 38; Muaz Ergezen, **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara 2007, s. 38; Aral, Ö.B.İ., s. 357; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 250; Bilge, İnşaat, s. 26.

¹⁵⁷ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 477; Erman, İnşaat, s. 29; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 26; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 45; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 62-63; Kurt, Temerrüt, s. 67; Şahin, Teslim Borcu, s. 44; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 273; Yavuz, Özel Hükümler, s. 454; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 38; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 68; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 108-109; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 38; Bilge, İnşaat, s. 26.

TBK m. 478 (eBK m. 363) ve TBK m. 479 (eBK m. 364) hükümlerinde de teslim borcunun varlığı onaylanmış olmaktadır. Söz konusu hükümlerde geçen teslim kavramı ile teslimin sonucu ve teslimle ilgili olan, kabul, tesellüm, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların teslimine bağlanması gibi hususlar teslim borcunun varlığına işaret etmektedir.

1.2.1.3.1. Teslim ve Tesellüm Kavramları

Teslim kavramına ilişkin doktrinde birbirine benzer, çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bir tanıma göre teslim; “tamamlanmış olan eserin iş sahibine ifa olarak arz edilmesidir”¹⁵⁸. Bir başka tanıma göre¹⁵⁹ ise teslim; “doğrudan doğruya zilyetliğin geçirilmesi veya geriye geçirilmesi ya da geçici bir zilyetlik halinin ortadan kaldırılmasıdır”. Bir diğer tanıma göre¹⁶⁰; “yüklenicinin eseri, sözleşme, projeler ve sözleşme ekleri ile varsa şartnamelere uygun şekilde bitirdikten sonra eksiksiz ve ayıpsız olarak ondan elini çekmesi ve onu eylemli şekilde veya hukuksal anlamda iş sahibinin elmenliğine (zilyetliğine) bırakması sonucunu doğuran bir işlemdir”. Bir başka tanıma göre¹⁶¹; teslim, “tamamlanmış bir eserin müteahhit tarafından istisna sözleşmesinden doğan asli edim yükümünün ifasına yönelik olarak iş sahibinin hakimiyet alanına sokulmasını veya münhasıran iş sahibinin hakimiyet alanına terkini” ifade eder. Doktrindeki diğer bir tanımda ise, teslim için eserin eksiksiz ve ayıpsız olması gerekliliği temelde kabul edilmiş olunmakla birlikte buna

¹⁵⁸ Aral, Ö.B.İ., s. 357; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 72; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 35; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 477; Gökyayla, Ek İş, s. 24 vd.; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 27; Yakuppur, s. 64.

¹⁵⁹ Tunçomağ, C. II, Ö.B.İ., s. 1012; Karahasan, Ö.B.İ., C. II, s. 262.

¹⁶⁰ Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 250.

¹⁶¹ Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 46.

ilişkin kriter ‘eserin nesnel (objektif) ölçüler içerisinde kullanılabilir durumda olması’ şeklinde ifade edilmiştir¹⁶².

Tanımlardan yola çıkarak teslimin unsurlarını, eksiksiz biçimde meydana getirilen eserin zilyetliğinin iş sahibine devredilmesi, fiili hakimiyet intikalinin ifa iradesiyle yapılması ve iş sahibince bu ifa iradesinin anlaşılabilmesi olarak saymak mümkündür¹⁶³.

Yüklenici açısından teslim olarak ifade edilen durumun iş sahibi açısından karşılığı ‘tesellüm’ yani, teslim almadır¹⁶⁴. Teslim ve tesellüm aynı anda gerçekleşir.

Tesellüm kavramının önemi haiz olduğu nokta¹⁶⁵; iş sahibi yüklenici tarafından meydana getirilmiş olan ve kendisine teslim edilmek istenen eseri haklı bir neden olmaksızın tesellümden kaçınırsa, alacaklının temerrüdüne düşeceğidir. Ancak doktrinde, bu çıkarımın bütün eser sözleşmeleri açısından kabul gördüğü söylenemez. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından da bu çıkarımın uygun olmadığı; *“yapının sözleşmeye uygun şekilde tamamlanması, varsa diğer taahhütlerin yerine getirilmesi ve müteahhidin durumu iş sahibine bildirerek taşınmazdan çekilmesi üzerine, artık ifa gerçekleşmiş sayılmak gerekeceğinden, burada alacaklı temerrüdüne yer yoktur. Yapıyı tasarrufuna alıp almamak, kullanıp kullanmamak iş sahibinin bileceği iştir. Zira, ifasına alacaklının katılması gerekmeyen ve ifası alacaklı tarafından da önlenemeyen borçlarda alacaklı*

¹⁶² Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 109; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 633. Yazarlar, ‘nesnel (objektif) ölçüler’ kavramı ile eserde önemli olmayan ufak tefek ayıp ve eksikliklerin teslimine engel olmayacağını belirtmişlerdir. Aynı görüşte: Bilge, İnşaat, s. 27.

¹⁶³ Ayan, Temerrüt, s. 49; Şahin, Teslim Borcu, s. 48; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 76; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 38; Duman, İnşaat Hukuku, s. 354; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 631.

¹⁶⁴ Ayan, Temerrüt, s. 50; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 127; Şahin, Teslim Borcu, s. 49; Aral, Ö.B.İ., s. 357; Kurt, Temerrüt, s. 69; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 479; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 76; Kemal Kanber, **“Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu”**, Ankara Barosu Dergisi 97/3, s. 38; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 69.

¹⁶⁵ Şahin, Teslim Borcu, s. 49-50; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 72; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 479; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 73; Duman, İnşaat Hukuku, s. 354; Aral, Ö.B.İ., s. 357.

temerrüdü olmaz.” denilerek ifade edilmiştir¹⁶⁶. Kanımızca bu noktada, yüklenicinin eseri meydana getirme süreci ile bitmiş eserin teslimi aşaması birbirinden ayırt edilmelidir. Yüklenicinin eseri yapması aşamasında, iş sahibinin bazı haksız müdahalelerde bulunup (yüklenicinin taşınmaza girmesine izin vermemesi gibi), yüklenicinin eseri icra edememesine yol açmasından dolayı alacaklı temerrüdüne düşmesi mümkün olabilir fakat tamamlanan yapının teslimi noktasında iş sahibinin tesellümden imtina etmesi dolayısıyla alacaklının temerrüdü her durumda gerçekleşmez. Zira, ÖZ’ün de haklı olarak belirttiği gibi yapıyı tasarrufa alıp almamak iş sahibinin bileceği bir iştir¹⁶⁷. Salt teslim almayı iş sahibine bir borç olarak yüklemek doğru olmaz. Ancak, teslim almadan (tesellümden) imtina, taraflar arasında kararlaştırılmış bulunan başkaca hakların meydana gelmesini engeller nitelikteyse bu durumda alacaklının temerrüdü söz konusu olabilmektedir. Burada teslim borcu açısından alacaklının temerrüdüne örnek olarak; iş sahibinin kat mülkiyetinin kurulması için gereken işlemi yapmaması dolayısıyla bitmiş olan taşınmazda, yükleniciye düşen bağımsız bölümlere ilişkin olarak yüklenicinin tapuda tasarrufta bulunamaması durumu verilebilir.

Tesellüm, TBK m. 477 (eBK m. 362)’de ifadesini bulan kabulden farklıdır. Tesellüm ayıplı ifa sebebiyle (TBK m. 474 vd; eBK m. 359 vd.) doğan sorumluluğun şartlarından biri olup iş sahibi lehine tanınan seçimlik hakların doğuş anını ifade eder¹⁶⁸. Eserin kabulü ise, iş sahibinin eseri sözleşmeye uygun bulduğuna dair bir irade açıklaması olup¹⁶⁹, bu açıklama ayıplı ifa dolayısıyla iş sahibi lehine tanınan

¹⁶⁶ Öz, İnşaat, s. 129-130.

¹⁶⁷ Öz, İnşaat, s. 130.

¹⁶⁸ Şahin, Teslim Borcu, s. 50; Kurt, Temerrüt, s. 84; Yener, Arsa Payı, s. 27-28; Duman, İnşaat Hukuku, s. 361.

¹⁶⁹ Aral, Ö.B.İ., s. 357; Eren, Müteahhidin Borçları, s. 72; Ayhan Uçar, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 91 vd. ; Erman, İnşaat, s. 151; Ayan, Temerrüt, s. 50; Şahin, Teslim Borcu, s. 51; Kurt, Temerrüt, s. 69; Tandoğan, Ö.B.İ., C. II, s. 218; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 36; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 81; Karataş, İnşaat, s. 143; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 264; Öz, Dönme, s. 119-120; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 69; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 76; Yener, Arsa Payı, s. 27; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 69; Duman, İnşaat Hukuku, s. 360.

hakların düşmesine neden olur. Bu bağlamda teslim, eserin kabulünün de bir şartını teşkil etmektedir¹⁷⁰.

Teslim alma ve kabul kavramlarının eşdeğer tutulması eser sözleşmesinin ifası sistemi ile bağdaşmaz¹⁷¹. İfanın gereği gibi olup olmadığının tespiti için iş sahibinin eseri muayene etmesi zorunluluğu TBK m. 474'de öngörülmüştür. İş / arsa sahibi açısından bu zorunluluk külfet niteliğindedir. Muayene olanağının elde edilebilmesi için iş sahibinin eseri kendi hakimiyetinde bulundurması gerekir. TBK m. 477 (eBK m. 362) bağlamında kabul, iş sahibince eserin sözleşmeye uygun olarak gereği gibi ifa edildiğini kabul ettiğini ortaya koyan bir irade açıklamasıdır¹⁷². Yargıtay da kararlarında teslim alma ve kabulün birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtmiştir¹⁷³.

Ayıptan kaynaklanan seçimlik haklar için zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması, yüklenicinin sözleşmede kendisine ait olacağı belirlenen bağımsız bölümlerin devri alacağına muacceliyeti ve ücrete ilişkin rizikonun yükleniciden çıkıp iş sahibine geçmesi gibi haller tesellümün sonucuna bağlanmaktadır¹⁷⁴.

1.2.1.3.2. Kabul Kavramı

Yüklenici tarafından meydana getirilip teslim edilen yapının sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yapıldığına, yapıyı sözleşmeye uygun gördüğüne ve ayıp

¹⁷⁰ Ayan, Temerrüt, s. 50; Şahin, Teslim Borcu, s. 53; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 76; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 249-250.

¹⁷¹ Ayan, Temerrüt, s. 50; Şahin, Teslim Borcu, s. 50; Aral, Ö.B.İ., s. 357; Öz, Dönme, s. 165-166; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 35; Gökyayla, Ek İş, s. 193; Bilge, İnşaat, s. 27.

¹⁷² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 35-36; Şahin, Teslim Borcu, s. 50-51; Kurt, Temerrüt, s. 69; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 69; Duman, İnşaat Hukuku, s. 360; Aral, Ö.B.İ., s. 357.

¹⁷³ Şahin, Teslim Borcu, s. 51, dn. 128'den: Yargıtay 4. HD. 25.12.1973 T. 13792 E. 10111 K. için bkz. İKİD., Y. 1975, s. 3677; Yargıtay 15. HD'nin 15.06.1992 T., 3006/3087 sayılı K. için bkz. Uygur, C.VI, s. 7970; Yargıtay 15. HD'nin 29.04.1998 T., 1217/1716 sayılı K. için bkz. Uygur, C.VI, s. 7970.

¹⁷⁴ Gökyayla, Ek İş, s. 192; Şahin, Teslim Borcu, s. 52; Kurt, Temerrüt, s. 84; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 72.

iddiasında bulunmayacağına yönelik iş sahibi tarafından yapılan açık veya örtülü irade beyanına kabul adı verilir¹⁷⁵.

Kabul, TBK m. 477 (eBK m. 362) bağlamında iş sahibinin yapıyı olduğu gibi benimsemesi neticesini doğuran ve yükleniciyi yapıdaki ayıplardan sorumlu olmaktan kurtaran bir etki yaratır. Kabul, bu yönüyle zaman açısından teslim ve tesellümden sonra gelir¹⁷⁶.

Kabul açık veya örtülü (zımnî) bir irade beyanı şeklinde olabilir. İş sahibinin yazılı bildirimde bulunarak eserden memnuniyetini ifade etmesinde kabul açıktır. Örtülü bir kabulün varlığı somut olaya göre değerlendirilir. İş sahibinin yapıdaki ayıbı veya bozukluğu bilmesine rağmen ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin eseri kabul etmesi veya eser üzerinde tasarruflarda bulunması, eseri kullanması örtülü olarak kabulün varlığına işarettir¹⁷⁷. TBK m. 477/II (eBK m. 362/II) bağlamında, eğer iş sahibi kanunen tayin edilmiş olan muayene ve ihbar külfetini ihmal ederse eseri örtülü olarak kabul etmiş sayılır ve bu durum kabule ilişkin karine teşkil eder.

Kabul, yükleniciye yöneltilmiş tek taraflı bir irade beyanıdır ve hüküm ifade etmesi yüklenicinin onayına bağlı değildir¹⁷⁸. Eserin kabulü her aşamada söz konusu olabilir. İş sahibi eseri teslim alırken kabul beyanında bulunabileceği gibi, sonradan, muayene ve ayıp ihbarını takiben de ayıplı olan eseri kabul edebilir¹⁷⁹. Kabul

¹⁷⁵ Öz, Dönme, s. 119-120; Şahin, Teslim Borcu, s. 53; Aral, Ö.B.İ., s. 357; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 36; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 264; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 81; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 27; Ayan, Temerrüt, s. 50; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 69; Canbolat, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 60; Erman, İnşaat, s. 151; Kurt, Temerrüt, s. 69; Duman, İnşaat Hukuku, s. 410; Mustafa Cahit Günel, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 429.

¹⁷⁶ Ayan, Temerrüt, s. 50; Şahin, Teslim Borcu, s. 53; Yener, Arsa Payı, s. 27; Kurt, Temerrüt, s. 69.

¹⁷⁷ Tunçomağ, C.II, Ö.B.İ., s. 1021; Uçar, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 95; Şahin, Teslim Borcu, s. 54; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 70; Bilge, İnşaat, s. 28; Günel, İnşaatteki Ayıp, s. 429.

¹⁷⁸ Öz, Dönme, s. 119; Şahin, Teslim Borcu, s. 54.

¹⁷⁹ Öz, Dönme, s. 120; Şahin, Teslim Borcu, s. 54; Canbolat, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 81; Yener, Arsa Payı, s. 27.

gerçekleştikten sonra tek taraflı irade beyanıyla kabulden dönülemez¹⁸⁰. Kabul için buna yönelik bir irade beyanı gerekirken, teslim almada iş sahibinin teslimin hukuki sonuçlarına dönük özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yoktur¹⁸¹.

1.2.1.3.3. İnşaatın Tamamlanması ve Belirlenen Bağımsız Bölümlerin İş Sahibine Teslimi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunu yerine getirebilmesi için öncelikle eserin (inşaatın) tamamlanmış olması gerekir¹⁸². Eserin (inşaatın) tamamlanmış olduğu olgusu eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun tespiti ile ortaya çıkar¹⁸³. Bunun tespit edilmesinden sonra yapıda arsa sahibine düşen bağımsız bölümlerin teslimi gerekir¹⁸⁴. Kısmi ifa kabul edilmek zorunda değildir ancak yapıda tamamlanmayan kısım, tamamlanan kısma göre çok az ve önemsiz kalmakta ise dürüstlük kuralına göre bu eser kabul edilmelidir¹⁸⁵.

İnşaatın tamamlanmış olması ile ayıpsız olması birbirinden farklı durumlardır. Ayıplı bir inşaat tamamlanmış sayılabilir ve bu durum inşaatın teslimine mani olmaz¹⁸⁶. İnşaatteki ayıbın iş sahibinin kabul edemeyeceği derecede olması

¹⁸⁰ Öz, Dönme, s. 120; Şahin, Teslim Borcu, s. 54; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 198-199; Uçar, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 95; Canbolat, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 80.

¹⁸¹ Şahin, Teslim Borcu, s. 55; Uçar, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 95.

¹⁸² Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 74; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 64; Gökyayla, Ek İş, s. 191, Büyükkay, Eser Sözleşmesi, s. 68; Kurt, Temerrüt, s. 70; Bilge, İnşaat, s. 35.

¹⁸³ Bu husus, Yargıtay 15. HD'nin 23.03.1991 T, 3841 E. / 1451 K. sayılı ilamında kabul edilmiştir. (Uygur, C.VI, s. 7871).

¹⁸⁴ Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 72; Şahin, Teslim Borcu, s. 62; Kurt, Temerrüt, s. 69; Öz, İnşaat, s. 167.

¹⁸⁵ Erman, İnşaat, s. 30; Ayan, Temerrüt, s. 63; Kurt, Temerrüt, s. 70; Yener, Arsa Payı, s. 25.

¹⁸⁶ Şahin, Teslim Borcu, s. 63; Kurt, Temerrüt, s. 72; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 478-514; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 160; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 96; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 134; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 78 vd.; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 67; İlhan Kara, **Tüketici Hukuku**, Ankara, Engin Yayınevi, 2012, s. 360; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 75; Yener, Arsa Payı, s. 27; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 67; Kanber, İnşaatteki Bozuluktan Doğan Sorumluluk, s. 38.

halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınabilir ancak kabul teslimden sonra gerçekleştiğinden dolayı eserin ayıplı olması teslimde engel değildir. Teslim almanın iş sahibinin, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcundan kaynaklanan seçimlik hakları üzerinde bir tesiri olmaması için inşaatteki açık ayıplara ilişkin hakkın saklı tutulmuş olması gerekir¹⁸⁷. Ayıplı ifa halinde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler değil, TBK'nun bu konuyu düzenleyen 474 vd. (eBK m. 359 vd.) maddeleri uygulanır. İnşaatın ayıplı mı yoksa tamamlanmamış mı olduğu hususu belirlenirken pratik bir olgu esas alınabilir. Şöyle ki; inşaatın meydana getirilmesi faaliyetlerinin kaldığı aşamadan daha önce yapılmış olan işler bozulup değiştirilmeden işe devam etme olanağı var ise inşaat tamamlanmamış sayılmalı, aksi durumda ise inşaat ayıplı kabul edilmelidir¹⁸⁸.

İnşaatteki yüzölçümü eksikliğinin eksik iş mi, yoksa ayıplı iş mi teşkil ettiği sorusu akla gelebilmektedir. Bu noktada Yargıtay, inşaatlardaki yüzölçümü eksikliğini eksik iş olarak nitelendirirken,¹⁸⁹ doktrindeki hakim görüşe¹⁹⁰ göre ise bu durum ayıp teşkil eder. Kanımızca sözleşmedeki bu aykırılık eserin vasfına ilişkin

¹⁸⁷ Erman, İnşaat, s. 30; Ayan, Temerrüt, s. 81; Şahin, Teslim Borcu, s. 63; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 131; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 118.

¹⁸⁸ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 166; Şahin, Teslim Borcu, s. 63; Kurt, Temerrüt, s. 72; Yener, Arsa Payı, s. 27; Kara, Tüketici Hukuku, s. 361; Duman, İnşaat Hukuku, s. 428.

¹⁸⁹ Yargıtay HGK., 09.12.1992 T., 1992/649 E., 1992/732 K. : “(...) ağırlıklı düşünce, BK'nun 359 ve 362. maddelerinde öngörülen muayene ve ihbar külfetine katlanmayan iş sahibinin, ayıptan ötürü hakkının düşeceği şeklindedir. (...) Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, karşılaştırıldan küçük yapılmasının ayıp sayılması halinde durum böyle olmasına rağmen, bu halin eksik iş olarak kabulünde BK'nun 96. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır. Eksik işte, noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığı hususunda öğretide hemen görüş birliği bulunması bir yana kararlılık kazanmış yargısal kararlar da bu yöndedir. (...) Anlatılan nedenlerle inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabulü gerekir (...)”. (Uygur, C. VII, s. 7842-7843).

¹⁹⁰ Kurt, Temerrüt, s. 72-73; Öz, İnşaat, s. 131; Ayan, Temerrüt, s. 62; Şahin, Teslim Borcu, s. 102; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 166; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 95-96; Yavuz, Özel Hükümler, s. 457; Duman, İnşaat Hukuku, s. 428; Halil Akkanat, “**Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat**”, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 75. Aksi görüşte: Kara, Tüketici Hukuku, s. 362; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 260. Bu yazarlara göre ise, yüzölçümü eksikliği eksik iş sayılır.

olduğundan ve ifa o haliyle edimde aranan vasfa uygun olmayacağından bu durum ayıp olarak kabul edilmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin eksik ifa dolayısıyla yükleniciden yapacağı talebin boyutu şu şekildedir: iş sahibi, sözleşme gereği kendisine kalacak bağımsız bölümlerin tümünün ve ayrıca tüm paylar içindeki pay oranı kadar olmak üzere ortak yerlerdeki eksikliklerin tamamlanmasını talep edebilir¹⁹¹.

İş sahibi, ifa olunmak üzere teslim sunulan eserdeki eksiklikler tamamlanmaya kadar ödemezlik def'ini ileri sürerek eksikliklerin tamamlanması için gerekli tutara karşılık gelecek biçimde sözleşme gereği yükleniciye kalacak olan arsa payı kısmını temlik etmekten kaçınabilir. Uygulamada böyle bir durumda yükleniciye veya ondan bağımsız bölüm üzerinde şahsi hak iktisap eden üçüncü kişiye eksiklikleri tamamlatmaları veya tamamlanması için gerekli tutarı ödemeleri için süre verilmektedir. Bu kişiler verilen süre içinde eksikliği tamamlattıkları veya tamamlama masraflarını depo ettikleri takdirde, sözleşme gereği yükleniciye bırakılacak olan ve halen iş sahibinin mülkiyetinde bulunan arsa paylarının adlarına tesciline karar verilmektedir¹⁹².

Götürü bedel esasına dayalı olarak kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şu tarz bir soru akla gelebilmektedir: Yüklenici meydana getirme borcu aşamasında projeye uyulması zorunluluğundan ötürü sözleşmede öngörülenden daha az yahut daha fazla kat veya bölüm meydana getirmişse durum ne olacaktır? Bu soruya öncelikle öngörülenden fazla bölüm oluşması durumunu irdeleyerek cevap verelim. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, oluşturulan fazla

¹⁹¹ Erman, İnşaat, s. 183; Kurt, Temerrüt, s. 76; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 262; Duman, İnşaat Hukuku, s. 429. Ayan'a göre; iş sahibi, ortak alanların tamamlama masraflarının sadece kendi payına tekabül eden kısmını değil, tamamını yükleniciden talep edebilmelidir. (bkz. Ayan, Temerrüt, s. 87-88 dn. 312).

¹⁹² Bu uygulamaya 'birlikte ifa kuralı' da denilmektedir. Yener, Arsa Payı, s. 25; Erman, İnşaat, s. 179; Ayan, Temerrüt, s. 88; Kurt, Temerrüt, s. 78; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 65.

sayıdaki bağımsız bölümler nedeniyle, yani iş artışına bağlı olarak, yüklenicinin bir ek bedel isteme hakkı olabilecektir. Bu bedel de arsa payı yahut bağımsız bölüm olarak ifa edilecek ve bedel arsa sahibi ile yüklenici arasındaki pay dağılımına göre belirlenecektir¹⁹³. Sözleşmede, arsa sahibinin kendisine ait olacağı belirlenen bağımsız bölümler dışında hak talep edemeyeceği yönünde hüküm bulunması halinde dahi Yargıtay'a göre arsa sahibinin söz konusu fazla inşaata ilişkin payı oranında talep hakkı vardır¹⁹⁴.

Kararlaştırıldan daha az kat yahut bağımsız bölüm inşa edilmesi halinde kural olarak eksik ifa söz konusu olup arsa sahibi eseri kabul etmek zorunda değildir¹⁹⁵. Ancak tarafların kararlaştırdığından küçük ya da eksik kat veya bağımsız

¹⁹³ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 1161; Akkanat, Fazla İnşaat, s. 76; Köksal Kocaağa, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan 'İlave İş' ve 'İlave Bağımsız Bölüm' Sorunu", TBBD. S. 85, Y. 2009, s. 98. Yargıtay 15. HD'nin 13.12.1995 T., 6686E./7439 K. sayılı ilamı: "(...) fazla bağımsız bölümler hakkında istemin davacıların sözleşmedeki payları oranında kabulü gerekir. (...)" (Uygun, İnşaat Hukuku, C.II, s. 642).

¹⁹⁴ Yargıtay 15. HD'nin 21.12.1995 T., 6837 E./7614 K. sayılı ilamına göre: "Taraflar arasındaki sözleşmeye göre bodrum katta sadece kömürlükler yapılması gerekirken, davacı yüklenicinin ayrıca sözleşme dışı olarak, tadilat projesi yapmak suretiyle 6 numaralı bağımsız bölümü fazladan yaptığı anlaşılmaktadır. (...) Sözleşmenin genel şartlar bölümünde mal sahiplerinin kendi daire ve dükkanlarının dışında başkaca bağımsız bölümler talebinde bulunmayacakları belirtilmiş ise de, bu husus inşaatın sözleşmeye göre yapılması halinde söz konusu olacaktır. Oysa davacı sözleşme dışına çıkarak fazladan bir bağımsız bölüm yaptığına göre, sözleşmedeki paylaşım nispetinde davalıların da 6 nolu bağımsız bölümün üzerinde hak sahibi olmaları gerekir. (...)" (Uygun, İnşaat Hukuku, C.II, s. 643). Arsa sahibinin yükleniciyi sözleşmeden doğan tüm hak ve alacaklarından dolayı ibra ettiği ve sözleşme ilişkisinin son bulduğu durumlarda ise fazladan yapılan bölümler yükleniciye ait olacaktır. Bu yönde Yargıtay 15. HD'nin 26.10.1995 T., 5826 E./5887 K. sayılı ilamı için bkz. Uygun, İnşaat Hukuku, C.II, s. 644-645. Yargıtay'a göre ayrıca, arsa sahibinin hakkının sözleşmede kesin olarak tespit edildiği ve kat-bağımsız bölüm sınırlaması olmaksızın kalan dairelerin yükleniciye ait olacağına kararlaştırıldığı durumlarda, arsa sahibinin payına ayrılan dairelerden fazlası için talepte bulunmaya hakkı yoktur. Bu yönde Yargıtay 15. HD'nin 07.03.1985 T., 1985/110 E – 761 K. sayılı ilamı için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 1194-1195. Kocaağa'ya göre böyle bir durumda yapılacak ilave inşaatın yükleniciye verilmek istendiği sonucuna varılabilmesi için, arsa sahibinin yapılacak fazla inşaatla ilgili hakkından bütünüyle feragat etmiş olduğunun sözleşmeden açıkça anlaşılması gerekir. Aksi halde iş sahibinin yapılan fazla inşaatta sözleşmedeki payı oranında talep hakkı vardır. (Kocaağa, İlave İş, s. 98-99).

¹⁹⁵ Bu durumda Yargıtay'ın görüşü şu şekildedir: "(...) Yüklenicinin kusurundan kaynaklı sebeple, inşaatın bağımsız bölüm sayısının taraflar arasında kararlaştırıldan az ve fakat aradaki anlaşma uyarınca arsa sahibine kalacağı belirtilen miktardan çok ya da eşit sayıda bağımsız bölüm meydana getirilmişse yüklenicinin temerrüdü durumu oluşamayacak ve kararlaştırılan sayı kadar bağımsız bölüm arsa sahibinin olacaktır. Eğer arda kalan bağımsız bölüm varsa, ancak bunlar yüklenicinin olabilecektir. (...)" (15. HD. 14.02.2007 T. 2006/7783 E. ve 2007/899 K. için bkz. www.kazanci.com). Kararlaştırıldan az ya da daha küçük boyutlarda bağımsız bölüm meydana getirilmesi halinde, arsa sahibinin payına düşecek miktardaki değer azalması oranında

bölüm yapımı, sonradan ortaya çıkan imar elverişsizliği gibi bir durumdan kaynaklanırsa, yüklenicinin sözleşmede öngörülen sayıda bağımsız bölüm istemesi ortadaki yarar dengesini bozucu bir sonuç doğurur. Örneğin; oluşturulacak 20 bağımsız bölümden 12 adedinin yükleniciye ve 8 adedinin de arsa sahibine ait olacağı öngörülmesine rağmen imar durumu nedeniyle ancak 16 bağımsız bölüm oluşturulabilmişse bu zorunluluk nedeniyle bedelden bir indirim yapılması hakkaniyet gereğidir. Bu durumda bağımsız bölümlerin yapı itibariyle birbirine benzer olduğunun tespiti halinde, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki pay oranları esas alınarak yeni pay (bağımsız bölüm) dağılımı belirlenmelidir¹⁹⁶.

1.2.1.3.3.1. Teslim Borcunun İfası

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa pay devrinin inşaat tamamlandıktan sonra yapıldığı durumlarda eser; teslim borcu alacaklısının yani arsa sahibinin hakimiyet alanında tecelli ettiğinden bu borç, yüklenicinin inşaatı eksiksiz olarak tamamlaması ve akabinde işten el çekmesiyle yani eseri iş sahibinin yararlanmasına hazır şekilde terk etmesiyle birlikte ifa edilir¹⁹⁷. Eserin tamamlandığının anlaşılmadığı durumlarda teslim borcu, eserin tamamlandığının

yüklenicinin tazminatla sorumlu tutulması gerektiği görüşü de savunulmaktadır (Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 1164).

¹⁹⁶ Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 200-201; Duman, İnşaat Hukuku, s. 429. Yargıtay 15. HD'nin 15.12.1988 T., 1988/1736 E. – 4360 S. Kararına göre de; “(...) Görülüyor ki, davacıya ait arsa sözleşmede belirtildiği gibi 7 kat inşaata elverişli değildir. (...) olayda fiili ve hukuki durumun üstünde bir fazla kat inşaatı yapılması yönünden imkansızlık mevcut olup, bundan dolayı davalı yükleniciye bir kusur yüklemenin olanağı yoktur. (...) O halde mahkemece yapılacak iş, imar mevzuatının elverdiği ölçüde fiilen yapılan inşaat için sözleşmede öngörülen oran uygulanarak eksik kat inşaatından dolayı aynı oranda davacıya isabet etmesi gereken bağımsız bölümleri veya bağımsız bölümlerdeki payı saptamak ve (...) olmalıdır (...).” Karar için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 1189.

¹⁹⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 36; Ayan, Temerrüt, s. 52; Kurt, Temerrüt, s. 81; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 481; Öz, İnşaat, s. 129; Öz, Dönme, s. 168; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 51; Aral, Ö.B.İ., s. 358; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 27; Altaş, Telef Olma, s. 84; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 65; Yener, Arsa Payı, s. 24; Şahin, Teslim Borcu, s. 67; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 38-39.

bildirilmesi ile yerine getirilmiş olmaktadır¹⁹⁸. Zira, inşa edilen binanın mülkiyeti bütünleyici parça ilkesi gereği iş sahibindedir ve TMK m. 975 gereğince de iş sahibi dolaylı zilyet konumundadır. Bu bakımdan mülkiyetin ve zilyetliğin iş sahibine devri gerekmemektedir. Ancak, bu durumda, iş sahibinin bağımsız bölümler üzerinde fiilî egemenliği sağlanmadıkça yahut egemenliği engelleyici durumlar ortadan kaldırılmadıkça, sadece eserin tamamlandığını bildirme ile teslim gerçekleşmiş olmaz¹⁹⁹. İş sahibi, tamamlanmış bina için yüklenicinin bildirimini beklemeden kullanmaya başlamışsa, artık bildirim yapılmadığı itirazında bulunamaz²⁰⁰.

Arsanın sözleşme kurulmasıyla birlikte bir bütün olarak yükleniciye devredildiği durumlarda ise, tamamlanmış yapıda arsa / iş sahibine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin teslimi için söz konusu bölümlerin zilyetliğinin devri yanında mülkiyetinin de iş sahibine devri gerekir²⁰¹.

Yüklenicinin, yapının meydana getirilmesi için taşınmaz üzerinde kurduğu barakaların, şantiyelerin, iskele, kum, tuğla gibi artıkların tamamen kaldırılıp temizlenmesine kadar ifa gerçekleşmiş sayılmaz²⁰². Yalnızca bu işlerin gecikmesi durumunda dahi yükleniciyi temerrüde düşürmek mümkündür ancak sadece önemsiz ve eserden faydalanmayı önemli ölçüde güçleştirmeyen malzeme ve artıkların bulunması durumunda ise ifanın gerçekleşmediği söylenemez. Olsa olsa ayıplı bir ifanın varlığı kabul edilebilir²⁰³.

¹⁹⁸ Yener, Arsa Payı, s. 24; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 125; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 51; Şahin, Teslim Borcu, s. 68; Kurt, Temerrüt, s. 82; Öz, İnşaat, s. 129; Öz, Dönme, s. 169.

¹⁹⁹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 74; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 126; Ayan, Temerrüt, s. 53; Kurt, Temerrüt, s. 82.

²⁰⁰ Kurt, Temerrüt, s. 81-82; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 126.

²⁰¹ Öz, Dönme, s. 169; Şahin, Teslim Borcu, s. 70.

²⁰² Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 126; Öz, İnşaat, s. 130; Öz, Dönme, s. 169; Erman, İnşaat, s. 67; Ayan, s. 52.

²⁰³ Öz, İnşaat, s. 130; Öz, Dönme, s. 169; Şahin, Teslim Borcu, s. 69; Ayan, Temerrüt, s. 52; Yener, Arsa Payı, s. 27; Erman, İnşaat, s. 67; Kurt, Temerrüt, s. 82.

Henüz tamamlanmamış olan bir yapıda arsa sahibinin kendine ait olacak bağımsız bölüme taşınması yahut orayı kullanmaya başlaması, karine olarak, iş / arsa sahibinin eseri ifa olarak kabulü anlamı taşır²⁰⁴. Eğer arsa sahibi zorunluluktan dolayı kendisine ait olacak bağımsız bölümleri kullanmaya başlamışsa bu durumda ifa olarak kabulün olduğu söylenemez. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici ile aralarında kararlaştırılan teslim süresinin geçmiş olması üzerine, halihazırda kirada oturmakta olan iş sahibi tamamlanmamış olan yapıya taşınmışsa bunu ifa olarak kabul ettiği söylenemez. İş sahibi bu halde de gereken koşullar mevcutsa yükleniciyi temerrüde düşürebilir²⁰⁵.

Teslim borcunun ifasının ne zaman gerçekleşmesi gerektiği hususu bilhassa ‘temerrüt’ durumu açısından önem arz eder. Bu anlamda taraflar bağımsız bölümlerin tesliminin yapılacağı tarihi sözleşmede kararlaştırabilirler. Taraflar bu tarihi belli bir takvim günü göstererek (13 Mayıs 2013 şeklinde) belirleyebileceği gibi, bir süre belirleyip en geç bu sürenin dolması tarihinde teslimin yapılmasını öngörerek de (sözleşmenin imzalanmasından veya arsanın yükleniciye tesliminden itibaren 24 ay içerisinde gibi) tespit edebilirler. Bağımsız bölümlerin teslim tarihi taraflarca, takvim günü belirlenerek, başlangıcı ve sonu belli olan bir süre gösterilerek yahut objektif kriterlere göre kesinlikle hesaplanabilecek şekilde tespit edilmişse TBK m. 117/II bağlamında borcun ifa edileceği günün birlikte belirlenmiş olması söz konusu olur²⁰⁶, yeter ki anlaşmanın içeriğinden yüklenicinin eseri en geç bu tarihte teslim etmekle yükümlü olduğu sonucu çıkarılabilir²⁰⁷. Teslim tarihi sözleşme kurulduktan sonra da kararlaştırılabileceği gibi teslim tarihinin sonraki tarihte yapılacak bir anlaşmayla ertelenmesi de mümkündür.

²⁰⁴ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37; Öz, İnşaat, s. 130; Öz, Dönme, s. 169; Şahin, Teslim Borcu, s. 69; Kurt, Temerrüt, s. 83; Kanber, İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluk, s. 38.

²⁰⁵ Öz, İnşaat, s. 130.

²⁰⁶ Şahin, Teslim Borcu, s. 75; Aral, Ö.B.İ., s. 358; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 74; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 75; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 78; Yener, Arsa Payı, s. 10.

²⁰⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 75; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 169.

Yapının teslim tarihi anlaşma ile belirlenmemişse sözleşmedeki bu boşluğun işin niteliğine göre (TBK m. 90; eBK m. 74) ve tarafların farazî iradelerine dayanılarak doldurulması gerekir²⁰⁸. Taraflarca vadenin öngörülmediği durumlarda her ne kadar TBK'nun 90. maddesi gereğince borcun derhal ifası gerekeceği düzenlenmişse de, genel olarak iş görme sözleşmelerinde ve bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işin mahiyeti gereği borcun ifasının derhal istenemeyeceği ortadadır. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapının meydana getirilmesi belli bir süreye ihtiyaç gösterir. Bu noktada yüklenicinin borcunun işin yapılması için gereken makul bir sürenin sonunda muaccel hale geleceğinin kabulü gerekir. Burada makul sürenin belirlenmesinde esas alınacak hüküm TMK m. 2'dir. Her somut olayda, sözleşme konusu eseri meydana getirmek için tecrübeli bir uzmanın olağan koşullar altında işe zamanında başlayıp, olağan çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak sürekli bir çalışma ile ne kadar süre harcayacağı göz önünde tutulur²⁰⁹.

1.2.1.3.3.2. Teslimi İspat Yükü

Eserin sözleşmeye uygun bir şekilde tamamlanarak teslim edildiğini ispat yükü yükleniciye düşer²¹⁰. Ancak ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin teslim alınan eserin

²⁰⁸ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 484; Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yenilenmiş 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004 s. 334; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 129; Aral, Ö.B.İ., s. 358-359; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 28; Yener, Arsa Payı, s. 10; Kurt, Temerrüt, s. 93; Duman, İnşaat Hukuku, s. 358; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 170; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 110; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 72; Yavuz, Özel Hükümler, s. 454.

²⁰⁹ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 129; Şahin, Teslim Borcu, s. 75; Gökyayla, Ek İş, s. 197, Aral, Ö.B.İ., s. 359; Kurt, Temerrüt, s. 93-94; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 66; Duman, İnşaat Hukuku, s. 358; Yavuz, Özel Hükümler, s. 454.

²¹⁰ Yakuppur, Teslim Borcu, s. 67; Şahin, Teslim Borcu, s. 76; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 194. Yargıtay 15. HD'nin 13.04.1992 T., 4986 E./1929 K.: "(...) raporda inşaatla halen eksik işlerin mevcut olduğu saptanmış ve davalı yüklenici de teslim keyfiyetini usulen ispat edememiş olmakla bu davacılar yönünden kira tazminatına hükmedilmesi gerekir. (...)" (Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 75); Yargıtay 15. HD'nin 21.12.1995 T., 7007 E./7612 K.: "(...) Teslim hususunu davalı yüklenicinin ispat etmesi gerekmektedir (...)" (Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 82).

eksiklikler taşınması halinde, teslim anında bu eksikliklerin mevcut olduğunu ispat yükü bu iddiasından lehine haklar çıkaran iş sahibine aittir²¹¹.

Eserin teslim edilip edilmediği hususunun ispatında taraflar ispatın hangi delillerle yapılabileceği hususunda sözleşmeye hüküm koyabilirler. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibine isabet eden dairelerin teslim olgusu iskan raporunun alınmasına bağlandıysa teslimin kanıtı olarak iskan raporu dışında delil dinlenmez²¹². Bu durumda HMK m. 193 uyarınca bir delil sözleşmesi söz konusu olup, teslim fiili başka bir delille ispatlanamaz. Buna benzer bir delil sözleşmesi yoksa, teslimin yapıldığı her şekilde ispat edilebilir.

1.2.1.3.3.3. Teslimin Ek Şartlara Bağlanması

Teslimin yapılması sözleşme özgürlüğü çerçevesinde başka şartların yerine getirilmiş olmasına da bağlanabilir. Örneğin; teslim, yapı kullanma izin belgesinin (iskan ruhsatının) alınmış olması şartına bağlanabilir²¹³. Yapı kullanma izin belgesi, inşaatı tamamlanan yapıların, bina ile ilgili tüm teknik işlemler tamamlandıktan sonra, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğunu, kullanılmasında fen ve sağlık bakımından herhangi bir sakınca olmadığını, içeriğinde; ruhsat bilgilerini, inşaat bitim tarihini, sınıflarını gösteren ve Belediye İmar Müdürlüğü – Yapı Kullanma İzin Amirliğince düzenlenen bir belgedir.

İmar Kanunu 31. maddesine göre, söz konusu kanuna tabi yapılarda, “inşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir” şeklinde düzenleme mevcuttur. Belediyece yapı kullanma izninin verilmesi, yapının mevzuata uygunluğu ve

²¹¹ Şahin, Teslim Borcu, s. 77; Karataş, İnşaat, s. 143; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 67; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 250.

²¹² Şahin, Teslim Borcu, s. 78; Duman, İnşaat Hukuku, s. 360-361. Bu görüşte Yargıtay 15. HD.’nin 11.12.1995 T. 1995/6704-7302 sayılı K. için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 654.

²¹³ Yener, Arsa Payı, s. 25-26; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 42; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 51; Erman, İnşaat, s. 66; Kurt, Temerrüt, s. 73; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 110; Bilge, İnşaat, s. 29.

belediye hizmetlerinden yararlanabileceği anlamını taşımaktadır. Yargıtay tarafından, belediyece yapı kullanma izninin verilme tarihinin teslimi de oluşturup oluşturmadığı hususunda çeşitli tarihlerde farklı kararlar verilmiştir. Eski tarihli kararlarda²¹⁴ ancak iskan izninin alınması ile teslimin olduğu düşüncesi hakimken, sonraki tarihli bir kararında bu yöndeki düşüncede değişikliğe gidilmiştir²¹⁵. Böylece Yargıtay, “iskan izni alınmadan önce de inşaatın bitirilerek teslim edilebileceği, iskan raporu alma gününün eserin teslim tarihi olarak kabul edilmesi konusunda bir kesinlik taşımayacağı” fikrini kabul etmiştir. Yargıtay son kararlarında ise tekrar eski görüşüne dönmüş ve eğer sözleşmede eserin teslimi yapı kullanma izin belgesi alma şartına bağlanmışsa, eserin teslim edilmiş sayılması için bu belgenin alınması zaruretini öngörmüştür²¹⁶. Katıldığımız görüş²¹⁷ uyarınca da, sözleşmede teslim yapı kullanma izin belgesinin alınması şartına bağlanmışsa, yüklenici bu belgenin alınmasından önce teslimin yapıldığını ileri süremez. Sırf bu sebeple yüklenici temerrüde düşürülebilecektir. Yüklenicinin kullanma izni almamasına rağmen yapıyı kullanmaya başlayan iş sahibi ise, ifanın hiç yapılmadığını ileri sürerek yükleniciyi temerrüde düşüremeyecektir. Buna karşılık bu şartın yerine getirilmemesi hukuki ayıp şeklinde bir kötü ifa kabul edilerek yüklenicinin bunu almaya zorlanması,

²¹⁴ “(...) Esasen iskan müsaadesinin de aynı tarihte alınması nedeniyle teslim tarihi 18.1.1977’dir. (...)”. Yargıtay 15. HD. 26.06.1980 T. 1980/1175 E., 1980/1683 K. sayılı kararı için bkz.: Asuman Turanboy, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD., C. 41, S. 1-4, Y. 1989-1990, s. 155.

²¹⁵ “(...) İskan raporu alınma gününün kesinlikle eserin teslim tarihi olmayacağı düşünülmelidir. (...)” Yargıtay 15. HD.’nin 09.01.1981 T., 1981/236 E., 1981/252 K. sayılı kararı için bkz. YKD., Y. 1981, C.2, S. 8, s. 1301-1302.

²¹⁶ “(...) Sözleşmenin 5. maddesinde teslim yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla yapı kullanma izni alınmadıkça daha önce yapılmış olan eylemli teslim, yasal bir teslim sayılamaz. Somut olayda yasal ve eylemli bir teslim bulunmadığı gibi yapı kullanma izninin alınması olanağını sağlayan vekaletnamenin verilmesi yönünde yüklenicinin bir girişimi ve arsa sahiplerini bu konuda temerrüde düşürücü bir işlemin varlığı da iddia ve kanıtlanmış değildir. (...)” Yargıtay 15. HD. 28.06.2001 T., 1424/3548 sayılı K. için bkz. Erman, İnşaat, s. 31, dn. 8.

²¹⁷ Duman, İnşaat Hukuku, s. 355; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 42; Şahin, Teslim Borcu, s. 81; Kurt, Temerrüt, s. 74; Yener, Arsa Payı, s. 25-26; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 51; Erman, İnşaat, s. 66; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 196; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 110.

almadığı zaman ise sırf bu yüzden doğan zararın (izin iş sahibi tarafından alınması masrafları, gecikme zararı vb.) tazmini istenebilecektir²¹⁸.

Teslim, yüklenicinin iş tamamlandıktan sonra iş sahibine yazılı bildirimde bulunması gibi bir şarta bağlanmışsa bu bildirim yapılmaması teslimin gerçekleşmediğini göstermez. Somut olayın şartları gereğince teslimin bundan önceki aşamada yapılmış sayıldığı kabul edilebiliyorsa, bu şarta riayet edilmemesi, fiilen gerçekleşmiş olan teslimin hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz²¹⁹.

1.2.1.3.4. Teslim Borcunun İfa Edilmesinin Hukuki Sonuçları

Yapının teslimine ve dolayısıyla teslim alınmasına bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu kapsamda, arsa / iş sahibinin karşı edim borcunun muaccel olması, yarar ve hasarın intikali, ayıba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması, ayıba karşı tekeffülde muayene ve ihbar sürelerinin işlemeye başlaması, ayıptan kaynaklı hakların ortaya çıkması gibi hukuki sonuçlar, yapının teslimine bağlanmıştır.

1.2.1.3.4.1. Arsa Sahibinin Karşı Edim Borcunun Muaccel Olması

Eser sözleşmelerinde, iş sahibinin ücret ödeme borcu, yapımı kararlaştırılan eserin iş sahibine teslimiyle muaccel olur. Eser sözleşmesinde eserin teslimi ile ücret (semen) borcunun ifasının aynı zamanda karşılıklı olarak yerine getirilmesi ilkesi söz konusudur. Bu ilke, eBK m. 364/I'deki "*işin parası teslim zamanında ödenir*" düzenlemesinden anlaşılmaktadır. TBK m. 479/I maddesine göre de; "*İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur*" denilerek bu düzenleme

²¹⁸ Öz, Dönme, s. 170; Şahin, Teslim Borcu, s. 81; Yener, Arsa Payı, s. 26; Bilge, İnşaat, s. 36.

²¹⁹ Ayan, Temerrüt, s. 83; Şahin, Teslim Borcu, s. 82-83; Kurt, Temerrüt, s. 83.

korunmuştur. Ancak bu düzenlemeler emredici nitelikte olmayıp taraflarca aksi kararlaştırılabilen düzenlemelerdir²²⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, isimsiz sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesinde baskın görüş olan kıyas yöntemi uygulanarak, TBK m. 479/I (eBK m. 464/I) hükmü uyarınca çözüme gidilmelidir. Buna göre, arsa / iş sahibinin edim borcu olan, götürü bedeldeki belirli arsa paylarının yükleniciye devri borcu, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesiyle doğmaktadır²²¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karşılıklı edimler içeren bir sözleşme olması hasebiyle iş sahibinin taahhüt ettiği arsa payını yükleniciye devrinde temerrüde düşmesi üzerine, borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 123-125 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Burada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belirli tek bir türde değil, bazı farklı yöntemlerle yapıldığını göz önünde tutarak karşı edim borcunun muacceliyet anının ve kapsamının değişebileceği unutulmamalıdır. Buna göre; arsa sahibi ile yüklenici arasında, baştan, arsanın tamamının yükleniciye devredilmesi gerektiği kararlaştırılmış olabilir. Bu şekilde kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde doğal olarak arsa sahibinin karşı edim borcu en baştan sözleşmenin kurulmasıyla muaccel olmaktadır. Bu durumda inşaatın tamamlanıp teslimiyle birlikte TBK m. 479/I uyarınca mevcut olması gereken karşı edim borcu söz konusu olmayıp, aksine, arsa sahibine ait olması kararlaştırılan bağımsız bölümlerin, inşaatın tamamlanmasıyla birlikte yüklenici tarafından arsa / iş sahibine tapuda devri gerekmektedir. Devredilmeyen kısımlar zaten tapuda yüklenici üzerinde gözükmektedir. Bu açıdan eserin teslimiyle birlikte iş sahibi tarafından bir karşı edim borcu söz konusu olmamaktadır.

²²⁰ Şahin, Teslim Borcu, s. 84; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 172; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 166; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 213 vd.; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 198; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 48; Erzurumluoğlu, Ö.B.İ., s. 169; Zevkliler, Ö.B.İ., s. 342; Aral, Ö.B.İ., s. 389; Yavuz, Özel Hükümler, s. 471.

²²¹ Öz, İnşaat, s. 87; Öz, Dönme, s. 171; Yener, Arsa Payı, s. 31; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 70; Duman, İnşaat Hukuku, s. 550; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 199; Bilge, İnşaat, s. 31.

Bir diğer ihtimal de, sözleşmede arsa paylarının devrinin inşaatın yapıldığı ölçüye göre kısım kısım devredileceğinin kararlaştırılmış olmasıdır. Bu durumda yükleniciye baştan bir pay devri söz konusu olmayıp, sözleşmede kararlaştırılan aşamalara ulaşılması sonucu kısım kısım yapılan devir işlemleri söz konusudur. Bu durumda da eser sözleşmelerine ilişkin olarak aksi kararlaştırılabilir nitelikte olan TBK m. 479/I hükmünün uygulanmadığı bir durum mevcuttur. Karşı edim borcu eserin tamamlanıp teslimiyle değil, inşaatın belli seviyelere ulaşmasını müteakip kısım kısım ifa edilmektedir²²². İhtirazı kayıt olmaksızın karşı edim olarak yapılan kısmi pay devirleri yapının devredilen kısmının sözleşmeye uygun olduğunun kabulü anlamına gelir. Yapılan iş karşılığında devredileceği öngörülen arsa payının devredilmemesi durumunda arsa sahibi borçlu temerrüdüne düşmüş olacaktır²²³.

Sözleşmenin uygulamada da en çok görülen bir diğer düzenlemesi olan arsa paylarının satışının vaadi ve yüklenicinin inşaatı yapmayı taahhüt etmesi durumunda ise, genel düzenlemeye uygun olarak öncelikle yüklenicinin taahhüdünü yerine getirip yapıyı teslim etmesi, sonrasında ise arsa sahibinin karşı edim borcu olan arsa paylarının yahut kararlaştırılan bağımsız bölümlerin tapuda yükleniciye devri söz konusu olmaktadır. Bu durumun da aksinin kararlaştırılması mümkündür; yani inşaat tamamlanıp teslim edilmeden de tapuda yükleniciye devir yapılabilmektedir. Ancak, taraflar arasında böyle bir kararlaştırma söz konusu değilse, iş sahibinin karşı edim borcu yapının bitirilip teslim edilmesiyle muaccel olur.

İş/arsa sahibinin, yapının teslim edilmesini müteakip ifa etmek zorunda olduğu karşı edim borcu olan belirli arsa paylarının yükleniciye devrine ilişkin olarak, taşınmaz satımında satıcının borcunu düzenleyen hükümler

²²² Gökyayla, Ek İş, s. 25; Şahin, Teslim Borcu, s. 85; Kurt, Temerrüt, s. 154; Yener, Arsa Payı, s. 32; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 196; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 552; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 215.

²²³ Öz, İnşaat, s. 88; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 222 vd.; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 215; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 48; Zevkliler, Ö.B.İ., s. 343; Yavuz, Özel Hükümler, s. 473; Duman, İnşaat Hukuku, s. 550.

uygulanacağından söz konusu devir borcu on yıllık zamanaşımına tabidir²²⁴. Zira beş yıllık zamanaşımı getiren TBK m. 147 hükmü taşınmaz satım sözleşmelerini kapsamamaktadır. Ancak bu durum, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde karşılıklı asli edim yükümlülüklerinin zamanaşımının farklı olmasından dolayı bir sorun teşkil eder. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işi yapma borcu TBK m. 147/b.6 uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olacağından, kendi inşaat borcu çoktan zamanaşımına uğramış bulunan yüklenicinin arsa sahibinin talebine karşı zamanaşımı def'ini ileri sürerken, zamanaşımına uğramamış olan alacağını talep edebilmesi söz konusu olacaktır. ÖZ bu durumda yüklenicinin bir yandan alacağını talep ederken öte yandan borcunu ifadan zamanaşımı def'i ile kaçınmasını "hakkın kötüye kullanılması" olarak değerlendirmekte ve MK m. 2/2 uyarınca böyle bir talebin göz önüne alınmaması gerektiğini belirtmektedir²²⁵.

İş sahibinin eseri muayene etmeden önce karşı edim borcu olan arsa paylarını devretmek zorunda olup olmadığını da değerlendirmek gerekir. İş sahibinin edim borcu yüklenicinin inşaatı teslimiyle birlikte muaccel olacağından, kural olarak teslimden sonra muayene için beklenilmesi ve bunun sonunda yüklenici lehine pay devrinin gerçekleştirilmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Bununla birlikte doktrinde, iş sahibine eseri teslim almadan önce masrafları kendisine ait olmak üzere eseri muayene imkanı vermenin yararlı olacağı ifade edilmektedir²²⁶. Sözleşmenin taraflarının da, arsa sahibinin karşı edim borcunun eserin tamamlanıp muayenesinin yapılmasından sonra muaccel olacağını kararlaştırmaları mümkündür.

Eserin ayıplı teslimi halinde, arsa sahibinin karşı edim borcunun ifasından kaçınmasının mümkün olup olmadığı hususuna değinmekte fayda vardır. Bu noktada

²²⁴ Öz, İnşaat, s. 91.

²²⁵ Öz, İnşaat, s. 91.

²²⁶ Tunçomağ, C.II, Ö.B.İ. s. 1049; Şahin, Teslim Borcu, s. 86; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 310.

doktrinde hakim olan görüşe²²⁷ göre, karşı edim borcunun (belirli arsa payları devrinin) muaccel hale gelebilmesi için kural olarak yüklenicinin inşaatı ayıpsız ve sözleşmeye her bakımdan uygun şekilde tamamlayarak teslim etmiş olması gerekmektedir. Ayıplı eser teslim edilmek istenmesi durumunda iş sahibi TBK m. 97 (eBK m. 81) hükmüne kıyasen sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürerek veya ayıba karşı tekeffülden kaynaklı haklarına dayanmak suretiyle eserdeki ayıp giderilene kadar karşı edim borcunu ödemekten kaçınabilir²²⁸. Ancak bunun için ayıbın TBK m. 475/I (eBK m. 360/I) uyarınca, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ve hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı derecede olması gerektiği söylenmektedir. Ayıbın önemli olup olmadığının tespitinde ise TMK m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralından yararlanılmalıdır²²⁹.

1.2.1.3.4.2. Arsa Sahibine Ait Olacak Bölümler Açısından Yarar ve Hasarın Arsa Sahibine (İş Sahibine) Geçmesi

Eski Borçlar Kanunu'na göre satış sözleşmesinde parça borçları bakımından yarar ve hasarın geçişini düzenleyen m. 183/I'e göre halin icabından veya özel şartlardan doğan istisnalar dışında satılan şeyin yarar ve hasarı akdin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçmekteydi. Böylece akdin kurulmasıyla bedel hasarı alıcıya ait olmaktadır. Akdin kurulduğu an ile ifa (teslim) anı arasında satılanın hasara uğraması halinde alıcı satım sözleşmesiyle kararlaştırılan bedelin tamamını satıcıya ödemek zorundaydı. Kanun koyucu yeni TBK ile yarar ve hasarın geçişini kapsamlı olarak değiştirmiştir. 208. maddeye göre; *“Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.”*

²²⁷ Yavuz, Özel Hükümler, s. 472; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 310; Öz, İnşaat, s. 90-91; Duman, İnşaat Hukuku, s. 549; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 197.

²²⁸ Şahin, Teslim Borcu, s. 87; Yavuz, Özel Hükümler, s. 472; Duman, İnşaat Hukuku, s. 549.

²²⁹ Şahin, Teslim Borcu, s. 87.

Eser sözleşmesinde de yarar ve hasar eserin teslimi ile iş sahibine geçer. Teslimden önce meydana gelen hasara ilişkin TBK m. 483/I (eBK m. 368/I) hükmü; *“Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa işsahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.”* düzenlemesini içermektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ‘anahtar teslim’ sözleşme olması hasebiyle malzemeyi yüklenici sağladığından, hasara da o katlanır.

İş sahibi yüklenici tarafından meydana getirilen eseri teslim almada temerrüde düşmüşse, temerrüde düştüğü andan itibaren hasar iş / arsa sahibine geçer. Burada iş sahibinin temerrüde düşmesinde göz önüne alınan zaman kabul edilmeme zamanı olmayıp, iş sahibinin tamamlanmış eseri teslim almama zamanıdır.

Teslimden önce hasarın iş sahibine ait olacağı bir başka durum ise; TBK m. 483/II’de ifade edilen, eserin iş sahibine isnadı kabil nedenlerle telef olması veya kısmen zarara uğraması halidir²³⁰. Örneğin, arsanın ayıplı olması veya iş / arsa sahibince ifanın yerine getirilmesi için katkı yapılması gereken hallerde üzerine düşen akdi yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gibi davranışlar neticesinde eserin zarara uğraması durumunda meydana gelen zarardan, yapı teslim edilememesine rağmen iş / arsa sahibi sorumlu olur.

1.2.1.3.4.3. Ayıptan Kaynaklı Hakların Ortaya Çıkması ile Buna İlişkin Sürelerin İşlemeye Başlaması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin sahip olduğu haklar TBK m. 475 (eBK m. 360)’da düzenleme alanı bulmuştur. Madde kapsamında iş sahibi sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi,

²³⁰ Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 562; Erzurumluoğlu, Ö.B.İ., s. 178; Şahin, Teslim Borcu, s. 90; Duman, İnşaat Hukuku, s. 745; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 1067 vd.; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 236 vd.; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 91; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 149 vd.

eserin tamiri ve tazminat talep etme haklarına sahip olmaktadır. Bu haklardan ilk üçü seçimlik talepler olup iş sahibi dilediğini kullanabilir. İş sahibinin seçim yetkisi bu taleplerin her biri için TBK m. 475 (eBK m. 360)'da belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bunun yanında ayıby takip eden zararlara dönük tazminat istemi, seçilen diğer taleplerle (dönme, ücretin indirilmesi ve tamir) birlikte istenebilir. Bu seçimlik hakların kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmaz. Buna karşılık tazminat istemi için kusur aranır.

TBK m. 475 (eBK m. 360)'da ifade edilen tüm bu haklar ayıplı eserin teslim edilmesiyle birlikte ortaya çıkar. Buna karşın bu haklardan doğan talepler, şartların gerçekleşmesi anından başlayarak ileri sürülebilir. Yani, hakkın doğumu ile kullanımı arasına muayene ve ihbar şartı girmektedir. Ayıptan kaynaklı haklar eserin teslim edilmesiyle birlikte ortaya çıktığından, eserin teslim alınmasından önce yalnızca ayıpsız bir eserin teslimi talep edilebilir²³¹.

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için muayene ve ihbar külfetlerini süresi içerisinde yerine getirmesi gerekir. Bu süreler de TBK m. 474/I (eBK m. 359/I) hükmü uyarınca bağımsız bölümlerin kendisine teslim edilmesi ile işlemeye başlar²³².

Ayıba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı süreleri de bağımsız bölümlerin teslimi ile birlikte işlemeye başlar. TBK m. 478'deki,

²³¹ Şahin, Teslim Borcu, s. 96-97; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 90; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 112-113; Bilge, İnşaat, s. 70.

²³² Aral, Ö.B.İ., s. 368; Kurt, Temerrüt, s. 84; Turanboy, Mesuliyet, s. 157; Şahin, Teslim Borcu s. 94; Kanber, İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluk, s. 40; Erzurumluoğlu, Ö.B.İ., s. 175; Zevkliler, Ö.B.İ., s. 339; Yavuz, Özel Hükümler, s. 458; Ergezen, Sözleşmeyi Sona erdirme Hakkı, s. 67; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 118; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 107; Bilge, İnşaat, s. 70; Duman, İnşaat Hukuku, s. 415, 420. “(...) İşin tesliminden sonra hemen muayene ve varsa ayıplarını ihbar etmeyen iş sahibi, ayıplı işlerden dolayı artık talepte bulunamaz. (...)” Yargıtay 15. HD.’nin 29.05.1991 T., 1991/215-2858 K. sayılı kararı için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 515; “(...) İş sahibinin eserdeki açık ayıpları makul sürede ihbar yükümlülüğünün başlayabilmesi için de eserin teslim edildiğinin yüklenici tarafından kanıtlanması gerekir. (...)” Yargıtay 15. HD.’nin 24.04.2002 T. 2002/1758 E. 2002/1989 K. sayılı kararı için bkz. Dayınlı, Temerrüt, s. 56.

“yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” hükmü ile ayıba karşı tekeffülden doğan davaların zamanaşımı süresinin eserin teslimi ile başlayacağı açıkça öngörülmüştür. Taşınmazlar yönünden eBK m. 363’deki beş yıllık zamanaşımı süresi TBK’nda da yer almış, bununla birlikte yüklenicinin ağır kusurunun olduğu durumlarda ise ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın zamanaşımının yirmi yıl olacağı ifade edilmiştir.

1.2.2. Sözleşmede Yer Alan Diğer Yükümlülükleri (Yan Edim Yükümlülüklerini) İfa Borcu

1.2.2.1. İmar Durumuna ve Sözleşmeye Uygun Plan ve Projelerin Yapılması

Arsanın bulunduğu yerde, yapının inşasına başlanılmadan önce yetkili belediyenin denetimi söz konusu olur. Bu denetim bazı plan ve projelerin çizdirilerek belediyeye verilmesi ile başlar. Bunlar; mimari proje (1/500 ölçekli umumi vaziyet planı, 1/50 veya 1/100 ölçekli temel, bodrum ve kat planları, 1/50 ve 1/100 ölçekli en az iki tam kesit, 1/50 veya 1/100 ölçekli yeteri kadar cephe resimleri), statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya ebatlı krokilerdir²³³.

Bu projelerin imar durumuna uygun çizdirilmesi gerekir. Projelerin kural olarak arsa sahibi tarafından çizdirilmesi gerekir fakat taraflar sözleşmede bu işin yükleniciye ait olacağını kararlaştırabilirler. Uygulamada, sözleşmelere bu şekilde hüküm konulmakta ve yüklenicinin yaptıracığı projelerin arsa sahibi tarafından onaylanması söz konusu olmaktadır. Yüklenici, inşaatı tasdik edilen bu projelere uygun yapmak zorunda olduğundan, bina projeler ihlal edilerek yapılmışsa, yüklenici

²³³ Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 288-289; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 66.

sözleşmeye aykırı davranmış sayılır. Sözleşmede projelerin yaptırılması için süre kararlaştırılmışsa bu süre içinde, yoksa geçecek makul süre içinde projelerin yapılması ve onaylatılması gerekir.

Binanın tasdikli plan ve projesine aykırı yapılması durumunda, aykırılığın giderilme durumu da söz konusu olmazsa eser ayıplı sayılır ve arsa sahibi ayıplı eseri kabule zorlanamaz. Edimini gerektiği gibi yerine getirmeyen yüklenici arsa sahibinden tapu devri de isteyemez²³⁴.

1.2.2.2. Yapı Ruhsatını ve Yapı Kullanma İznini Alma Borcu

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca 26. ve 27. maddelerde yer alan istisnalar dışında inşaata başlanmadan önce tüm yapılar için ruhsat alma zorunluluğu vardır. Ancak bu şart ile arsa sahibine taşınmazı üzerinde imara uygun bir yapı yapabilmesine izin verilmektedir²³⁵. Söz konusu ruhsatın alımı yükümlülüğü, İmar Kanunu m. 22'deki "*Yapı ruhsatıyesi almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir*" hükmünden hareketle arsa sahibine aittir. Ancak uygulamada genellikle, yapı ruhsatı alma yükümlülüğü sözleşme ile yükleniciye verilmektedir.

Kural olarak arsa sahibi tarafından alınması gereken inşaat ruhsatı alınmamış ve yüklenici inşaata ait ruhsat alınması zorunluluğu konusunda uyarı görevini yerine getirmemişse, yüklenici yaptığı yasaya aykırı inşaattan dolayı bedel isteyemez²³⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı ruhsatının alınmasının yükleniciye bırakıldığı durumlarda ise, ruhsat alımında problemlerin ortaya çıkması halinde,

²³⁴ Duman, İnşaat Hukuku, s. 306-307; Yargıtay 15. HD.'nin 15.04.1999 T. 562/1452 sayılı kararı da bu yöndedir (bkz. Karataş, İnşaat, s. 298).

²³⁵ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 83; Şahin, Teslim Borcu, s.111; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 185 vd.; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 75; Duman, İnşaat Hukuku, s. 300.

²³⁶ Bu yönde Yargıtay 15. HD.'nin 20.06.2002 T. 1937/3347 sayılı K. için bkz. Karataş, İnşaat, s. 292. Kurt, Temerrüt, s. 74; Yener, Arsa Payı, s. 25-26; Duman, İnşaat Hukuku, s. 302.

yüklenici durumu uygun bir süre içerisinde arsa sahibine bildirmelidir. Aksi halde bu durumdan dolayı sorumludur²³⁷.

Yüklenici sözleşme gereği alımını üstlendiği inşaat ruhsatını almadan yahut alınmış olan ruhsata aykırı şekilde inşaat meydana getirdiği durumlarda, yapı kaçak yapı olarak kabul edilir. İmar Kanunu m. 32 kapsamında belediye veya valilikçe böyle bir durumun tespiti halinde yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Durdurmanın yapı sahibine tebliğinden itibaren en çok bir ay içerisinde, yapı sahibi yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediye veya valilikten mührü kaldırmasını ister. Ruhsata aykırılık olan yapıda aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür belediye veya valilikçe kaldırılır. Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir²³⁸. Bu durumun sonucu olarak da arsa sahibinden tapuyu devretmesi istenemeyecektir²³⁹.

Yapı kullanma izni alınması yükümlülüğü ise, İmar Kanunu m. 30 kapsamında mal sahibince yerine getirilir. Ancak sözleşme ile bunun yüklenici tarafından alınması kararlaştırılabilir. İmar Kanunu m. 31 uyarınca yapı kullanma izninin alınmaması halinde ilgili yapılar izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalanamazlar. Yüklenici tarafından

²³⁷ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 83; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 275; Şahin, Teslim Borcu, s. 112; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 81.

²³⁸ Şahin, Teslim Borcu, s. 11; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 185; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 81; Duman, İnşaat Hukuku, s. 300.

²³⁹ Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 186; Duman, İnşaat Hukuku, s. 304. “(...) İmar Kanunu ve bu kanuna uygun tasdikli projesine göre inşaat yapmayan yüklenicinin edimini ifa ettiği, sözleşmeyle öngörülen tapu devrine hak kazandığı düşünülemez. (...)” Yargıtay 15. HD.’nin 19.09.2002 T. 2002/1577-4036 sayılı K. için bkz. Kostakoğlu, İnşaat, s. 501-502; “(...) Projesiz ve ruhsatsız olarak kat karşılığı yapılan inşaatın hukuki ayıplı olduğunun kabulü gerekir. Hukuki ayıbın giderilmesi mümkün olan inşaat tamamlanmış olduğu takdirde yüklenici tarafından payına düşen dairelerin arsa paylarının ferağı istenebilir. (...)” Yargıtay 15. HD. 18.04.1983 T. 1983/438-964 sayılı K. için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 548-550.

alınacağı kararlaştırılan durumlarda yapı kullanma izninin alınmaması hukuki ayıp teşkil eder. Bu hukuki ayıbın giderilmesi masrafları yükleniciye ait olmak üzere istenebilecektir (TBK m. 475; eBK m. 360). Eğer yapı kullanma izni alınamayacak bir durum mevcut olursa, bu durumda iş sahibinin sözleşmeden dönmek dışında seçeneği kalmayacaktır²⁴⁰.

1.2.2.3. Kat İrtifakını ve Kat Mülkiyetini Kurma Borcu

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m.1 hükmü uyarınca; kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurma yetkisi kural olarak taşınmaz malikinindir. Ancak kat irtifakı ve kat mülkiyetinin kurulması için gerekli olan işlemlerin yapılması sözleşmeyle yükleniciye bırakılmışsa veya vekaletname verilmişse artık yükümlülük yükleniciye ait olacaktır. Buradaki yükümlülüğün yerine getirilmemesi hukuki ayıp olarak sayılabilir²⁴¹.

1.2.2.4. Vergileri Ödeme Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin konusu olup kat irtifakına veya kat mülkiyetine bağlanmış olan arsa ve binalar emlak vergisine tabi olacaktır. Bu bağlamda emlak vergisinin yükümlüsü tapuda malik olarak gözüken kişidir. Sözleşme ile henüz tapudan yükleniciye devrin yapılmadığı durumlarda verginin yükümlüsü iş sahibi olacaktır. Ancak sözleşme özgürlüğü içerisinde taraflar, iş sahibine ait olan bu yükümün yüklenici tarafından yerine getirilmesini kararlaştırabilirler²⁴². Bu durum verginin kanuniliği ilkesi gereği verginin yükümlüsünü değiştirmez ve iş sahibinin vergiden sorumluluğu devam eder²⁴³.

²⁴⁰ Şahin, Teslim Borcu, s. 114.

²⁴¹ Şahin, Teslim Borcu, s. 115.

²⁴² Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 84; Şahin, Teslim Borcu, s. 115.

²⁴³ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 84-85; Şahin, Teslim Borcu, s. 115.

İKİNCİ BÖLÜM

İFA ve BORÇLU TEMERRÜDÜ KAVRAMLARI ile YÜKLENİCİNİN ESERİ (BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİ) TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN ŞARTLARI ve SONUÇLARI

2.1. İFA VE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ KAVRAMLARI

2.1.1. İfa Kavramı

Türk Borçlar Kanunu'nun 83 ila 112. (eBK m. 67 ila 96) maddeleri arasında borçların ifası ve borçların ifa edilmemesinin sonuçları düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde ifa kavramı tanımlanmamaktadır. Doktrindeki tanıma göre ifa; borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir²⁴⁴. Borcun gereği gibi ifası söyleminden borcun tam ve doğru olarak ifa edilmesi anlaşılır. Bu anlamda, borçlunun borçlandığı edimin, ifa tarz ve unsurlarına, bu kapsamda ifanın taraflarına, yer ve zamanına, miktarına ve niteliğine uygun olarak eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi borcun gereği gibi ifası anlamı taşır²⁴⁵.

Borcun gereği gibi ifasına uymayan kısmî ifa, edim bir bütün olarak borçlanıldığı ve tamamı tek seferde muaccel olduğu için alacaklı tarafından kabul edilmek zorunda değildir. Bu durum, TBK m. 84'de "*Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü

²⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 906; S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1985, s. 1009; Turgut Önen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yargı Yayınevi, 1999, s. 180; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s. 105; Şahin, Teslim Borcu, s. 135; Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2006, s. 96; Tunçomağ, C.I, Genel Hükümler, s. 663.

²⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 906; Şahin, Teslim Borcu, s. 135.

gibi, borcun ifasında bütünlük ilkesini kabul eden kanun, kısmî ifanın kabulünü alacaklının iradesine bırakmıştır²⁴⁶. Ancak sözleşmede edimin ifasının kısım kısım yerine getirileceği yönünde bir düzenleme yapılmışsa, alacaklı uygun şekilde sunulan kısmî ifayı reddedemez²⁴⁷.

İfa kavramı borcun niteliğine göre değişiklik arz etmektedir. Şöyle ki; hizmet sözleşmelerinde ifa, iş görenin edim fiilini zamana yayılan şekilde yerine getirmesi anlamı taşıırken, eser sözleşmelerinde ise yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim etme yükümlülüğü olarak karşımıza çıkar²⁴⁸.

eBK'nun 62, 84, 87, 166 ve 170. maddelerinde geçen kelimelerde ifa kavramı yerine ödeme kavramı kullanılmıştı. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda 112. madde ile başlayan ikinci ayırımında ise "borçların ifa edilmemesinin sonuçları" denilmek suretiyle yerinde bir kavram değişikliğine gidilmiştir. Zira ödeme (tediye) kavramı yalnızca para borçlarının yerine getirilmesi amacıyla kullanılabilir bir kavramdır²⁴⁹. İfa ise, para borçları dışında, verme, yapma, yapmama borçlarını da kapsayacak şekilde kullanılabilir bir kavramdır²⁵⁰.

İfa kural olarak borç ilişkisini sona erdirmez. Borç ilişkisinin içerdiği münferit edimleri ve borcu sonlandırır. İfa, ilişkin olduğu edim borcunu sona erdiren, bu edime ilişkin alacak hakkını da ortadan kaldıran bir olaydır. Bu sebeple ifa, usul

²⁴⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 919.

²⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 922.

²⁴⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 906; Serozan, İfa, s. 12; Şahin, Teslim Borcu, s. 136; Selimoğlu, "Faruk Erem Armağanı", s. 690.

²⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 907; İnan, Genel Hükümler, s. 449; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1009; Şahin, Teslim Borcu, s. 136.

²⁵⁰ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 522; Eren, Genel Hükümler, s. 907; Tunçomağ, C.I, Genel Hükümler, s. 663; İnan, Genel Hükümler, s. 449; Şahin, Teslim Borcu, s. 136.

hukuku açısından itiraz teşkil eder ve dolayısıyla ifanın varlığı hakim tarafından re'sen nazara alınır²⁵¹.

2.1.2. Borçlunun Temerrüdü Kavramı

Borca aykırılık hallerinden biri olan temerrüt, kendi içerisinde alacaklının ve borçlunun temerrüdü olarak ikiye ayrılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda temerrüde ilişkin bir tanım mevcut değildir. Bu bağlamda doktrinde yazarlarca çeşitli tanımlamalar getirilmiştir. Bu tanımlardan birine göre borçlu temerrüdü; borçlunun, muaccel ve ifası mümkün bir borcun ifasını objektif olarak borca aykırı biçimde geciktirmesi anlamına gelir²⁵². Bu tanımın ifada gecikmeyi ifade ettiği ve temerrüt kavramını açıklamada şekli şart olan 'ihtar' yönünden eksik kaldığı belirtilmiş ve şu şekilde bir tanım getirilmiştir: "Temerrüt, halen ifası mümkün ve muaccel bir borcun zamanında yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının ihtarıyla veya bazı hallerde ihtara gerek olmaksızın borçlunun içine düşürüldüğü veya düştüğü bir sorumluluk halidir."²⁵³

Temerrüt durumunun, borçlunun durumunu ağırlaştırıcı bir takım sonuçları vardır. Temerrüde düşen borçlu, temerrüt sürecinde umulmayan halden meydana gelen zararlardan sorumlu olur.

Borçlunun temerrüdünü diğer borca aykırılık halleri olan, kusurlu sonraki imkansızlık, kötü ifa ve sözleşmenin müspet ihlali kavramlarından ayırmak gerekir. Sözleşmenin kurulması sırasında ifası mümkün olan bir edimin, borcun muaccel olmasından sonra veya önce ifasının borçluya isnadı kabil bir sebeple borçlu bakımından sürekli ve kesin olarak imkansız hale gelmesine kusurlu sonraki

²⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s. 908.

²⁵² Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 295; Eren, Genel Hükümler, s. 1089-1090; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 484.

²⁵³ Şahin, Teslim Borcu, s. 137.

imkansızlık adı verilmektedir²⁵⁴. Söz konusu bu durum TBK m. 112 (eBK m. 96)'da düzenlenmiştir. Borçlu temerrüdünün söz konusu olabilmesi için “sonraki kusurlu imkansızlık”tan farklı olarak sözleşme kurulduktan sonra edimin ifasının mümkün olması gerekir. Kusurlu sonraki ifa imkansızlığında, borcun yerine getirilmesi imkansızlığa sebep olan olaydan sonra artık mümkün değildir. Borçlu temerrüdünde ise, borcun yerine getirilmesi açısından imkansızlık söz konusu değildir²⁵⁵.

Kötü ifa durumunda ise borçlu borcunu ifa etmiştir ancak, ifa borç ilişkisine veya ifada aranan unsurlara uygun düşmemektedir²⁵⁶. Borçlunun eseri teslim borcunda temerrüdünde ise henüz teslim borcu ifa edilmemiştir. Bu açıdan borçlu temerrüdü, ifanın zaman açısından borca aykırılığına işaret eder.

Diğer bir sözleşmeye aykırılık hali olan sözleşmenin müspet ihlali ise, taraflardan birinin sözleşmenin gayesini tehlikeye düşürecek veya akamete uğratacak hareketlerden kaçınması hususunda üzerine düşen vazifeyi yapmaması sonucu doğan bir sorumluluk halidir²⁵⁷. Sözleşmenin müspet ihlali durumunda, borçlunun yapması gereken bir şeyi yapmaması, eksik yapması söz konusudur. Borçlu temerrüdünde ise, borçlunun mükellefiyetlerini yerine getirmeyerek menfi bir tarzda borcunu ihlal etmesi söz konusu olmaktadır. Sözleşmenin müspet ihlali durumunda TBK m. 112 vd. (eBK m. 96 vd.) uygulanırken, temerrüt halinde TBK m. 117-125 (eBK m. 101-108) hükümleri uygulanır.

²⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1036; Serozan, Dönme, s. 272; Şahin, Teslim Borcu, s. 138; Yener, Arsa Payı, s. 13-14; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 227.

²⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1090; Şahin, Teslim Borcu, s. 138.

²⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1043; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 653; İnan, Genel Hükümler, s. 479; Serozan, İfa, s. 243; Şahin, Teslim Borcu, s. 138; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 120.

²⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1043-1044; İnan, Genel Hükümler, s. 480; Serozan, İfa, s. 242 vd.; Şahin, Teslim Borcu, s. 138.

2.2. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNU İFADA TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

Yüklenicinin eseri (bağımsız bölümleri) teslim borcunu ifada temerrüdü, TBK'nun eser sözleşmesine ilişkin 470-486 (eBK m. 355-371) hükümleri arasında düzenlenmemiştir. Bu nedenle yüklenicinin temerrüdünde, temerrüdün şartları ve sonuçlarında borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 117-125 (eBK m. 101-108) hükümleri uygulanır²⁵⁸. Bu durum kanun boşluğuna işaret etmez. Zira özel bir sözleşme türünde temerrüt durumuna ait düzenleme yapılmamıştır fakat genel nitelikli ve karşılıklı borç ilişkilerine uygulanabilecek olan TBK'nun genel hükümlerinde konuyla ilgili düzenleme mevcuttur.

Eser sözleşmesinde ve bu bağlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin eseri teslim borcunu ifada temerrüde düşmesinin şartları; edimin ifasının mümkün olması, eseri teslim borcunun muacceliyeti, eserin teslim edilmemiş olması, iş sahibince yükleniciye ihtarın yapılmış olması ve temerrüde engel olan sebeplerden birinin bulunmaması olarak ifade edilebilir.

2.2.1. Edimin İfasının Mümkün Olması

Borçlu temerrüdünün şartı olarak kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte, eser sözleşmesinde ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüdün varlığından söz edebilmek için, işin mahiyeti gereği temerrüde düşüldüğü anda

²⁵⁸ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 130; Öz, Dönme, s. 153; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 69; Aral, Ö.B.İ., s. 359; Erman, İnşaat, s. 78; Karataş, İnşaat, s. 155; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 194-195; Şahin, Teslim Borcu, s. 140; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 487; Kurt, Temerrüt, s. 88; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 73; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 545; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 111; Yener, Arsa Payı, s. 8; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 100; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 221; Yavuz, Özel Hükümler, s. 454-455; Bilge, İnşaat, s. 32.

edimin ifasının mümkün olması gerekir²⁵⁹. Bu bakımdan edimin ifasının mümkün hale gelmesini engelleyen ifa imkansızlığı durumuna değinmekte fayda vardır.

2.2.1.1. Genel Olarak İfa İmkansızlığı

İfa imkansızlığına ilişkin doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bir tanıma göre, edimin sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesinin (ifasının) mümkün olmaması ifa imkansızlığıdır²⁶⁰. Diğer bir tanıma göre ise, mevcut bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek hale gelmesi ifa imkansızlığı olarak adlandırılır²⁶¹. İmkansızlık mantıki, fiili ve hukuki imkansızlık olarak türlere ayrılabilir²⁶². Mantık kurallarına göre bir edimin yerine getirilmesi mümkün gözükmezse mantıki imkansızlık var demektir²⁶³. Fiili imkansızlık ise iş hayatındaki telakkiler, dürüstlük ve güven kuralları gereğince edimin borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır²⁶⁴. Borçlanılan edim emredici bir hukuk kuralı sebebiyle borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa bu durumda hukuki imkansızlıktan söz edilir²⁶⁵.

²⁵⁹ Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 280; Buz, Dönme, s. 101; Erman, İnşaat, s. 58; Öz, Dönme, s. 155; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 301-302; Önen, Genel Hükümler, s. 203; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 62; Ayan, Temerrüt, s. 91; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 111; Şahin, Teslim Borcu, s.141; Kurt, Temerrüt, s. 120; Aydınçık, Nama İfa, s. 198; Yener, Arsa Payı, s. 13; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 82; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 223; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 188; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 100; Bilge, İnşaat, s. 34.

²⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1036; Dural, İmkansızlık, s. 7 vd.

²⁶¹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 305; Akkanat, Alacaklı Temerrüdü, s. 33; Serozan, İfa, s. 163; Şahin, Teslim Borcu, s. 141; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 188.

²⁶² Eren, Genel Hükümler, s. 1037; Akkanat, Alacaklı Temerrüdü, s. 34-35; Şahin, Teslim Borcu, s. 141; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 190; Musatafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK m. 117)**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1976, s. 8 vd.

²⁶³ Eren, Genel Hükümler, s. 1037; Akkanat, Alacaklı Temerrüdü, s. 34; Şahin, Teslim Borcu, s. 141.

²⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1037; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 649; Şahin, Teslim Borcu, s. 141; Bilge, İnşaat, s. 160.

²⁶⁵ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 649; Eren, Genel Hükümler, s. 1038; Akkanat, Alacaklı Temerrüdü, s. 35; Şahin, Teslim Borcu, s. 142; Yener, Arsa Payı, s. 16; Kurt, Temerrüt, s. 132.

İfa imkansızlığı ayrıca; başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık, objektif ve sübjektif imkansızlık, sürekli ve geçici imkansızlık, tam ve kısmi imkansızlık, borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı sonraki imkansızlık olarak çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır²⁶⁶.

Temerrüdün mümkün olabilmesi açısından, edimin yerine getirilememesinin borçlunun (yüklenicinin) kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmaması diğer bir tabirle borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu olup olmaması bir fark yaratmaz²⁶⁷. Her iki halde de borcun ifasının imkansızlaşması üzerine temerrüt söz konusu olamaz. Buradaki imkansızlık durumunda yüklenicinin bundan sorumlu olup olmaması tarafların karşılıklı borçları açısından önemi haizdir. Yüklenicinin kusuru olmaksızın ifa imkansızlaşmışsa, karşılıklı borçlar ve bunlara bağlı olarak sözleşme ilişkisi hiçbir sorumluluk doğurmadan ortadan kalkarken (TBK m. 136; eBK m. 117); yüklenicinin kusuru sonucu edimin ifasının imkansızlaşması halinde, yüklenici, iş sahibinin bu yüzden doğan zararını tazmin etmekle yükümlü olacaktır²⁶⁸ (TBK m. 112; eBK m. 96). Burada ifade edilen imkansızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan objektif veya sübjektif imkansızlıktır.

Sözleşmenin kuruluşundan önce mevcut olan objektif imkansızlık²⁶⁹, TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzlük (eBK m. 20'de butlan) sebebidir ve sözleşmenin

²⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1038-1039; Şahin, Teslim Borcu, s. 142; Aydıncık, Nama İfa, s. 29 vd. ; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 190; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 50-51; Bilge, İnşaat, s. 161; Zekeriya Kürşat, "İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 756-759.

²⁶⁷ Öz, Dönme, s.156; Yener, Arsa Payı, s. 13; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 189-190.

²⁶⁸ Öz, Dönme, s. 155-156; Eren, Genel Hükümler, s. 1042; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1217; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 652; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 45; Erman, İnşaat, s. 59; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 485; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 280-281; Şahin, Teslim Borcu, s. 143; Dirican, Cezai Şart, s. 46; Yener, Arsa Payı, s. 13; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 226-227; Kurşat, İmkansızlık, s. 767.

²⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1038; Şahin, Teslim Borcu, s. 142; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 224. Objektif imkansızlık; edimin borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilememesi durumunu ifade eder.

geçersizliği sonucunu doğurur²⁷⁰. Böyle bir duruma uygulamada az rastlanılmaktadır. Örneğin, sözleşme konusu arsa üzerine inşaatın yapılması, imar mevzuatı uyarınca baştan itibaren imkansız ise, önceki objektif imkansızlık söz konusu olur. Sözleşmenin kurulmasından önceki subjektif imkansızlık halinde ise bu şekilde bir butlan müeyyidesi söz konusu olmayıp yüklenicinin kusuruna göre değerlendirme yapılır. Kusursuzluğu halinde TBK m. 136, kusurlu olması halinde ise TBK m. 112 uygulanır²⁷¹. Bu ihtimalde kusur, yüklenicinin sözleşmenin kurulması aşamasında borcun ifasının kendi açısından imkansız olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde sözleşmeyi kurması şeklinde ortaya çıkar²⁷². Subjektif imkansızlığın en sık rastlanan örneği, borçlunun edimin ifası için gerekli olan ekonomik olanaklardan yoksun olmasıdır. Sözleşme yapıldığı sırada yüklenicinin edimi ifa etmekte büyük güçlüğü uğrayacağı taraflarca bilinen bir durum ise yüklenicinin imkansızlık sebebiyle borçtan kurtulması mümkün olmaz. Borçlu kendi subjektif imkansızlığını sözleşme yapılırken bilmiyor idiyse sorumluluktan kurtulabilir²⁷³. Buna karşın doktrinde subjektif ifa imkansızlığı halinde borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir²⁷⁴. Buna göre, edimin ifası objektif olarak mümkün olduğu sürece, yüklenicinin ifa yeteneğinin bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur. Bu noktada edimin ifasının imkansızlığına yol açan, mali durumun bozulmasının yüklenicinin kusurundan ya da başka bir sebepten kaynaklanmasının istisnai olarak TBK m. 138'deki uyarılama müessesesi dışında bir önemi yoktur. Yüklenici kendi kusuru ya da hatasıyla mali durumunu bozmuşsa, mali durumunun bozulabileceği ihtimali olmasına rağmen sözleşme kurulurken bunu gözetmemişse yahut hiç beklemediği başka bir sebepten dolayı mali durumu bozulmuş ve borcunu

²⁷⁰ Öz, Dönme, s. 157; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 650; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 281; Karataş, İnşaat, s. 164; Şahin, Teslim Borcu, s. 143; Yener, Arsa Payı, s. 14; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 109; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 224; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 190; Bilge, İnşaat, s. 34; Kurşat, İmkansızlık, s. 759.

²⁷¹ Öz, Dönme, s. 157; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 44-45; Şahin, Teslim Borcu, s. 143; Yener, Arsa Payı, s. 14; Aydınçık, Nama İfa, s. 34; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 225.

²⁷² Öz, Dönme, s. 157; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1215; Şahin, Teslim Borcu, s. 143; Yener, Arsa Payı, s. 14; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 225.

²⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1215-1216; Şahin, Teslim Borcu, s. 143.

²⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1040; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 149; Buz, İmkansızlık, s. 25; Kurt, Temerrüt, s. 124.

ifa edemez hale gelmişse de sübjektif imkansızlık denilen durum ortaya çıkmaz. Zira bu durumun kabul edilmesi durumunda uygulamada temerrüt durumları son derece azalır, yerine sübjektif imkansızlık durumları artar²⁷⁵.

Bu konuda sözleşme kurulurken yüklenicinin kişisel yeteneklerinin belirli ölçüde göz önünde bulundurulup bulundurulmadığına bakmak gerekir. Genel olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin şahsının veya kişisel yeteneklerinin önemli ölçüde rol oynadığı durumlara rastlamak zordur. Bu bakımdan, sübjektif imkansızlık durumları, yüklenicinin kusuru olsun ya da olmasın, bir başkası tarafından inşaatın yapımına devam edilmesi mümkün olduğundan dolayı genel itibariyle imkansızlık olarak sayılmamalıdır. Yalnızca, borçlunun borcunu ifa edebilecek kapasitede olmadığını sözleşme kurulurken bilememesinin kendi kusurundan kaynaklanmadığı istisnai durumlarda sübjektif ifa imkansızlığı kabul edilmelidir²⁷⁶. Diğer yandan, yüklenicinin kişisel özellikleri nazara alınarak kurulmuş ve onun dışında bir başka yüklenicinin edim borcunu ifa etmesi iş sahibi tarafından kabul edilemeyecek olan sözleşmelerde ise objektif imkansızlığın mevcudiyeti söz konusu olur²⁷⁷.

İfa imkansızlığı ile aşırı ifa güclüğü birbirinden farklı kavramlardır. Aşırı ifa güclüğü'nün söz konusu olduğu durumlarda, borçlu edimini ifa edebilir ancak onun edimini ifa etmesi için göstermesi gereken çaba, alacaklının karşı edimi nazara alındığında aşırıdır. Aşırı ifa güclüğü halinde yüklenici kural olarak temerrüde düşürülebilir. Ancak, yukarıda belirtilen TBK m. 138'deki istisna gereğince

²⁷⁵ Aydınçık, Nama İfa, s. 35-36; Eren, Genel Hükümler, s. 1039. Aksi yönde: Öz, İnşaat, s. 159; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 188.

²⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1216-1217; Şahin, Teslim Borcu, s. 143; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 227. Karşı görüşte Aydınçık'a göre ise, şahsa bağlı nitelikte olmayan yapma borçları bakımından, borçlunun kusuru olmaksızın ortaya çıkan bir ifa engeli borcun imkansızlaşmasına yol açmaz (Aydınçık, Nama İfa, s. 33-34).

²⁷⁷ Kurt, Temerrüt, s. 123; Eren, Genel Hükümler, s. 1039; Erman, İnşaat, s. 61; Aydınçık, Nama İfa, s. 34; Dural, İmkansızlık, s. 88-89; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 189.

sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, örneğin, sözleşmenin bu çerçevede feshi söz konusu olabilir²⁷⁸.

İmkansızlığın, borçlu temerrüde düştükten sonra ortaya çıkması durumunda, olaya temerrüt ve imkansızlık hükümlerinden hangisinin uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu durumda, doktrinde, temerrüdün başlamasından imkansızlık gerçekleşene kadarki süre için temerrüt hükümlerinin ve daha sonrası içinse imkansızlık hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir²⁷⁹. Hakim görüşe göre böyle bir ihtimalde arsa / iş sahibi henüz sözleşmeden dönmeye fırsat bulamadan imkansızlık ortaya çıkarsa artık dönme hakkını kullanamaz²⁸⁰. Aksi görüşe göre²⁸¹ ise, edimin ifasının temerrüt hali meydana geldikten sonra imkansızlaşması durumunda dahi temerrüt hükümleri uygulanır (TBK m. 118-119; eBK m. 102). Ancak bu görüş yerinde değildir. Zira, TBK m. 118-119 hükmü temerrüde düşen borçlunun kusursuz ifa imkansızlığı halinde bile sorumlu tutulabilmesi ile ilgili olup bu hüküm ile imkansızlığa rağmen temerrüt hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek herhangi bir düzenleme getirilmemektedir²⁸².

2.2.1.2. Yüklenicinin Eseri Meydana Getirmeyeceğini Açıkça Bildirmesi

Yüklenicinin kesinlikle ifada bulunmayacağını bildirmesi üzerine nasıl bir yol izleneceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. EREN'e göre²⁸³,

²⁷⁸ Kurt, Temerrüt, s. 125; Eren, Genel Hükümler, s. 1040; Aydınçık, Nama İfa, s. 32 vd.; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 54; Kurşat, İmkansızlık, s. 755-756.

²⁷⁹ Öz, Dönme, s. 160; M. Kemal Oğuzman, **Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların İfası, İfa Edilmemesi, Sona Ermesi**, 3. Bası, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1979, s. 100; Aydınçık, Nama İfa, s. 199; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 83; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 189.

²⁸⁰ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 302; Öz, Dönme, s. 160; Ayan, Temerrüt, s. 156; Dirican, Cezai Şart, s. 46; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 83; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 281; Şahin, Teslim Borcu, s.146-147; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 485.

²⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1221; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 62; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 100.

²⁸² Şahin, Teslim Borcu, s. 147.

²⁸³ Eren, Genel Hükümler, s. 1051.

borçlunun alacaklıya ifadan önce borcu yerine getirmeyeceğini beyan etmesi durumunda imkansızlık söz konusu olmaz. Bu durumda borçluya karşı temerrüt hükümleri uygulanabilir. OĞUZMAN'a göre²⁸⁴ ise imkansızlık, mevcut bir borcun cebri icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesi olduğundan iş görme edimi içeren borçlarda borçlunun bu beyanı üzerine borç imkansızlaşmış sayılacak ve eBK m.96'ya göre tazminat borcu doğacaktır. Bu durumda temerrüt hükümlerine başvurulamayacaktır²⁸⁵. ÖZ de bu görüşün gerçekçi ve çıkarlar dengesine uygun olduğunu belirtmektedir²⁸⁶. ÖZ'e göre cebri icra yoluyla dahi ifası sağlanamayacak bir borcun hala imkansızlaşmadığından söz etmek inandırıcı olmaz. Ayrıca, ifa yalnızca borçluyu ilgilendiren bir kurum olmayıp, ifanın önemi borçludan çok alacaklı bakımındandır. Buna göre de, alacaklının kesinlikle ifayı elde edemeyecek hale geldiği bütün durumlar imkansızlık sayılmalıdır. İş görme edimini içeren bir borcun borçlusunun, kesinlikle ifada bulunmayacağını bildirmesi de bu hallerden biri olmaktadır. Yazar söz konusu görüşün pratik bakımından da büyük kolaylıklar sağladığını ifade etmektedir²⁸⁷. Örneğin, vadenin gelmesine henüz uzun bir zaman varken, iş görme edimini kesinlikle yerine getirmeyeceğini bildirerek çekip giden borçluya karşı, aksi görüş kabul edilirse, alacaklının yapacak bir şeyi kalmamaktadır. Zira, henüz borç muaccel olmadığından ifa istenemeyecek, borçlu vadeden önce temerrüde düşürülemeyeceğinden temerrütten doğan haklara da başvurulamayacaktır. İşte bu durumda, borçlunun davranışı imkansızlık olarak kabul edilmezse, alacaklı vadeye kadar beklemek zorunda kalacaktır. Bu sonucun uygun olmadığını ifade eden ÖZ bu durumun imkansızlık sayılması durumunda edim

²⁸⁴ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 305-306. Aynı görüşte: Öz, Dönme, s. 158-159; Kurşat, İmkansızlık, s. 766. Karşı görüşte Aydınçık'a göre ise, imkansızlık borçlu bakımından ele alınmalıdır ve borçlu dilediğinde ifayı gerçekleştirebilecek durumda ise, alacaklı bunu sağlayamayacak durumda olsa dahi imkansızlık mevcut olmamalıdır. Yazar'a göre böyle bir durumun imkansızlık olarak kabulü, ancak cebri icraya başvurulmuş olması kaydıyla sadece borçlunun şahsına bağlı yapma borçları bakımından mümkündür. (Aydınçık, Nama İfa, s. 40, dn. 132).

²⁸⁵ Oğuzman, Borçlar Hukuku, s. 102 vd. Benzer görüşte: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 923; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 188. Karşı görüşte: Aydınçık, Nama İfa, s. 41.

²⁸⁶ Öz, Dönme, s. 159.

²⁸⁷ Öz, Dönme, s. 159; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 306 vd. Aynı görüşte: Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 188.

borcunun derhal düşerek tazminat borcunun doğacağını ve alacaklının beklemek zorunda kalmaksızın hemen müspet zararın tazminini isteyebileceğini belirtmektedir.

ÖZ'e göre; eser sözleşmelerinde ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kesinlikle ifada bulunmayacağını bildirmesi üzerine, kusurlu imkansızlık durumu ortaya çıkacak ve derhal iş sahibinin zararını tazmin borcu doğacaktır²⁸⁸. Ayrıca yazar, ifa hazırlıkları bütünüyle bitirilip eser tamamlandıktan sonra yüklenici bunu iş sahibine teslimden kaçınıyorsa, bu kararı ne kadar kesin olursa olsun, artık burada cebri icra yoluyla esere kavuşmak mümkün olduğundan bu durumda imkansızlıktan söz edilemeyeceğini belirtmektedir²⁸⁹.

ŞAHİN ise bu konuda, yüklenicinin eser sözleşmesinde yüklediği edimi kesinlikle ifa etmeyeceğini bildirmesini tam manasıyla TBK m.473/I (eBK m. 358/I) kapsamında değerlendirmektedir²⁹⁰. AYAN ve ŞAHİN'e göre, bu durumda yüksek kişisel beceri ve yeteneklerin önemli olduğu iş görme sözleşmeleri açısından imkansızlık kavramı yerinde görülebilir. Ancak, buna önem verilmeyen eser sözleşmelerinde imkansızlığın doğmayacağını kabulü gerekir²⁹¹. ŞAHİN, yüklenicinin eseri yapmayacağını açıkça bildirdiği böyle bir durumda TBK m. 113 (eBK m. 97) uyarınca alacaklı iş sahibinin, masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebileceğini ifade etmektedir. Bu durumda da nama ifaya izin söz konusu olacak ve imkansızlık meydana gelmeyecektir.

Kanımızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından, yüklenicinin yapıyı meydana getirmeyeceğini açıkça bildirdiği durumlar için TBK m. 473 (e BK m. 358) hükmünü uygulamak kanunun hükmü düzenleme amacını aşan bir çözüm

²⁸⁸ Öz, Dönme, s. 159. Aynı görüşte: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel Hükümler, s. 923; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 188-189.

²⁸⁹ Öz, Dönme, s. 159.

²⁹⁰ Şahin, Teslim Borcu, s. 144-145.

²⁹¹ Şahin, Teslim Borcu, s. 144-145; Ayan, Temerrüt, s. 160.

yolu olur. Zira, söz konusu maddeye göre, “yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” Yüklenicinin, ifayı gerçekleştirme yükümlüğünü açıkça iş sahibine bildirmesi durumu, kanımca anılan maddedeki durumlardan ve düzenleme amaçlarından farklıdır. Zira, anılan maddede genel itibarıyla yüklenicinin meydana getirme borcuna aykırılık halleri vardır ve böyle bir durum, yüklenicinin iş sahibine açıkça borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi durumunu her zaman karşılamayabilir. Şöyle ki; yüklenici işe zamanında başlamış olup da inşaat belli bir seviyeye ulaştıktan sonra herhangi bir sebeple iş sahibine işi bıraktığını ve borcunu ifa etmeyeceğini bildirebilir. Bu durumda, maddede anılan “işe zamanında başlamama”, “sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirme” yahut da “gecikme yüzünden işin zamanında bitirilemeyeceğinin anlaşılması” gibi bir durum söz konusu değildir. Üzerinde durulan ihtimalde işe başlamada gecikme gibi bir durumun mevcut olmadığı açık olduğu gibi esasen geciktirme gibi bir durum da söz konusu değildir. Zira anılan ihtimalde, yüklenici, belli bir seviyeye gelen inşaatı işi bırakarak devam etmeyeceğini açıkça iş / arsa sahibine bildirmektedir. Bu yönüyle TBK m. 473’ün bu durumda uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Ancak ÖZ’ün belirttiğinin aksine burada genellikle bir imkansızlığın da olmayacağı kanaatindeyiz. Zira, diğer eser sözleşmesi türleri bir yana bırakılarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bağlamında düşündüğümüzde yüklenici işin yapımını çoğu zaman alt yüklenicilere kısmen ya da tamamen bırakabilmektedir. Bu bakımdan yüklenicinin yüksek kişisel becerilerine bağlı olarak yapılan sözleşmelere az rastlanılmaktadır. Bu durumda TBK m. 113 (eBK m. 97) hükmünü de göz önüne aldığımızda inceleme konumuz olan sözleşme açısından imkansızlık durumunun çoğunlukla çıkmayacağını görmekteyiz. Bu hükmün birinci fıkrasına göre; yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir ve her türlü zarar ve ziyan davası hakkı saklıdır. Hükmün lafzından anlaşıldığına göre borcun ifa edilmemesi önemlidir. Bu, muacceliyet tarihi

gelip buna uyulmaması suretiyle olabileceği gibi, borçlunun açıkça borcunu ifa etmeyeceğinin alacaklıya bildirilmesi suretiyle de olabilir. Bu açıdan TBK m.113/I hükmünden, uygulama alanı olarak yalnızca borçlunun temerrüde düştüğü ifa etmeme durumu çıkarılmamalıdır. Yüklenicinin açıkça borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi durumunda da, sözleşmenin yalnız o yüklenici tarafından ifa edilebilmesinin aslı unsur olarak belirlendiği haller hariç olmak üzere, TBK m. 113 uygulanmalı ve nama ifaya izin söz konusu olmalıdır. TBK m. 113 ve TBK m. 112 arasında tercih hakkı alacaklıya tanınmalı ve alacaklı isterse masrafı yükleniciye ait olmak üzere işi başkasına yaptırabilmeli isterse de müspet zararının tazminini talep edebilmelidir.

2.2.1.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde İfa İmkansızlığının Çeşitli Görünümleri

TBK'nun 112 ve 136. (eBK m. 96 ve eBK m. 117) maddelerinde düzenleme alanı bulan sonraki imkansızlık hükümleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de uygulanır. Bu iki genel hükmün dışında özel hükümler de mevcuttur. Bunlar;

- yapılan eserin yok olmasını düzenleyen TBK m. 483 (eBK m. 368) hükmü,
- yüklenicinin işi tamamlama borcunun iş sahibinin nezdinde meydana gelen bir olay nedeniyle imkansızlaşmasını düzenleyen TBK m. 485 (eBK m. 370) hükmü,
- yüklenicinin ölümü ya da kusuru olmaksızın işi tamamlama yeteneğini kaybetmesi halini düzenleyen TBK m. 486 (eBK m. 371) hükmüdür.

2.2.1.3.1. Beklenmedik Bir Olay Yüzünden İnşaatın Yok Olması

Beklenmedik olay, sözleşmenin kuruluşu anında öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin kaçınılmaz şekilde ihlaline yol açan olaylardır²⁹². Eserin tesliminden önce gerçekleşen beklenmeyen olay sebebiyle eserin yok olması hali kanunda özel olarak düzenlenmiştir. TBK m.483/I'e göre; *“Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa, iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar onu sağlayana ait olur.”* İnceleme konumuz olan sözleşme açısından malzeme hasarı yüklenici tarafa ait olmaktadır.

TBK m. 483/II hükmüne göre de; *“Eserin işsahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya işsahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İşsahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.”*

TBK m. 483/I hükmünün uygulanması açısından, yok olma anında eserin tamamlanmış olup olmamasının bir önemi yoktur²⁹³. Ayrıca eser, yüklenici veya iş sahibi kaynaklı olmayan umulmayan bir olay yüzünden yok olmalıdır²⁹⁴. Hükmün uygulanması için diğer şartlar; eserin teslim edilmemiş olması ve alacaklı iş sahibinin temerrüt halinde olmaması gerektirir.

²⁹² Tunçomağ, C.I Genel Hükümler, s. 815; Şahin, Teslim Borcu, s. 150; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 235; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 195; Bilge, İnşaat, s. 162. Beklenmedik olay kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 41 vd.

²⁹³ Aral, Ö.B.İ., s. 394; Şahin, Teslim Borcu, s. 150; Yener, Arsa Payı, s. 18-19; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 234; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 88.

²⁹⁴ Aral, Ö.B.İ., s. 394; Şahin, Teslim Borcu, s.151; Yener, Arsa Payı, s. 18; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 235; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 444; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 82 vd.

TBK m. 483/I'deki şartların oluşmasından sonra ücrete ilişkin hasara yüklenici katlanacaktır. Bu anlamda yüklenici karşı edim olan sözleşmede kararlaştırılan belirli arsa paylarının mülkiyet devrini isteyemeyeceği gibi eserin yok olması sonucu ziyan olan inşaatı dair masrafları da isteyemez. Eğer yok olma aşamasına kadar bir kısım arsa paylarının mülkiyeti devredilmişse bunları da iş sahibine iade etmek durumunda kalacaktır²⁹⁵.

İnşaatın umulmayan bir olay yüzünden telef olması halinde yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan inşaatı meydana getirme yükümlülüğünün olup olmadığı edim hasarı durumu gözetilerek belirlenir²⁹⁶. Edim hasarı ücret hasarını taşıyan tarafa ait olup TBK m. 483/I (eBK m. 368/I)'deki şartların varlığı halinde yüklenici, inşaatın meydana getirilmesi objektif açıdan mümkün oldukça bunu yerine getirmekle yükümlüdür. Zira, bu durumda eser sözleşmesinin konusu satım sözleşmesinden farklı olarak, bir nesne olmadığından ve fakat bir iş görme sonucu olduğundan dolayı teslim gerçekleşmeden eserin kazaen telef olması halinde eserin imalinde kullanılacak malzeme yeryüzünde mevcut olduğu ve şahsen meydana getirilmesi zorunlu olan bir sözleşme söz konusu olduğunda da yüklenici eseri meydana getirme yeteneğine halen sahip olduğu müddetçe maddi ifa imkansızlığı söz konusu olmaz²⁹⁷. Dolayısıyla yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırıldığı üzere yapıyı meydana getirme borcu devam eder²⁹⁸. Ancak inşaatın tekrardan meydana getirilmesi yüklenici açısından aşırı ifa güçlüğüne yol açacaksa TBK m. 480/II'ye

²⁹⁵ Yener, Arsa Payı, s. 19; Erman, İnşaat, s. 60; Tandoğan, Ö.B.İ., C. II, s. 317-318; Kurt, Temerrüt, s. 130; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 239.

²⁹⁶ Aral, Ö.B.İ., s. 397; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 319; Şahin, Teslim Borcu, s. 152; Yener, Arsa Payı, s. 18; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 85-86; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 358.

²⁹⁷ Kurt, Temerrüt, s. 131; Yener, Arsa Payı, s. 18; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 240; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 363-364; Bilge, İnşaat, s. 164; Kurşat, İmkansızlık, s. 769.

²⁹⁸ Kurt, Temerrüt, s. 130-131; Yener, Arsa Payı, s. 20; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 240; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 444; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 85-86.

göre eser sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması yoluyla (örneğin bedel artırımı ve süre uzatımı talep edilerek) taraf menfaatleri dengelenebilir²⁹⁹.

2.2.1.3.2. İş Sahibinin Şahsında veya Tehlike Alanında Gerçekleşen Beklenmedik Bir Olaydan Kaynaklanan İmkansızlık

İfanın imkansızlaşmasının iş sahibine atfı kabil bir sebepten gerçekleşmesi, “iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşması” başlığını taşıyan TBK m. 485 (eBK m. 370)’de hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre, “*Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkansızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkansızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.*”

Bu hükmün uygulanması açısından gerekli olan imkansızlık objektif imkansızlık olup, eserin meydana getirilmesi hiç kimse için mümkün görülmemelidir³⁰⁰. İş sahibi ile ilgili beklenmedik olaylar, iş sahibinin kişiliğinden doğabileceği gibi onun işletmesinden, kendisinin ya da ifa yardımcılarının davranışlarından yahut da ona ait tehlike dairesine giren bir olaydan doğabilir³⁰¹.

TBK m. 485 (eBK m. 370)’in uygulanabilmesine ilişkin şartların varlığı halinde sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Sözleşmenin sona ermesi açısından bir fesih beyanına gerek yoktur. Bu durumda kanun gereği ileriye etkili sona erme

²⁹⁹ Kurt, Temerrüt, s. 132.

³⁰⁰ Aral, Ö.B.İ., s. 397; Şahin, Teslim Borcu, s.154; Yener, Arsa Payı, s. 21; Kurt, Temerrüt, s. 134; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 326-327; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 205; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 250.

³⁰¹ Aral, Ö.B.İ., s. 398; Şahin, Teslim Borcu, s. 155; Yener, Arsa Payı, s. 23; Kurt, Temerrüt, s. 134; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 250; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 151; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 91; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 229; Bilge, İnşaat, s. 169.

söz konusu olur. Bu kapsamda eserin henüz tamamlanmamış kısmına yönelik talepler ortadan kalkar³⁰².

Bu imkansızlığın ortaya çıkması durumunda yüklenici yaptığı kısmın değerini ve bunu aştığı ölçüde yaptığı masrafları alabilecektir. İnşaat sahibi tarafından verilen arsanın sürekli su altında kalması, kamulaştırma veya sonradan konulan inşaat yasağı gibi durumlar bu tür imkansızlığa örnek gösterilebilir³⁰³.

İnşaatın tamamlanmasının iş sahibi nezdinde ortaya çıkan kaza nedeniyle imkansız hale geldiği anda yüklenici borçlu temerrüdünde bulunuyorsa, temerrüt halinde borçluyu kazadan dahi sorumlu tutan TBK m.119 (eBK m. 102) hükmü uygulanır ve yüklenici iş sahibinin imkansızlık nedeniyle uğradığı zararı tazminle yükümlü olur³⁰⁴.

2.2.1.3.3. Yüklenicinin Şahsında Ortaya Çıkan Beklenmedik Bir Olaydan Kaynaklanan İmkansızlık

TBK m. 486 (eBK m. 371)'e göre yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak akdedilen eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ölmesi veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda, eser sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu maddede söz edilen ifa imkansızlığı da, eser sözleşmesi kurulduktan sonra meydana gelen sürekli ve objektif bir imkansızlık halidir³⁰⁵. Bu hükmün uygulanmasının ön şartı eser sözleşmesinin yüklenicinin kişisel özellikleri

³⁰² Kurt, Temerrüt, s. 135; Şahin, Teslim Borcu, s. 156; Buz, İmkansızlık, s. 29; Bilge, İnşaat, s. 172.

³⁰³ Yener, Arsa Payı, s. 23; Kurt, Temerrüt, s. 134; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 327; Aral, Ö.B.İ., s. 398; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 254; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 229; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 444; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 361-362; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 152.

³⁰⁴ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 331; Şahin, Teslim Borcu, s. 157.

³⁰⁵ Aral, Ö.B.İ., s. 399; Şahin, Teslim Borcu, s. 159; Yener, Arsa Payı, s. 21; Kurt, Temerrüt, s. 137; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 259; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 156.

göz önünde tutularak kurulmuş olmasıdır³⁰⁶. Sözleşme yapılırken yüklenicinin şahsının dikkate alınıp alınmayacağı her somut olayda araştırılacaktır³⁰⁷. Konumuz olan inşaat sözleşmelerinde ise, sözleşme kurulurken yüklenicinin şahsının önem taşıyıp taşımadığı noktasında farklı görüşler vardır. Yargıtay'ın da farklı kararları olmakla birlikte apartman inşasına ilişkin bir kararında, sözleşmede ölüm halinde mirasçılarının işi sürdüreceği kaydı bulunsa dahi sözleşmenin TBK m. 486 (eBK m. 371) uyarınca sona ereceği kabul edilmiştir³⁰⁸. Ancak, yüklenicinin kişisel özelliklerinin sözleşmenin kurulmasında belirleyici olduğuna ilişkin bir genelleme yapılmamalı ve inşaat sektöründe yoğun olarak alt yüklenicilere başvurulmasının artan iş bölümü ihtiyacının bir gereği olduğu göz önünde tutularak her somut olayda yüklenicinin kişisel yeteneğinin önemi ayrıca incelenmelidir³⁰⁹.

Tüzel kişi yüklenicinin eseri şahsen yapma ya da şahsi denetimi altında yaptırma borcu altında olduğu sözleşmelerde borç yetkili organlar tarafından ifa edilir. Tüzel kişinin paydaşlarında veya yönetiminde bir değişiklik meydana gelmesinin sözleşmenin devamına etkisi her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir³¹⁰. Tüzel kişi yükleniciler bakımından ölüm söz konusu olmaz. Ancak, tüzel kişinin işi yapmakla yükümlü çalışanın ölümü, bu iş bir başkası

³⁰⁶ Kurt, Temerrüt, s.137; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 333; Aral, Ö.B.İ., s. 399; Şahin, Teslim Borcu, s.158; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 210; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 205; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 114; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 1072; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 439; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 259; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 444; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 364 ; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 93; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 154; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 230; Bilge, İnşaat, s. 173-174; Kurşat, İmkansızlık, s. 772.

³⁰⁷ Erman, İnşaat, s. 63 vd.; Yener, Arsa Payı, s.21; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 333; Kurt, Temerrüt, s. 137; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 93; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 155; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 231; Kurşat, İmkansızlık, s. 773.

³⁰⁸ Yargıtay 15. HD.'nin 07.07.1975 T., 3149/3436 sayılı K.: "(...) Sosyal ve ekonomik hayatın akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek isteyen bir şey olmakla eser sözleşmesinde esas tutulacak kişisel nitelikler arasında yüklenicinin özel mesleki bilgisi, kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık olması, tecrübesi, deneymiş olması ve ünü gibi kişisel ve mal varlığına ilişkin özellikler sayılabilir. (...)" (YKD. 1976/6, s. 874-876).

³⁰⁹ Kurt, Temerrüt, s. 137; Öz, Dönme, s.162-163; Erman, İnşaat, s. 63; Yener, Arsa Payı, s. 21; Şahin, Teslim Borcu, s. 158; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 93.

³¹⁰ Kurt, Temerrüt, s. 138; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 92.

tarafından yerine getirilemeyecek nitelikteyse, tüzel kişi bakımından eseri tamamlama yeteneğinin kaybı olarak değerlendirilebilir.

Yüklenicinin ölümünden başka, onun eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumu da, sözleşmenin, yüklenicinin kişisel özellikleri göz önüne alınarak akdedilmesi şartıyla TBK m. 486 kapsamında olmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici çoğunlukla eseri şahsi denetimi altında yaptırdığından, bu çalışmayı organize etme olanağını kaybetmesi halinde eseri tamamlama yeteneğini kaybetmiş sayılır³¹¹.

Yüklenicinin eseri tamamlama yeteneğini kaybı halinde TBK m. 486 hükmünün uygulanabilmesi için, yüklenicinin bu yeteneğini kusuru olmaksızın kaybetmiş olması gerekir.

Özel bir imkansızlık halini düzenleyen bu hükmün uygulanmasıyla, artık temerrüt ve ona ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Bu hükmün uygulanmasıyla, gerekli şartların oluşması ile birlikte sözleşme, kanun gereği ve ileriye etkili olarak kendiliğinden sona erer. Yüklenici borçtan kurtulur ve iş sahibinin bu yüzden uğramış olduğu zararları tazmin zorunda kalmaz³¹². İnşaatın henüz meydana getirilmemiş olan kısmına ilişkin hak ve borçlar ortadan kalkar ve kural olarak iş sahibi eser kendisine teslim edilmediğinden yükleniciye bedel olarak kararlaştırılan arsa paylarını devretmek zorunda değildir. Ancak eserin tamamlanan kısmının iş sahibi tarafından kullanılması mümkünse, iş sahibi duruma göre, yüklenici veya mirasçıları tarafından teklif edilen tamamlanmamış eseri kabul etmek ve bunun

³¹¹ Kurt, Temerrüt, s. 139; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 260; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 93.

³¹² Kurt, Temerrüt, s. 140; Kurşat, İmkansızlık, s. 774.

karşılığında sözleşmede kararlaştırılan arsa payı miktarına orantılı olarak yükleniciye veya mirasçılara ifada bulunmak zorundadır³¹³.

Yüklenicinin, işi tamamlama yeteneğini kusurlu bir şekilde kaybetmiş olduğu durumlarda TBK m. 112 (eBK m. 96) hükmü uygulanır. Bu durumun yüklenicinin temerrüt halinde olduğu bir zamanda gerçekleşmesi halinde, yüklenici, iş sahibinin müspet zararının tümünü tazminle yükümlüdür³¹⁴.

2.2.2. Eseri Teslim Borcunun Muacceliyeti

2.2.2.1. Genel Olarak

Yüklenicinin eseri (bağımsız bölümleri) teslim borcunda temerrüde düşmesi için, teslim borcunun muacceliyeti gerekir (TBK m. 117/I). TBK m. 90'a göre; *“ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”* Ancak, eser sözleşmelerinde, taraflar, eserin tamamlanması ve teslim edilmesi gereken tarihi belirlememişlerse diğer sözleşmelerde olduğu gibi TBK'nun 90/c.1 hükmü lafzından hareket etmek doğru olmaz. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde borç doğduğu anda, borcun konusunu oluşturan eser henüz ortada yoktur. İnşaat, hazırlama faaliyetini içine alan süre sonunda ortaya çıkacak olup yüklenicinin borcu da ancak o zaman ifası mümkün hale gelebilir. Bu bakımdan vadenin belirlenmediği hallerde TBK m. 90 hükmünün, TMK m. 2 doğrultusunda işin niteliğine göre

³¹³ Öz, Dönme, s. 162; Kurt, Temerrüt, s. 140; Erman, İnşaat, s. 64; Şahin, Teslim Borcu, s. 160; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 336; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 1073; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 206; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 442; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 261; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 231; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 156-157; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 444; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 365; Kurşat, İmkansızlık, s. 774.

³¹⁴ Şahin, Teslim Borcu, s. 160; Aral, Ö.B.İ., s. 401; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 211; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 206; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 157.

uygulanması gerektiği söylenebilir³¹⁵. Bu durumda, sözleşmenin özelliğine göre, makul süre geçtikten sonra ifa istenebilecektir. Makul süre, muhtemel hazırlık faaliyeti göz önünde tutularak, işin ehli bir yüklenicinin zamanında çalışmaya başlayarak, yeterli araç-gereç, malzeme ve iş gücünü düzenli bir tempoda yürüteceği kabul edilerek belirlenir³¹⁶. Ancak bu sürenin dolmasıyla ve iş sahibinin yapacağı bildirimle yüklenicinin borcu muaccel hale gelebilir³¹⁷. Bu bildirimle muacceliyet bildirimini adı verilir³¹⁸. Muacceliyet bildirimini ile temerrüt ihtarı birbirinden farklıdır. Temerrüt ihtarı, yüklenicinin teslim borcu muaccel olduktan sonra bu borcun derhal ifa edilmemesi üzerine yapılacak olan bildirimdir³¹⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulamada, teslim vadesi genellikle sözleşmede belirlenir. Bu tarih belirli bir takvim günü olabileceği gibi, sözleşmenin imzalandığı veya işin yapılacağı yerin yükleniciye bırakılmasını takip eden belli bir sürenin sonu olarak da belirlenebilir³²⁰. Taraflar ayrıca, teslim vadesini, inşaatta kullanılacak malzemenin yükleniciye teslim edilmesi, inşaat ruhsatının ya da

³¹⁵ Yener, Arsa Payı, s. 11; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 66; Kurt, Temerrüt, s. 94; Ayan, Temerrüt, s. 100; Şahin, Teslim Borcu, s. 165; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 483; Aydıncık, Nama İfa, s. 187; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 99-100; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 222; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 186; Bilge, İnşaat, s. 33.

³¹⁶ Kurt, Temerrüt, s. 93; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 66; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 129; Aral, Ö.B.İ., s. 358-359; Yener, Arsa Payı, s. 11-12; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 484; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 187; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 170; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 72.

³¹⁷ Erman, İnşaat, s. 56; Öz, Dönme, s. 155; Şahin, Teslim Borcu, s. 165; Yener, Arsa Payı, s. 13; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 129; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 100; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 222; Bilge, İnşaat, s. 33.

³¹⁸ Erman, İnşaat, s. 56; Öz, Dönme, s. 155; Şahin, Teslim Borcu, s. 165; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 669; Bilge, İnşaat, s. 33.

³¹⁹ Öz, Dönme, s. 155; Dirican, Cezai Şart, s. 42; Şahin, Teslim Borcu, s. 166; Yener, Arsa Payı, s. 13; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 100.

³²⁰ Dayınlarlı, Temerrüt, s. 48; Aral, Ö.B.İ., s. 358; Yener, Arsa Payı, s. 9; Kurt, Temerrüt, s. 91; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 187.

temel üstü ruhsatının alınması gibi ileride gerçekleşecek belirli bir olaya bağlayabilirler³²¹.

Tarafların aralarında anlaşarak teslim vadesini tayin etme yetkisini iş sahibine tanımış olmaları da mümkündür. Bu durumda vade, iş sahibinin kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmasıyla, yani muacceliyet ihbarı ile belirlenir.

Sözleşmenin tarafları teslim vadesi ile birlikte veya teslim vadesi belirlemeksizin yalnız başına tamamlama vadesi kararlaştırabilirler. Tamamlama vadesi, yüklenicinin inşaatı meydana getirmeye ilişkin çalışmalarını bitirmesi gereken en son anı ifade eder. Tarafların, inşaatın tamamlanma vadesini kararlaştırıp, teslim vadesini kararlaştırmadıkları durumlarda eseri teslim borcunun da eser tamamlanır tamamlanmaz derhal muaccel olacağının kabulü gerekir³²².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar, tamamlama vadesi ve teslim vadesi dışında, başlangıç vadesi veya ara vadeler de kararlaştırabilirler. Başlangıç vadesi teslim süresinin işlemeye başladığı andır. Ara vadelerin belirlenmesiyle iş sahibi, çalışmaların zaman içinde sürekli bir biçimde devam edip etmediğini kontrol edebilir. Bu açıdan ara vade kararlaştırılması iş sahibinin yararınadır³²³.

Başlangıç vadesi ve ara vadeler de diğer vadeler gibi taraflar için hukuken bağlayıcıdır. Bu vadelere uymayan yüklenici inşaatı meydana getirme borcuna aykırı davrandığından TBK m. 473'deki yaptırımlarla karşı karşıya kalabilir. Ayrıca, sözleşmede cezai şart kararlaştırılmışsa, bunu da ödemek zorunda kalır. Ara vadelere

³²¹ Kurt, Temerrüt, s. 91; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 66, Ayan, Temerrüt, s. 97; Şahin, Teslim Borcu, s. 164; Öz, Dönme, s. 154; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 251-252; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 187; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 170.

³²² Kurt, Temerrüt, s. 94; Ayan, Temerrüt, s. 96-97. Derhal teslim, inşaat sözleşmeleri bakımından, yüklenicinin mümkün olan en kısa zamanda gecikmeksizin iş sahibine tamamlama bildiriminde bulunması ile gerçekleşir.

³²³ Kurt, Temerrüt, s. 95; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 129; Gökyayla, Ek İş, s. 319; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 77; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 187.

uymayan yüklenicinin teslim vadesinde inşaatı teslim ederek borcundan kurtulabilmesi için, iş sahibinin teslim vadesinden önce sözleşmeden dönebilmesine imkan veren TBK m. 473'deki haklarını kullanmamış olması gerekir.

2.2.2.2. Teslim Vadesinde Sonradan Meydana Gelen Değişiklikler

Taraflar sözleşmede kararlaştırdıkları vadeyi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ifanın herhangi bir aşamasında ve herhangi bir sebeple karşılıklı anlaşarak değiştirebilirler³²⁴. Taraflardan birinin tek başına teslim vadesini değiştirme hakkı olmamakla birlikte, bu yetkinin taraflardan birine verilmesinde kural olarak bir engel yoktur. Teslim vadesinin değişmesi sözleşmede yer alan bazı düzenlemeler aracılığıyla olabileceği gibi bazı durumlarda bu yönde bir sözleşme hükmü olmamasına rağmen vadedeki değişiklik kanuna dayalı olarak gerçekleşir. Sözleşmede yer alan teslim süresinin sonradan değişmesine ilişkin hükümler, emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmadıkları takdirde geçerlidirler (TBK m. 26, TBK m. 27/I)³²⁵.

Süre uzatma hükümleri bazen uzatma sebeplerine ve sürenin uzayacağı miktara ilişkin çok ayrıntılı bir düzenleme getirmekte ve süre uzatımına sebep olacak hallerin tek tek sayıldığı bir liste içermektedir. Bazen de yüklenicinin oluşumu ve sonuçları üzerinde hiçbir biçimde veya büyük ölçüde etki edemeyeceği pek çok durumu içine alan geniş ifadeler kullanılmaktadır³²⁶.

Sözleşmede sürenin uzatılması için, yüklenicinin süre uzatımına ilişkin talebini iş sahibine veya temsilcisine yazılı olarak ve belirli bir süre içinde bildirmesi veya öncelikle işi hızlandırmak için gerekli ve makul tüm tedbirleri almış olması gibi

³²⁴ Serozan, İfa, s. 60; Kurt, Temerrüt, s. 96; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 78-79; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 173; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 205.

³²⁵ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 250; Eren, Genel Hükümler, s. 480 vd.; Kurt, Temerrüt, s. 97.

³²⁶ Kurt, Temerrüt, s. 99; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 175.

ek koşullar da kararlaştırılabilir. Bunlar yüklenicinin süre uzatımından yararlanabilmek için katlanmak zorunda olduğu külfetlerdir³²⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar bir teslim süresi kararlaştırdığında, bu vadeye yalnız yüklenici değil, iş/arsa sahibi de riayet etmek zorundadır. Arsa sahibi, meşru bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak işin yavaşlatılmasını veya durdurulmasını emredemez. Ancak taraflar sözleşmede, iş sahibine, yükleniciye karşı işi yavaşlatmasını veya geçici olarak durdurmasını emretme yetkisini tanıyabilirler. Taraflar bu yetkinin kullanılmasını örneğin, inşaat alanında temel kazılırken tarihi bir esere rastlanılması, olumsuz hava koşullarının meydana gelmesi, yüklenicinin yapımına başladığı inşaatın ayıplı olacağının anlaşılması gibi sözleşmede belirtilen bazı teknik veya hukuki durumların gerçekleşmesi şartına bağlayabilirler. İş sahibi, sözleşmeyle kendisine tanınan işi yavaşlatma veya durdurma emri verme yetkisini kararlaştırılan koşullara uygun kullandığı takdirde alacaklı veya borçlu temerrüdüne de düřmez³²⁸. Böyle bir iş yavaşlatma ya da geçici olarak işi durdurma halinde, sözleşmede kararlaştırılmışsa yüklenici süre uzatımına hak kazanır. Sözleşmede bu konuda açıklık yok ise, sözleşmenin yorumlanması yoluyla da bu sonuca ulaşılabilir.

Süre değişikliğini gerektiren durumlar gerçekleştiğinde, inşaatın yeni teslim süresinin nasıl tespit edileceği sözleşmede hüküm varsa ona göre hesaplanır. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmadığı takdirde yahut tarafların herhangi bir sebeple teslim süresinin ne kadar uzayacağı konusunda anlaşma sağlayamaması halinde ihtilaf hakim tarafından çözülr. Sözleşmede yeni teslim vadesinin hesaplanma yöntemine ilişkin bir hüküm bulunmadığı takdirde, hakim, tarafların

³²⁷ Kurt, Temerrüt, s. 100; Ayan, Temerrüt, s. 153; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 176.

³²⁸ Kurt, Temerrüt, s. 100-101.

farazi iradelerini esas almak suretiyle makul bir süre tespit ederek bu konudaki sözleşme boşluğunu doldurur (TBK m. 2/II)³²⁹.

İnşaatın teslimi ediminin gecikmesinin yüklenicinin sorumlu tutulmadığı bir sebepten kaynaklanması, diğer bir ifadeyle iş sahibinin risk alanına giren bir sebep sonucu teslimin kararlaştırılan tarihe yetişmemesi durumunda, sözleşmede süre uzatımına ilişkin bir düzenleme bulunmasa dahi inşaatın teslim süresi gecikmeye uygun olarak kendiliğinden makul biçimde uzar³³⁰.

Esasen inşaatın tesliminin beklenmeyen hal sonucu gecikmesi halinde bu gecikmeye taraflardan birisi doğrudan sebep olmasa bile, bu duruma taraflardan birinin risk alanına giren bir olay sebep olmaktadır. Bu beklenmeyen olay iş sahibinin risk alanına giren bir halden kaynaklanmaktaysa gecikmenin sonucuna iş/arsa sahibi katlanır. Örneğin, iş sahibi tarafından sağlanan arsaya geçici inşaat yasağı konulması halinde, işin geçici olarak durması ve inşaatın tesliminin de gecikmesi yüklenici açısından haklı bir gecikmedir. Böyle bir durumda teslim süresi kendiliğinden uzar³³¹.

Beklenmeyen halin, yüklenicinin risk alanında ya da her iki tarafın risk alanına girmeyen bir olay neticesinde gerçekleşmesi halinde ise teslim süresinin uzayıp uzamayacağı hususu tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, inşaatın tamamlanması ve teslimindeki gecikmenin yüklenicinin isteği ve iradesi dışında meydana gelen sebeplerden yani beklenmeyen hallerden kaynaklanması, borca aykırı bir davranış olmadığından, teslim süresinin kendiliğinden uzaması için yeterlidir³³².

³²⁹ Kurt, Temerrüt, s. 102; Yener, Arsa Payı, s. 30; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 211.

³³⁰ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 67; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 69; Öz, Dönme, s. 172; Ayan, Temerrüt, s. 110; Kurt, Temerrüt, s. 104; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 81; Yener, Arsa Payı, s. 30; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 50; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 76; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 202.

³³¹ Kurt, Temerrüt, s. 106-107; Öz, İnşaat, s. 172; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 205.

³³² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 82; Öz, Dönme, s. 154; Erman, İnşaat, s. 73; Yener, Arsa Payı, s. 30.

Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır³³³. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, sadece iş sahibinin risk alanına dahil olan gecikme sebepleri yüklenici açısından haklı gecikme teşkil eder. Buna göre de inşaatın teslimindeki gecikmede rol oynayan beklenmeyen hal yüklenicinin şahsında veya faaliyet alanında gerçekleşmişse haklı bir gecikme söz konusu değildir³³⁴. Örneğin yüklenicinin, yapıda kullanılmak üzere yurtdışından getirtmeyi taahhüt ettiği malzemeleri, sözleşme kurulduktan sonra getirilen bir ithalat yasağı sebebiyle tedarik edememesi durumunda teslim süresi geçmişse, bu gecikme haklı bir gecikme değildir. Bu riske yüklenici katlanır ve teslim süresi uzamaz. Her iki tarafın şahsı ve faaliyet alanı dışında yani bağımsız alan olarak ifade edilebilecek alanda gerçekleşen beklenmeyen hallerden doğan gecikmelerin riskine de kural olarak yüklenici katlanmalıdır³³⁵. Zira yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bir sonuç borçlusudur ve yapının teslim vadesinde teslim edilememesinin riski, kural olarak, yükleniciye aittir (TBK m. 483/I). Bu sebeple de, anılan durumlarda yapının teslim süresi uzamaz.

2.2.2.3. Teslim Süresinin Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması Sonucu Uzaması

Borçlar Hukuku'na hakim olan temel ilkelerden olan “sözleşme ile bağlılık (pacta sunt servanda)” ilkesi gereği, sözleşme bir defa geçerli olarak kurulduktan sonra taraflar için bağlayıcıdır. Ancak sözleşmedeki edimler arasındaki dengenin, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan kaçınılmaz ve öngörülmez nitelikteki olağanüstü durumlar nedeniyle aşırı ölçüde bozulması durumunda, sözleşmeye riayet

³³³ Yargıtay, 15. HD.'nin 11.12.2007 T., 2006/7442 E. 2007/7996 K.: “(...) Sözleşmeyle inşaatın ruhsattan itibaren 3 yılda iskana hazır durumda teslimi kararlaştırılmıştır. Ruhsat 06.06.1997 tarihinde alınmış olmasına göre 3 yıllık sürenin 06.06.2000 tarihinde sona erdiği, iskan belgesinin 11.12.2003 tarihinde alınabildiği dosya içeriğiyle sabittir. Ancak davalı, Devrek'te yaşanan sel felaketi ile deprem nedeniyle projenin değişmesinin görüşüldüğünü, bu hususların inşaatın yapımını geciktirdiğini savunduğuna göre davalı savunması üzerinde durulmalı, belediyesinden sorulmalı, deprem ve selin inşaat süresine etkisi araştırılarak mücbir sebep var ise bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle ilave süre hesaplatılmalıdır. (...)” (karar için bkz. www.kazanci.com).

³³⁴ Ayan, Temerrüt, s. 108, 126; Kurt, Temerrüt, s. 108.

³³⁵ Ayan, Temerrüt, s. 108; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 152; Kurt, Temerrüt, s. 108. Aksi görüşte: Yener, Arsa Payı, s. 30.

etmek taraflardan biri için aşırı derecede güç hale gelmiş olabilir. Bu durumda, sözleşmedeki edimler arası denge aleyhine olarak bozulan ve bu olayların meydana gelmesinde kendisine herhangi bir kusur izafe edilemeyen taraf sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edebilir (TBK m. 138).

Yukarıdaki genel düzenlemenin dışında, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kurumu TBK m. 480/II uyarınca eser sözleşmeleri bakımından özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bedelin götürü olarak belirlendiği eser sözleşmelerinde uygulanabilen bu hüküm arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanır. Söz konusu hükme göre, *“başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.”* Bu hüküm ile, eBK m. 365/II’deki ‘bedel artırımı’ ifadesi yerini, ‘sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması’ ifadesine bırakmıştır.

Öngörülemeyen olağanüstü olaylara; savaş, olağanüstü hal ilanı, su baskını, deprem, yıldırım düşmesi, fırtına gibi haller örnek olarak gösterilebilir. TBK m. 480/II hükmünün uygulanabilmesi için gereken olağanüstü olaylar inşaatın tamamlanmasındaki gerekli iş yükünü artırmış, bu sebeple de inşaatın kararlaştırılan tarihte tamamlanarak teslim edilmesini aşırı güçleştirmiş nitelikte olmalıdır³³⁶. Yüklenici, olağanüstü olaylardan ötürü inşaatın meydana getirilmesi bir süre durduğunda veya yavaşladığında dahi, bir sonuç borcunun borçlusu olmasından dolayı, çalışmasını hızlandırarak teslimi vadeye yetiştirmeye uğraşmakla yükümlüdür. Bu gecikmenin telafisi ancak yüklenicinin üstlendiği işin kapsamı dışında kalan aşırı bir gayret göstermesini gerektiriyorsa veya yüklenicinin gerekli tüm özeni göstererek işi hızlandırmasına rağmen inşaatı vadede teslim etmesi dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenemeyecek ise, sözleşmenin değişen

³³⁶ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 244; Kurt, Temerrüt, s. 112-113; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 171; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 50; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 195.

şartlara uyarlanması söz konusu olabilir³³⁷. Örneğin; büyük bölümü inşa edilmiş ve teslim kısımlarına kısa bir süre kala deprem sonucu yıkılmış olan binanın yüklenici tarafından yeniden inşasının vadeye yetişmesini beklemek dürüstlük kuralına göre mümkün olmadığından, teslim süresinin uyarlama yoluyla uzatılabileceği kabul edilebilir.

2.2.3. Teslim Borcunun İfa Edilmemiş Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için, belirlenen bağımsız bölümlerin iş sahibine teslim edilmemiş olması gerekir. Teslimin nasıl yapılacağı, kapsamı ve hukuki sonuçları üzerinde detaylı açıklama birinci bölümde yapıldığından burada tekrar söz edilmeyecektir.

İnşaat henüz tamamlanmamışsa iş sahibi eseri eksik haliyle ifa olarak kabul etmiş olmadıkça bu şekilde bir teslim ile ifa gerçekleşmiş olmaz³³⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim, bir görüşe göre, yüklenicinin binayı tamamlayarak iş sahibinin yararlanmasına hazır bir biçimde terk etmesiyle gerçekleşir³³⁹. Diğer bir görüşe göre ise, iş sahibine ait arsada meydana getirilen bir inşaatta yüklenici eseri tamamladığını iş sahibine açık veya örtülü olarak bildirmediği takdirde teslim gerçekleşmiş olmaz³⁴⁰. Kanımızca, yapının tamamlandığının iş sahibine bildirilmesine kural olarak gerek olmamakla birlikte, işin bittiğinin anlaşılacağı durumlarda bildirim gerekir. Ayrıca, ileride doğması

³³⁷ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 244-245; Kurt, Temerrüt, s. 114; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 196-197.

³³⁸ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 125 vd.; Öz, Dönme, s. 165 vd.; Öz, İnşaat, s. 128 vd.; Şahin, Teslim Borcu, s. 166; Kurt, Temerrüt, s. 141; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 478,484; Ayan, Temerrüt, s. 94 vd.; Yener, Arsa Payı, s. 24-25; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 100-101.

³³⁹ Erman, İnşaat, s. 65; Yener, Arsa Payı, s. 24; Öz, Dönme, s. 168; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 125; Şahin, Teslim Borcu, s. 166; Bilge, İnşaat, s. 35-36.

³⁴⁰ Kurt, Temerrüt, s. 141; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 481; Ayan, Temerrüt, s. 52; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 65; Aral, Ö.B.İ., s. 358; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 46; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 71; Duman, İnşaat Hukuku, s. 357.

muhtemel ihtilafların önüne geçmek için de bildirim yapılması yerinde olur. Yüklenicinin bu bildiriminin zımnî (örtülü) olması da mümkündür.

Taraflar teslim için iskan izninin yüklenici tarafından alınması gibi ek koşullar aramışlarsa, bu izin alınmadan binanın hazır olarak terki teslim için yeterli olmaz. İnşaatın tamamlanıp iskan izni gibi diğer ek koşulların da yerine getirilmesine rağmen binadan faydalanmayı önemli ölçüde güçleştiren yükleniciye ait malzeme, baraka ve araç gerecin inşaatı bırakılmış olması ifanın gerçekleşmesine engel olabilir ve temerrüde yol açabilir³⁴¹. Fakat bu durumun iş sahibinin binadan faydalanmasına etkisinin araştırılması gerekmekte ve binadan yararlanmanın mümkün olduğu durumlarda ayıplı ifanın mevcut olduğu kabul edilmelidir³⁴².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, sadece arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri tamamlaması ve teslim etmesi ile edim borcu yerine getirilmiş olmaz. Buna ilaveten ana taşınmazın ve ortak alanların da tamamlanması gerekir. Aksi halde bu eksikliklerden dolayı yapı tam ve eksiksiz teslim edilmediğinden yüklenicinin temerrüdü söz konusu olabilir³⁴³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerin içerisindeki oda kapılarının yahut lavaboların takılmaması gibi eksiklikler ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesine engel teşkil etmediğinden, bu durumda teslimin yerine getirilmediği sonucu çıkarılmaz³⁴⁴. Ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesine engel olacak eksiklikler ise yüklenicinin edimini yerine getirmesine engel olur.

³⁴¹ Öz, Dönme, s. 169; Öz, İnşaat, s. 130; Erman, İnşaat, s. 67; Şahin, Teslim Borcu, s. 167; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 482; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 125-126; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 27; Baygın, İstisna Sözleşmesinde Ücret, s. 191; Yener, Arsa Payı, s. 27; Kurt, Temerrüt, s. 82; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 73; Bilge, İnşaat, s. 27-28.

³⁴² Öz, Dönme, s. 169; Öz, İnşaat, s. 130; Erman, İnşaat, s. 67; Şahin, Teslim Borcu, s. 167; Yener, Arsa Payı, s. 27; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 73.

³⁴³ Erman, İnşaat, s. 3; Ayan, Temerrüt, s. 154; Şahin, Teslim Borcu, s. 167.

³⁴⁴ Erman, İnşaat, s. 3; Ayan, Temerrüt, s. 154; Şahin, Teslim Borcu, s. 167.

Yapının tamamlanmamış olması kural olarak teslimin gerçekleşmediğine işaret etse de, iş sahibi böyle bir durumda yapıyı kullanmaya başlamışsa bu haliyle ifayı kabul ettiği söylenebilir. Ancak kullanıma bir zorunluluk sonucu başlamışsa veya teslim ihtirazi kayıtle gerçekleşmişse bu durumda ifa olarak kabul söz konusu olmaz³⁴⁵.

2.2.4. İnşaatın Teslimindeki Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması

2.2.4.1. Teslim Borcundaki Gecikmenin Yükleniciye İsnat Edilebilmesi

Yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdünün oluşabilmesi için gerekli şartlardan biri de gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması ya da diğer bir ifadeyle temerrüde engel hallerden birinin bulunmamasıdır. Yüklenici, kanundan ya da sözleşmeden kaynaklı herhangi bir hukuki sebebe dayanarak borç konusunu ifa etmekten geçici bir süre için veya süresiz olarak kaçınıbiliyorsa temerrüde ilişkin diğer şartlar var olsa bile temerrüt gerçekleşmez³⁴⁶.

Yüklenicinin eseri teslim borcunda gecikmesinin hangi hallerde borçlu temerrüdüne yol açmayacağına, diğer bir deyişle gecikmenin hangi hallerde mazur görülebileceğine ilişkin özel bir düzenleme Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Ancak yüklenicinin hangi durumlarda borçlandığı edimin ifasını geciktirmesine karşın temerrüde düşmeyeceğine dair bir ifade, yüklenicinin eseri meydana getirme aşamasına ilişkin olarak TBK m. 473/I'de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre;

³⁴⁵ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37; Tandoğan, Ö.B.İ., C. II, s. 126; Karataş, İnşaat, s. 165; Erman, İnşaat, s. 67-68; Öz, Dönme, s. 169; Öz, İnşaat, s. 130; Şahin, Teslim Borcu, s. 168; Yener, Arsa Payı, s. 24; Kurt, Temerrüt, s. 71.

³⁴⁶ Öz, İnşaat, s. 132; Şahin, Teslim Borcu, s. 178; Gökyayla, Ek İş, s. 198; Kurt, Temerrüt, s. 141; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 130-131; Aydıncık, Nama İfa, s. 197; Yener, Arsa Payı, s. 31 vd.; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 99; Duman, İnşaat Hukuku, s. 362; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 286; Aral, Ö.B.İ., s. 359; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 192 vd.; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 101; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 76; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 232; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 97; Bilge, İnşaat, s. 37.

“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” Bu hükmün ters anlamından, yani gecikmenin iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten kaynaklanması durumunda, yüklenicinin, eseri meydana getirme aşamasına ilişkin olarak borca aykırı davranmadığı ve dolayısıyla iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği sonucu çıkarılmaktadır³⁴⁷. Eserin meydana getirilmesi aşamasına ilişkin olan bu özel düzenleme ile kanundan çıkarılabilen bu sonuca eseri teslim borcu açısından da varmak gerekir. Meydana getirme aşamasındaki mevcut düzenlemenin aksine teslim borcuna ilişkin olarak ‘iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten ötürü gecikmeyi haklı kılan’ bir durum açıkça düzenlenmemiş olsa da, teslim borcunun ifasını engelleyen muhtelif durumların söz konusu olabileceğini kabul etmek gerekir.

Teslim borcunun ifasındaki gecikme iş sahibinin kusurundan kaynaklanabileceği gibi kusur olmaksızın iş sahibine isnat edilebilen bir sebepten de kaynaklanabilir. Gecikmenin hangi durumlarda iş sahibine isnat edilebileceği konusunda doktrinde belirtildiği üzere iki farklı görüş vardır. İlk olarak, bu kavramın kapsamına, bir sonuca bir kimsenin sebep olması durumunun dahil olması gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁸. Bu anlamıyla isnat edilebilme, borçlu temerrüdü biçiminde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık bakımından, edimin ifasındaki gecikmeye taraflardan birinin bizzat kendi davranışlarıyla ya da davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin tutumuyla sebep olmasını ifade eder. Isnat edilebilmeye verilen diğer anlam ise, bir

³⁴⁷ Kurt, Temerrüt, s.142; Öz, Dönme, s. 53; Öz, İnşaat, s. 132-133; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 115; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 81; Erman, İnşaat, s. 71; Ayan, Temerrüt, s. 112-113; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 52; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 60; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 88; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 380; Erzurumluoğlu, Ö.B.İ., s. 174; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 453; Duman, İnşaat Hukuku, s. 313; Bilge, İnşaat, s. 37.

³⁴⁸ Kurt, Temerrüt, s. 143; Yener, Arsa Payı, s. 29; Öz, İnşaat, s. 132-133; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 67; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 380; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 60.

sonuçtan bir kimsenin sorumlu tutulabilmesidir³⁴⁹. Bu anlamıyla isnat edilebilme ise, borçlu temerrüdü açısından sadece taraflardan birinin kendisinin veya davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin tutumlarının yol açtığı gecikmeleri ifade etmez. Ayrıca, beklenmeyen hal gibi doğumu açısından her iki tarafın da etkili olmadığı gecikme sebeplerinden de borçlunun sorumlu tutulmasını ifade eder. Bu itibarla ikinci anlamın, ilkinin de kapsadığı ifade edilmiştir³⁵⁰. Gecikme sebebi yüklenicinin risk alanına giriyorsa, temerrüt için gerekli olan diğer koşulların da gerçekleşmesi ile birlikte yüklenici, borçlu temerrüdüne düşer. Gecikme iş sahibinin risk alanına giriyor ise, söz konusu gecikme yüklenici açısından objektif olarak borca aykırılık durumu teşkil etmeyeceğinden borçlu temerrüdü gerçekleşmez³⁵¹. Borçlunun gecikme bakımından kusurunun bulunmaması temerrüde düşmesine engel olmaz fakat temerrüdün bazı sonuçlarının uygulanabilmesi bakımından önem taşır³⁵².

Sonuç olarak, arada uygun illiyet bağı bulunmak kaydıyla, iş sahibinin kendisinin yahut davranışlarından iş sahibinin sorumluluğu altında olduğu anlaşılan kişilerin sebep olduğu gecikmeler ile iş sahibinin şahsından kaynaklanan veya iş sahibinin işletme/faaliyet alanında gerçekleşen beklenmeyen hallerin yol açtığı gecikmeler, iş sahibinin risk alanından doğan gecikmelerdir. Yüklenicinin inşaatı teslim borcundaki gecikmesi bu sebeplerden kaynaklandığı takdirde gecikme, kural olarak haklıdır ve temerrüt gerçekleşmez. Fakat bu durumlarda da gecikmenin haklı olduğu sonucuna, yüklenici ancak gecikmeye yol açacak durumu zamanında iş

³⁴⁹ Tandoğan, Ö.B.İ., C. II, s. 116; Ayan, Temerrüt, s. 113, dn. 80; Kurt, Temerrüt, s. 143.

³⁵⁰ Kurt, Temerrüt, s. 143.

³⁵¹ Kurt, Temerrüt, s. 145; Duman, İnşaat Hukuku, s. 314; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 453.

³⁵² Öz, İnşaat, s. 26; Kurt, Temerrüt, s. 149; Yener, Arsa Payı, s. 37 vd.; Şahin, Teslim Borcu, s. 182; Eren, Genel Hükümler, s. 1090; Serozan, İfa, s. 216; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 23; Uygur, İnşaat Hukuku, C.I, s. 452; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 73; Duman, İnşaat Hukuku, s. 229; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 384-385; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 74; Güleç, Beklenilmeyen Haller, s. 97.

sahibine bildirmişse (TBK m. 472/III) ve söz konusu gecikme riskini sözleşmeyle kendisi üstlenmemişse varılabilir³⁵³.

2.2.4.2. Teslim Borcunda Temerrüde Engel Olan Başlıca Haklı Sebepler

2.2.4.2.1. Yüklenicinin İfadan Kaçınma Hakkının Mevcut Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye edimin ifasından kaçınma yetkisi veren başlıca def'iler; ödemezlik def'i ve zamanaşımı def'idir. Yüklenici bu def'ileri ileri sürdüğü takdirde, eseri teslim borcunun muacceliyeti geçici veya sürekli olarak askıya alınmakta ve yüklenici temerrüde düşmemektedir³⁵⁴.

Kanun koyucu TBK m. 479/I ile, "*İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.*" hükmünü getirerek, esasen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklılık ilişkisi içinde bulunan edimlerin aynı anda ifa edilmesi esasını (TBK m. 97; eBK m. 81), eser sözleşmeleri bakımından tekrarlamaktadır. Bu doğrultuda, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, yüklenici, inşaatı tamamlayıp teslim hazırlan hale getirmediği takdirde, iş sahibinin bedeli ödemediği yani belirli arsa paylarını kendisine devretmediği gerekçesi ile teslimden kaçınmaz. Buna karşılık, sözleşmede önce iş/arsa sahibinin ifada bulunacağı kararlaştırılmışsa, yüklenici, arsa paylarının ifa edilmesi kararlaştırılan kısmı kendisine devredilmediği takdirde, meydana getirme faaliyetini geciktirebilir³⁵⁵. İş sahibinin, inşaatın belirli seviyelere gelmesini müteakip bazı arsa paylarının

³⁵³ Kurt, Temerrüt, s. 152.

³⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1097; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 115; Kurt, Temerrüt, s. 153; Yener, Arsa Payı, s. 31; Aral, Ö.B.İ., s. 355; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 113; Şahin, Teslim Borcu, s. 178; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 32; Buz, Dönme, s. 103; Gökyayla, Ek İş, s. 198; Öz, Dönme, s. 171; Öz, İnşaat, s. 132; Aydıncık, Nama İfa, s. 197; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 202; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 102; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 232; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 286.

³⁵⁵ Kurt, Temerrüt, s. 154; Öz, Dönme, s. 171-172; Öz, İnşaat, s. 132; Yener, Arsa Payı, s. 31-32; Erman, İnşaat, s. 57; Şahin, Teslim Borcu, s. 178; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 76.

yükleniciye devrinin öngörüldüğü türdeki sözleşmelerde, söz konusu devir sözleşmede kararlaştırılan zamanda yapılmazsa yüklenici TBK m. 97'deki ödemezlik def'ine dayanarak inşaatı meydana getirmeyi durdurabilir veya çalışma hızını yavaşlatabilir. Benzer şekilde, önceden ipotekli olarak yükleniciye devredilen bazı kısımlar üzerindeki ipoteklerin yapılan iş nispetinde kaldırılacağına kararlaştırıldığı sözleşmelerde, ipoteğin kaldırılma zamanının gelmesine rağmen kaldırılmaması durumunda da yüklenici TBK m. 97'deki ödemezlik def'i çerçevesinde inşaatı durdurabilir veya işi yavaşlatabilir. Bu sebeplerden dolayı inşaat kararlaştırılan vadede teslim edilmezse, yüklenicinin gecikmesi haklı bir sebebe dayandığından ve borca aykırı bir durum bulunmadığından dolayı yüklenici temerrüde düşmez³⁵⁶.

2.2.4.2.2. İfanın İş / Arsa Sahibinden Kaynaklanan Nedenlerle Gecikmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatı meydana getirmesi için arsa sahibinin de katılması gereken bir takım edim konusuna yardımcı yahut hazırlayıcı fiillerin yerine getirilmesi gerektiği kararlaştırılmış olabilir. İş sahibince yerine getirilmesi gereken fiillerin gerçekleşmemesi sebebiyle inşaatı meydana getirme faaliyetlerinin başlayamaması, geç başlaması, durması yahut yavaş ilerlemesi hallerinde bu gecikmeden yüklenici sorumlu olmaz ve teslimin vadeye yetişmemesi durumunda temerrüde de düşmez. Örneğin; arsanın yükleniciye geç teslim edilmesi, iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken hukuki işlemin yerine getirilmemesi, plan-proje ve belgelerin temin edilmemesi durumlarında gecikme süresi kadar vadenin uzadığı kabul edilir³⁵⁷. Bu durumlarda yüklenici borçlu temerrüdüne düşmeyeceği gibi, arsa / iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşebilir³⁵⁸.

³⁵⁶ Öz, İnşaat, s. 132; Eren, Genel Hükümler, s. 1097; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 296-297; Ayan, Temerrüt, s. 120; Kurt, Temerrüt, s. 155; Şahin, Teslim Borcu, s. 179-180; Yener, Arsa Payı, s. 29-30; Buz, Dönme, s. 103.

³⁵⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 180; Kurt, Temerrüt, s. 157; Öz, Dönme, s. 172-173; Ayan, Temerrüt, s. 115; Yener, Arsa Payı, s. 30; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 131; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 67; Aral, Ö.B.İ., s. 359; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 115; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 232; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 206-207.

³⁵⁸ Öz, Dönme, s. 172; Şahin, Teslim Borcu, s. 179; Kurt, Temerrüt, s. 158-159; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 106 vd. ; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 205.

Ayrıca, arsa sahibi borçlu temerrüdüne de düşebilir. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici inşaatın yapılmasıyla yalnızca borcunu ifa etmiş olmaz, aynı zamanda sözleşme konusu üzerinde vücut bulan alacağına da bunun sonucunda kavuşur.

İş / arsa sahibinden kaynaklanan yahut onun risk alanına giren bir sebeple inşaatın gecikmesi, yüklenicinin bedel alacağı olan arsa paylarına geç kavuşmasına sebep olup, iş / arsa sahibinin borçlu temerrüdüne düşmesine yol açabilir. Bununla birlikte iş / arsa sahibi tarafından, inşaatın meydana getirilip teslim edilebilmesi için yerine getirilmesi gereken fiillerin yapılmaması, iş sahibinin kendi alacağına kavuşmasına da engel olması sebebiyle alacaklı temerrüdü durumu da oluşturabilir³⁵⁹.

Aksi, sözleşmede kararlaştırılmadıkça iş sahibinin sağlamayı taahhüt ettiği arsada yapılacak inşaatla ilişkin idari izinleri iş sahibinin alması gerekir. Bu durum iş sahibinin yerine getirmesi gereken hazırlık faaliyetlerinden biridir. İş sahibinin bu hazırlık faaliyetini yerine getirmemesi kendi kusurundan kaynaklanabileceği gibi, bu duruma beklenmeyen bir hal de sebep olmuş olabilir. Örneğin; bu izinlerin iş sahibi tarafından alınması gerekiyorken, tarafların kusuru bulunmaksızın, misal olarak idari mercilerin izin vermekte gecikmesinden dolayı yüklenici inşaatı tamamlayıp teslim etmekte gecikmişse, burada üçüncü kişilerin fiilinin sebep olduğu bir gecikme söz konusudur. Kanuni risk dağılımı bakımından, bu tür bir iznin alınamamasından kaynaklanan gecikme iş sahibinin faaliyet alanında doğmasından dolayı bunun sonucuna iş sahibi katlanır ve diğer şartların da mevcudiyetiyle alacaklı temerrüdüne düşebilir³⁶⁰.

³⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1010.

³⁶⁰ Erman, İnşaat, s. 53; Ayan, Temerrüt, s. 115; Kurt, Temerrüt, s. 160-161; Yener, Arsa Payı, s. 30; Duman, İnşaat Hukuku, s. 322; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 81; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 106 vd.; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 77; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 205.

İnşaatın meydana getirilmesi aşamasında arsa / iş sahibinin katılması gereken fiillere katılmayıp, inşaatın zamanında ve gereği gibi teslimine engel olduğu durumlarda arsa sahibi açısından borçlu ve alacaklı temerrüdü söz konusu olabilirse de inşaatın tamamlanıp teslim alınmaması durumunda alacaklı temerrüdü söz konusu olmaz. Zira bu durumda inşaat iş sahibine ait arsada gerçekleşmiştir ve iş sahibi TMK hükümleri uyarınca inşaata zilyet olup aynı zamanda maliktir. Bu bakımdan inşaatın teslimine arsa sahibinin fiilen katılması gerekmeyip, yüklenici tarafından iş görme faaliyetlerinin tamamlanması, iş sahibinin inşaatın bittiğini anlayamadığı hallerde ise yapılacak bildirim teslim için yeterlidir³⁶¹.

2.2.5. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesinin Şekli Koşulu

2.2.5.1. İş Sahibinin İhtarda Bulunması

Yüklenicinin, muaccel ve ifası halen mümkün olan inşaatı teslim borcunu objektif olarak borca aykırı biçimde yerine getirmemesi, kural olarak, onun teslim borcunda temerrüde düşmesi için yeterli değildir. Ayrıca yükleniciye yöneltilecek bir ihtarın da yapılması gerekmektedir (TBK m. 117/I; eBK m. 101/I).

İhtar, alacaklının borçluya yönelttiği ve borçludan edimin ifasını talep ettiği tek taraflı bir irade beyanıdır³⁶². Hukuki işlem benzeri olarak nitelenen ihtar³⁶³, karşı

³⁶¹ Öz, İnşaat, s. 129-130; Kurt, Temerrüt, s. 158. İş sahibinin eseri teslimden kaçınması sonucu alacaklı temerrüdüne düşeceği görüşünde: Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 259-260.

³⁶² Kurt, Temerrüt, s. 173; Şahin, Teslim Borcu, s. 168-169; Eren, Genel Hükümler, s. 1093; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 666; Buz, Dönme, s. 101-102; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 479; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 77; Yener, Arsa Payı, s. 32; Aydınçık, Nama İfa, s. 189; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 96; Bilge, İnşaat, s. 38.

³⁶³ Şahin, Teslim Borcu, s. 170; Eren, Genel Hükümler, s. 1094; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 666; Tunçomağ, C.I Genel Hükümler, s. 906; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1224; Öz, Dönme, s. 173; Öz, İnşaat, s. 133; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 282; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 78; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 479; Duman, İnşaat Hukuku, s. 227; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 27; Akkanat, İfada Gecikme, s. 21; Aydınçık,

tarafa vardığı anda hüküm ve sonuç doğurur ve diğer şartların da mevcudiyetiyle birlikte temerrüt gerçekleşmiş olur.

İhtar ancak iş sahibi veya onun yetkili temsilcisi tarafından yapılabilir. İhtarda, ifası istenen borcun konusu açıkça belirtilmelidir. İş sahibinin ifayı talep etme niyetini açıkça ortaya koymayan teslim tarihine ilişkin hatırlatmalar yeterli değildir³⁶⁴. Yapının teslimi için, yükleniciye karşı ifa davası açılması veya icra emri gönderilmesi de, iş sahibinin edimin ifasına yönelik talebini yeterince ortaya koyduğundan ihtar yerine geçer³⁶⁵. Ancak tespit davası açılması halinde ise, alacaklı edimin ifasını talep etmediğinden dolayı ihtar olarak değerlendirilmez³⁶⁶.

İhtar, yükleniciye veya temsilcisine yapılmalıdır. Alt yükleniciye yapılan ihtar, yüklenici açısından hüküm doğurmaz ve yükleniciyi temerrüde düşürmez³⁶⁷.

İhtar için Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir şekil şartı yoktur. Ancak yazılı olarak yapılması ispat kolaylığı açısından tercih edilmelidir. Buna karşın her iki tarafın tacir niteliğinde olduğu sözleşmelerde, ihtarın, TTK m. 18/III kapsamında noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması geçerliliği için şarttır³⁶⁸.

Nama İfa, s. 191; Buz, Dönme, s. 102; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 103; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 190; Bilge, İnşaat, s. 38.

³⁶⁴ Akkanat, İfada Gecikme, s. 29 vd.; Kurt, Temerrüt, s. 174; Şahin, Teslim Borcu, s. 169, 171; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 298; Aydınçık, Nama İfa, s. 191; Duman, İnşaat Hukuku, s. 227.

³⁶⁵ Şahin, Teslim Borcu, s. 171-172; Eren, Genel Hükümler, s. 1095; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 96; Duman, İnşaat Hukuku, s. 227.

³⁶⁶ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 298; Öz, Dönme, s. 173; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 26; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 78; Duman, İnşaat Hukuku, s. 227.

³⁶⁷ Öz, İnşaat, s. 133; Şahin, Teslim Borcu, s. 169; Yener, Arsa Payı, s. 32; Eren, Genel Hükümler, s. 1094.

³⁶⁸ Kurt, Temerrüt, s. 174-175; Şahin, Teslim Borcu, s. 170; Eren, Genel Hükümler, s. 1095; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 666; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1225; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 283; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 480; Yakuppur,

İhtarın gerçekleştirilme zamanı açısından, borcun muaccel durumda olup olmamasının önemi doktrinde tartışmalı olsa da³⁶⁹, hakim görüş TBK m.117/II (eBK m. 101/II) lafzından hareketle ihtarın borcun muaccel olmasından sonra yapılması gerektiğini belirtmekte ve muacceliyetten önce yapılan ihtarın borçlu temerrüdü oluşturmayacağını ifade etmektedir³⁷⁰.

2.2.5.2. İhtar Şartının Aranmadığı Durumlar

Borçlunun mütemerrit hale gelmesi için kural olarak ihtarın yapılması gerekir (TBK m. 117/I). Ancak bu hüküm emredici nitelikte değildir. Bu sebeple kural olarak ihtar gereken bir durum olsa dahi, taraflar sözleşmede temerrüt için ihtarın gerekli olmadığını kararlaştırmışlarsa, yüklenici ihtarsız temerrüde düşebilir³⁷¹.

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü, özel olarak TBK m. 470-486 (eBK m. 355-371) hükümleri arasında düzenlenmediği için, yüklenicinin temerrüdüne, temerrüdün şartlarına ve sonuçlarına genel düzenleme olan TBK m. 117-125 (eBK m. 101-108) hükümleri uygulanacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de temerrüde ilişkin söz konusu genel hükümler kıyasen uygulanacaktır. Bu genel hükümler bağlamında, TBK m. 117/II hükmü uyarınca, belirli vadeli borçlarda vadenin taraflarca kararlaştırılmış olması ve vadeyi tespit

Teslim Borcu, s. 79; Duman, İnşaat Hukuku, s. 225; Yener, Arsa Payı, s. 32; Aydıncık, Nama İfa, s. 192; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 96.

³⁶⁹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 297; Oğuzman, Borçlar Hukuku, s. 95; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 78; Şahin, Teslim Borcu, s. 171. Yazarlar TBK m. 117/II (eBK m. 101/2)'den hareketle ihtarın borcun muaccel olmasından sonra yapılması gerektiğini, muacceliyetten önce gerçekleştirilen ihtar ile borçlu temerrüdünün oluşmayacağını savunmaktadırlar. Tunçomağ ise; borcun muacceliyetinden önce de ihtarın yapılabileceğini, bunu kabul etmenin iş hayatının gereklerine uygun olup, borçlunun bu şekilde alacaklının amacını bilebileceğini ve ikinci bir ihtar gerektirmeye gerek olmayacağını ancak temerrüt hükümlerinin alacağın muaccel olduğu tarihten önce yürümeye başlamayacağını savunmaktadır. (Tunçomağ, C.I Genel Hükümler, s. 907).

³⁷⁰ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 297; Oğuzman, Borçlar Hukuku, s. 95; Barlas, Temerrüt, s. 39-40; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 78; Yener, Arsa Payı, s. 32; Aydıncık, Nama İfa, s. 191; Duman, İnşaat Hukuku, s. 225; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 191.

³⁷¹ Kurt, Temerrüt, s. 176; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 31; Şahin, Teslim Borcu, s.176-177; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 668; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1231; Duman, İnşaat Hukuku, s. 228.

etme yetkisinin taraflardan birine ihbar yoluyla tanınmış olması halleri ihtar yerine geçen durumlardandır³⁷².

2.2.5.2.1. Belirli veya Kesin Vadeli Bir İşlemin Bulunması

Borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmişse, borçlu, o günün geçmesiyle temerrüde düşer (TBK m. 117/II; eBK m. 101/II). Belirli vade, sözleşmenin içeriğinden, yüklenicinin, iş sahibinin talebi olmaksızın inşaatı hangi zamanda teslim etmek zorunda olduğunu anlayabileceği durumlarda söz konusu olur³⁷³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflar inşaatın teslim tarihini açıkça kararlaştırmışlarsa belirlenen bu günde, teslimin gerçekleşmemesi üzerine yüklenici derhal temerrüde düşer. Örneğin; taraflar 20 Kasım 2012 gününü teslim tarihi olarak kararlaştırmışlarsa yüklenicinin temerrüdü için, bu günün inşaat teslim edilmeden geçirilmiş olması yeterlidir, ayrıca ihtara gerek yoktur.

Taraflarca kararlaştırılan vade bir takvim günüyle belirlenebileceği gibi kesin olarak hesaplamaya elverişli objektif kriterlerle de belirlenebilir. Örneğin, inşaatın tesliminin sözleşmenin yapılmasından 24 ay içerisinde yerine getirilmesi gerektiğinin sözleşmede kararlaştırılması halinde durum böyledir. Bu sürenin dolmasıyla birlikte teslim borcu muaccel hale gelir ve eser teslim edilmemişse ayrıca ihtara gerek

³⁷² Öz, İnşaat, s. 134; Erman, İnşaat, s. 68; Şahin, Teslim Borcu, s. 172; Kurt, Temerrüt, s. 176; Yener, Arsa Payı, s. 33; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 62; Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri, s. 96; Buz, Dönme, s. 102; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 80-81; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 103; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 223; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 191; Bilge, İnşaat, s. 39.

³⁷³ Öz, İnşaat, s. 133-134; Şahin, Teslim Borcu, s. 173; Kurt, Temerrüt, s. 177; Yener, Arsa Payı, s. 33; Aydıncık, Nama İfa, s. 193.

kalmaksızın temerrüt vuku bulur. Takribi (yaklaşık) vadenin kararlaştırıldığı durumlarda ise vade belirli olmadığından, temerrüt için ayrıca ihtara gerek vardır³⁷⁴.

Sözleşmenin tarafları muacceliyeti belirli bir süreye bağlamalarına rağmen, işleyecek olan vadenin başlangıcını açıkça belirlememişlerse artık bu sürenin sözleşmenin yapılmasıyla başlaması gerektiğinin kabulü gerekir. Uygulamada ise, bu sürelerin sözleşmenin yapıldığı tarihten değil, inşaat ruhsatının alınması yahut arsanın teslimi gibi sonradan yapılacak bazı işlemlerin gerçekleşme tarihinde başlayacağı kararlaştırılmaktadır³⁷⁵. Bu gibi durumlarda belirli vadenin mevcut olup olmadığı konusu tartışmalıdır³⁷⁶. Hakim görüşe göre³⁷⁷, belirli vadenin varlığından söz edebilmek için vadenin sözleşmenin yapıldığı anda belirlenebilir olması gerekir. Buna göre, borçlu, ifa tarihini sözleşme kurulduğu tarihte kesin olarak biliyorsa, diğer deyişle, teslim tarihi sözleşme kurulduğu anda belirli veya belirlenebilir ise, belirli vade söz konusudur. Sürenin, sonradan gerçekleşecek bir olaya bağlanması halinde ise belirli vade söz konusu olmaz ve temerrüt için ihtar gerekir. Katıldığımız görüşe³⁷⁸ göre ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ve eser sözleşmelerinde eserin tesliminin sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşecek belli bir olaya (örneğin; inşaat ruhsatının alınması veya arsanın teslimi) bağlanması halinde belirli vadenin varlığı kabul edilmelidir. Zira bu gibi durumlarda, eserin teslim tarihinin inşaat ruhsatı alınması veya arsanın yükleniciye teslim edilmesi gibi bir olayın gerçekleşmesi ile başlayacağı açıkça sözleşmede kabul edilmişse süre işlemeye başlayacaktır. Bu duruma misal olarak; ruhsatın alınmasından itibaren altı ay içerisinde teslim edilecektir gibi bir hüküm sözleşmede yer almışsa, teslim tarihi belirsizliğe yer vermeyecek biçimde tespit edildiğinden sözleşme belirli vadelidir³⁷⁹.

³⁷⁴ Şahin, Teslim Borcu, s. 174; Oğuzman, Borçlar Hukuku, s. 98; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 300; Aydınçık, Nama İfa, s. 193; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1229.

³⁷⁵ Ayan, Temerrüt, s. 164; Şahin, Teslim Borcu, s. 174; Yener, Arsa Payı, s. 10.

³⁷⁶ Ayan, Temerrüt, s. 164; Kurt, Temerrüt, s. 177; Şahin, Teslim Borcu, s. 175.

³⁷⁷ Öz, Dönme, s. 154; Kurt, Temerrüt, s. 178.

³⁷⁸ Ayan, Temerrüt, s. 164; Şahin, Teslim Borcu, s. 175; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 284.

³⁷⁹ Kurt, Temerrüt, s. 178; Ayan, Temerrüt, s. 164-165. Aksi görüşte: Öz, İnşaat, s. 134.

Bu sürenin dolmasından sonra yüklenici hiçbir ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşer.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken tespit edilmiş olan belirli teslim vadesi, daha sonra iş sahibinin veya yüklenicinin risk alanından doğan olaylardan dolayı belirsiz hale gelebilir. Yüklenicinin risk alanından doğan sebeple meydana gelen gecikmeye yüklenici katlanacağından, sözleşmede belirlenen vade aynen geçerli kalır ve belirli vade tarihinde teslim gerçekleşmezse yüklenici ihtar olmaksızın temerrüde düşer. Ancak iş / arsa sahibinin risk alanından kaynaklanan sebeplerden ötürü meydana gelen gecikmelere uygun olarak teslim vadesinin kendiliğinden uzadığı durumlarda, uzayan vadenin belirli vade niteliğinin değişip değişmediği konusu tartışmalıdır. Hakim görüşüne göre³⁸⁰ belirli vadenin bu sebepten uzaması halinde artık belirli vade özelliği kaybolur ve dolayısıyla yüklenicinin temerrüdü için ihtar gerekir. Bizim katıldığımız diğer bir görüşüne göre³⁸¹ ise, belirli vadeli sözleşmelerde, inşaatı teslim süresinin uzaması halinde temerrüt için ihtarın aranması gerektiğinin kabulü hakkaniyete aykırılık teşkil eder. Süre uzaması halinde teslim tarihi de kendiliğinden uzar ve bu uzayan sürenin sonunda yüklenicinin temerrüde düşmediğini ihtarın yapılmadığına bağlamak TMK m.2'ye uygun olmaz. Ayrıca inşaat süresinin uzaması sözleşmenin belirli vade özelliğini kaldırmaz. Zira, teslim süresinin ne kadar uzayacağı belirlidir.

İnşaatın teslim süresinin, yüklenici tarafından yapılacak olan inşaat ruhsatının alınması gibi bir fiille başlayacağını kararlaştırıldığı durumlarda da, yüklenici bu fiili hiç ya da makul sürede yerine getirmemezse; teslim süresi, benzer bir sözleşmedeki makul yükleniciden dürüstlük kuralına uygun olarak bu fiili yerine getirmesinin beklenebileceği sürenin sonunda işlemeye başlar. Yüklenicinin teslim etme borcu da bu şekilde belirlenen teslim süresinin sonunda muaccel olur. Bu durumda da

³⁸⁰ Kurt, Temerrüt, s. 178-179; Ozanoğlu, **Gecikme Cezası**, s. 70-71; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 131.

³⁸¹ Ayan, Temerrüt, s. 166-167; Şahin, Teslim Borcu, s. 175-176.

yüklenici, iş sahibinin ihtarı gerekmeksizin borcun muaccel olduğu tarihte temerrüde düşer³⁸².

Borçlu yüklenici, TBK m. 117/II hükmü gereği belirli vadeli sözleşmelerde dahi ihtar gerekmeksizin temerrüde düştüğüne göre, kesin vadeli sözleşmelerde ihtar olmaksızın temerrüde düşeceği açıktır³⁸³. Örneğin, inşaatın mutlaka, en geç 20 Ekim 2012 tarihinde teslim edileceğinin kararlaştırıldığı durumda, bu tarihe kadar inşaatı teslim etmeyen yüklenici iş sahibinin ihtarı gerekmeksizin temerrüde düşer. Ayrıca bu durum alacaklının ek süre vermeksizin aynen ifadan vazgeçtiğinin kararlaştırıldığı anlamını taşır³⁸⁴.

2.2.5.2.2. Vadeyi Tespit Etme Yetkisinin Sözleşmedeki Taraflardan Birine İhbar Yoluyla Tanınması

TBK m. 117/II (eBK m. 101/II) uyarınca sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan birisi vadeyi usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle tespit etmiş ise bu sürenin geçmesiyle borçlu temerrüde düşer.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ifa gününü bir ihbarla (bildirimle) tespit etme yetkisi, taraflardan birine bırakılabilir. Kendisine ihbar yetkisi tanınan taraf usulüne uygun olarak yaptığı ihbarla muacceliyet ve ifa gününü belirleyebilir. Bu şekilde belirlenen tarihte ifa gerçekleşmezse, yüklenici, ihtarla gerek olmaksızın kendiliğinden mütemerrit hale gelir³⁸⁵. Örneğin; sözleşmede arsa sahibi tarafından

³⁸² Ayan, Temerrüt, s. 166. Aksi görüşte: Kurt, Temerrüt, s. 179.

³⁸³ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 300; Eren, Genel Hükümler, s. 1114; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 30; Kurt, Temerrüt, s. 180; Aydınçık, Nama İfa, s. 193.

³⁸⁴ Ayan, Temerrüt, s. 163; Şahin, Teslim Borcu, s. 173; Eren, Genel Hükümler, s. 1114; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 30; Yener, Arsa Payı, s. 34; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 92; Kurt, Temerrüt, s. 180; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1272 vd.

³⁸⁵ Şahin, Teslim Borcu, s. 176; Eren, Genel Hükümler, s. 1096; Serozan, İfa, s. 217; Öz, Dönme, s. 174; Öz, İnşaat, s. 134; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 301; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1229; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 284-285; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 484; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 81; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 71; Yener, Arsa Payı, s.

alınacağı kararlaştırılan oturma izninin temininden sonra teslimin yapılması kararlaştırılmışsa bu halde teslim borcu iş / arsa sahibinin yapacağı bildirimle muaccel olur. Yüklenicinin temerrüdü ise ihbarın yükleniciye varması anında değil; ihbarda belirlenen vadede, eğer vade belirlenmemişse işin niteliği gereği ve çalışma hayatındaki telakkilere göre teslimin yapılması gereken uygun bir süre geçtikten sonra gerçekleşir.

2.2.5.2.3. İhtarın Faydasız Olması

İhtarın yapılmasının faydasız kalacağı açıksa, ihtara gerek yoktur (TBK m. 124/b.1). Örneğin; yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağı tavırlarından açıkça anlaşılıyorsa veya işin tamamlanan kısmı bütününe göre çok azsa ya da yüklenici inşaat alanını kesin olarak terk edip gitmişse, yapıyı vadede teslim etmeyen yüklenici ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer³⁸⁶.

2.2.5.2.4. Yüklenicinin İhtarın Ulaşmasını Kasten Engellemesi

Yüklenici ihtarın kendisine ulaşmasını, diğer bir ifadeyle ihtarını almayı kasten engelliyorsa, TBK m. 175/I hükmüne kıyasen, ihtar şartının artık aranmaması gerekir. Şarta bağlı borçlarda, taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı biçimde şartın gerçekleşmesine engel olması halinde şartın gerçekleşmiş sayılacağını öngören söz konusu hükmün, böyle bir durumda kıyasen uygulanması gerekir ve temerrüt için ihtar koşulu aranmaz³⁸⁷.

33; Kurt, Temerrüt, s. 177; Duman, İnşaat Hukuku, s. 228; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 103; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 223; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 191.

³⁸⁶ Kurt, Temerrüt, s. 181; Şahin, Teslim Borcu, s. 177; Serozan, İfa, s. 218; Eren, Genel Hükümler, s. 1097; Öz, İnşaat, s. 134; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 301; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1230; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 670; Tunçomağ, C.I Genel Hükümler, s. 911; Yener, Arsa Payı, s. 33; Ayan, Temerrüt, s. 167; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 81; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 71; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 485; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 191.

³⁸⁷ Kurt, Temerrüt, s. 181.

2.3. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

2.3.1. Genel Olarak

Yüklenici, teslim borcuna aykırı olarak borcun vadesi geldiği halde teslimde bulunmazsa; ihtar gereken bir durum varsa iş sahibinin ihtarı üzerine, ihtar gerekmeyen hallerde ise vadenin geçmesi ile birlikte teslim borcunda temerrüde düşer. Bu durumda edim yükümlülükleri kendiliğinden ortadan kalkmaz ve yüklenicinin aynen ifa yükümlülüğü devam eder³⁸⁸. Diğer bir deyişle, temerrüde düşen yüklenici halen eseri tamamlayarak teslim etme yükümlülüğü altındadır.

Eser sözleşmeleri açısından yüklenicinin teslim borcunu ifade temerrüdüne ilişkin TBK m. 470-486 (eBK m. 355-371) hükümleri arasında özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu yüzden eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri teslim borcunu ifade temerrüdüne TBK'nun genel hükümleri (TBK m. 123-125; eBK m. 106-108) uygulanacaktır³⁸⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise kıyas (yaratma) teorisi gereğince genel hükümler kıyasen uygulanabilecektir³⁹⁰.

2.3.2. Yüklenicinin Kusurunun Temerrüdün Sonuçları ile İlişkisi

Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmez. Temerrüdün bazı sonuçları da kusurdan bağımsızdır. Örneğin; iş sahibinin yükleniciden aynen ifayı talep etmesi veya aynen ifadan

³⁸⁸ Kurt, Temerrüt, s. 183; Ayan, Temerrüt, s. 171; Şahin, Teslim Borcu, s. 215; Öz, İnşaat, s. 134; Yener, Arsa Payı, s. 34; Dayınlı, Temerrüt, s. 62; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s. 377; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 485; Eren, Genel Hükümler, s. 1099; Duman, İnşaat Hukuku, s. 231; Buz, Dönme, s. 104.

³⁸⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1055; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1230; Havuççu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 37; Ayan, Temerrüt, s. 172; Şahin, Teslim Borcu, s. 216.

³⁹⁰ Yener, Arsa Payı, s. 55; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 69; Dayınlı, Temerrüt, s. 83; Duman, İnşaat Hukuku, s. 243.

vazgeçerek sözleşmeden dönmesi, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir. Buna karşılık, borçlu temerrüdünün bazı sonuçları, yüklenici teslim borcunda temerrüde ancak kusuru ile düşmüşse uygulanabilir. Bunlar;

- İş / arsa sahibinin temerrüde bağlı olarak yükleniciden tazminat talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. Kusur şartı, temerrüde bağlı tüm tazminat talepleri bakımından aranır (TBK m. 118, 125/II, 125/III).

- Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, yüklenici sadece kusuruyla temerrüde düştüğü takdirde eserin teslimindeki gecikme sebebiyle cezai şart ödemek zorundadır.

- Kusurlu yüklenici, temerrüt süresince inşaatın meydana getirilmesinin ve tesliminin kazaen imkansız hale gelmesinden de sorumludur (TBK m. 119/I).

- Yüklenicinin kusurunun derecesinin, temerrüde bağlı taleplerin tabi olduğu zaman aşımı süreleri üzerinde de etkisi vardır. Zira, TBK m. 147'ye göre, eser sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabidir. TBK m. 478'e göre de, taşınmaz yapılarda yüklenicinin ayıplı bir eser meydana getirmesi halinde, bu sebeple açılacak davalar beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak yüklenicinin ağır kusuru varsa, eserin ayıplı olmasından kaynaklanan davalar yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Yüklenici eseri vadede teslim etmediğinde, bu borca aykırı davranışta kusurlu olduğu varsayılır (TBK m. 112). Yüklenici, temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu düşünüyorsa, bunu ispat etmek zorundadır³⁹¹.

Yüklenicinin temerrüde düşmekteki kusuru, onun, kasten veya ihmalle, eserin zamanında teslimi için gerekli olan tedbirleri almamış veya eksik almış olmasıdır³⁹².

³⁹¹ Öz, İnşaat, s. 135; Öz, Dönme, s. 282; Kurt, Temerrüt, s. 185; Yener, Arsa Payı, s. 38; Şahin, Teslim Borcu, s. 183; Buz, Dönme, s. 105; Eren, Genel Hükümler, s. 1104-1105; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 101; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 247; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 94.

³⁹² Kurt, Temerrüt, s. 185; Eren, Genel Hükümler, s. 1105; Yener, Arsa Payı, s. 38.

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesindeki kusurunun derecesi önemli değildir³⁹³. Bununla birlikte kusurun derecesi; yüklenicinin sorumlu tutulacağı tazminat miktarının belirlenmesinde (TBK m. 51/I), tazminattan indirim yapılmasında (TBK m. 52/II) ve yüklenicinin borca aykırılıktan sorumluluğunu sınırlayan anlaşmaların geçerliliğinin tespitinde (TBK m. 115) kusurun derecesi dikkate alınır. Yüklenicinin kusuru, kast, ağır ihmal ya da hafif ihmal şeklinde olabilir. Yüklenici eseri vadede teslim için kendisinden beklenen özeni göstermemişse, temerrüde düşmekte kusurludur³⁹⁴. Bu özenin ölçüsü, objektif esaslara ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir.

Yüklenici, inşaatın teslimindeki gecikme bakımından yalnız kendi kusurundan değil aynı zamanda yasal temsilcisinin ve başvurduğu yardımcı kişilerin de gecikmeye sebep olan kusurlarından sorumludur (TBK m. 116). Bunun kapsamına yüklenicinin hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı işçiler gireceği gibi, alt yükleniciler de girer. Yüklenici, alt yüklenicinin istihdam ettiği kişilerin veya işin yapılmasında başvurduğu ifa yardımcılarının eserin tesliminin gecikmesine yol açan davranışlarından da TBK m. 116 gereğince sorumludur.

Yüklenicinin, yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğu açısından kusur özellik arz etmektedir. Başkasının fiilinden sorumluluğu düzenleyen bir hüküm olan TBK m. 116 bakımından aranan kusur “farazi kusur” dur. Buna göre yardımcı kişinin hareketi veya hareketsizliği, borçlunun kendisi aynı biçimde hareket etmiş ya da hareketsiz kalmış olsaydı, borçlu bakımından kusur teşkil edecek idiyse, borçlu, kendisinin ya da yardımcı kişilerin gerçek bir kusuru bulunmasa dahi, yardımcı kişinin davranışından sorumlu tutulmaktadır. Bu bakımdan, borçlu ancak borcu bizzat kendisi ifa etse ve yardımcı kişinin borca aykırı davranışında kendisi bulursa idi kusurlu sayılamayacak olduğunu ispat ederek sorumluluktan

³⁹³ Kurt, Temerrüt, s. 185; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 527 vd.; Öz, Dönme, s. 276; Yener, Arsa Payı, s. 38-39; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 101.

³⁹⁴ Kurt, Temerrüt, s. 185-186; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 388; Öz, Dönme, s. 277; Eren, Genel Hükümler, s. 1105.

kurtulabilir³⁹⁵. Aksi takdirde, yüklenici, yardımcı kişinin kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Zira, yardımcı kişinin kusuru bulunmasa da, işin yardımcı kişiye bırakılması riskine yüklenici katlanır ve iş sahibine karşı sorumlu olur³⁹⁶. Yüklenici, başkasının fiilinden sorumluluğu düzenleyen TBK m. 116/I'deki sorumluluktan kendi kusurunun bulunmadığını ispatlayarak da kurtulamaz.

2.3.3. Yüklenicinin Temerrüt Süresince Meydana Gelen Beklenmeyen Hallerden Sorumluluğu

İnşaatı teslim borcunda temerrüde düşen yüklenici, temerrüt süresince beklenmedik hal sebebiyle meydana gelecek zarardan da sorumludur (TBK m. 119/I)³⁹⁷. Buna göre, temerrüt süresince meydana gelen kaza sonucu inşaatın sözleşmeye uygun biçimde tamamlanıp teslim edilmesinin kısmen veya tamamen imkansız hale gelmesinin olumsuz sonuçlarına yüklenici katlanır. Yüklenicinin kazadan sorumlu olması, iş sahibinin kazadan ötürü uğradığı zararı tazmin etmesi ve kaza sonucu telef olan kısım uyarınca bedel karşılığında mahrum kalması anlamına gelir³⁹⁸. Burada sözü edilen beklenmedik haller, yüklenicinin veya onun yardımcı

³⁹⁵ Kurt, Temerrüt, s. 188; Eren, Genel Hükümler, s. 1105; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 370-371; Öz, Dönme, s. 272; Yener, Arsa Payı, s. 40; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 125 vd.; Duman, İnşaat Hukuku, s. 173.

³⁹⁶ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 371; Öz, İnşaat, s. 51; Kurt, Temerrüt, s. 188; Yener, Arsa Payı, s. 40.

³⁹⁷ Öz, İnşaat, s. 140; Kurt, Temerrüt, s. 189; Şahin, Teslim Borcu, s. 215; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 132; Eren, Genel Hükümler, s. 1105; Buz, Dönme, s. 105; Yener, Arsa Payı, s. 37; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 485; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 325; Duman, İnşaat Hukuku, s. 235; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 215.

³⁹⁸ Kurt, Temerrüt, s. 189; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 132; Şahin, Teslim Borcu, s. 215; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 326.

kişilerinin sorumlu olmadığı, ifayı imkansız kılan tüm halleri ifade eder. Mücbir sebepler ve üçüncü kişilerin fiilleri de bu kapsama dahildir³⁹⁹.

Temerrüt sırasında meydana gelen beklenmeyen hal, iş sahibinin risk alanından doğan bir sebepten ileri gelmişse, bu durumda dahi, temerrüde düşen yüklenici, TBK m. 483/II'de tanınan imkandan yararlanamaz. Yani eserin yok olan kısmına ilişkin olarak işin değerini ve buna girmeyen masrafını isteyemez. Yüklenici, TBK m. 119/II'de düzenlenen kurtuluş kanıtlarından birini getirmediği, iş sahibinin risk alanına giren sebeplerin yol açtığı beklenmeyen halden dahi sorumlu olur⁴⁰⁰. İş sahibi, inşaatın kazaen telef olması sonucu ayrıca bir zarara uğramışsa bunun tazminini de isteyebilir.

Örneğin; yüklenicinin yapıyı üzerinde inşa etmeyi taahhüt ettiği arazi, temerrüt sırasında sit alanı ilan edilmiş veya imar mevzuatında yapılan bir değişiklik sonucu bu araziye inşaat yasağı getirilmiş olabilir. Bu durumda yapının tamamlanarak teslim edilmesi imkansızdır ve yapılan kısmın da yıkılması gerekir. Bu bakımdan edimin ifası tamamen imkansız hale gelmiştir. TBK m. 136/I gereği eseri teslim borcu sona erer ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince de iş sahibi bedel ödeme (arsa payı mülkiyetini devretme) borcundan kurtulur. İş sahibi ne telef olan kısım için ne de artık meydana getirilmesi mümkün olmayan kısım için bedel ödemek zorunda değildir⁴⁰¹.

Eserin meydana getirilen kısmı kaza sonucu kısmen telef olmuşsa, telef olmayan kısmın akıbeti bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Yapının yüklenici tarafından hali hazırda meydana getirilmiş olan ve beklenmeyen hal sonucunda yok olmayan bölümü iş sahibi tarafından kullanılabilir ise, iş sahibi, bu kısmı kabul

³⁹⁹ Kurt, Temerrüt, s. 190; Eren, Genel Hükümler, s. 1061; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 390; Yener, Arsa Payı, s. 37; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 76; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 326; Duman, İnşaat Hukuku, s. 235.

⁴⁰⁰ Kurt, Temerrüt, s. 190; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 24.

⁴⁰¹ Kurt, Temerrüt, s. 191; Ayan, Temerrüt, s. 208.

etmek ve bedelini ödemek zorundadır (TBK m. 486'ya kıyasen). Buna karşılık, yüklenicinin meydana getirmiş olduğu yapı kısmının iş sahibi tarafından kullanılması mümkün değilse, iş sahibi bu kısmı kabul etmeyi ve bedeline karşılık gelecek arsa payını devretmeyi reddedebilir⁴⁰².

Yüklenicinin inşaatın teslimi borcunda temerrüde düştüğü sırada beklenmeyen hal sonucu kısmen veya tamamen yok olan yapının, yeniden meydana getirilerek iş sahibine teslimi mümkün olabilir. TBK m. 119/I hükmü, taahhüt edilen edimin ifasının beklenmeyen hal sonucu imkansız hale geldiği durumlara doğrudan uygulanırken, beklenmeyen hal sonucu yok olan yapının yeniden meydana getirilerek tesliminin halen mümkün olduğu durumlara da kıyasen uygulanır⁴⁰³. Eserin meydana getirilmesinin halen mümkün olduğu durumlarda, ifa imkansızlığı söz konusu olmadığına ve temerrüt hali de yükleniciyi sözleşmeden doğan borcuyla bağlılıktan kurtaran bir durum olmadığına göre, yüklenicinin inşaatı meydana getirme ve teslim borcu devam etmektedir. Bu durumda telef olan inşaatın yeniden meydana getirilmesi masraflarına yüklenici katlanır. Yüklenicinin inşaatı yeniden meydana getirmesi sonucu teslimdeki gecikmesi sebebiyle iş sahibi müspet zararının tazminini de talep edebilir⁴⁰⁴.

Yüklenici, temerrüde düşmeseydi dahi beklenmeyen halin iş sahibinin zararına olarak esere isabet edeceğini ispatlayarak, beklenmeyen halden kaynaklanan sorumluluktan kurtulur (TBK m. 119/II).

Yapılmakta olan inşaatın, yüklenicinin temerrüdü sırasında, iş sahibinin risk alanından doğan bir sebepten ötürü de yok olması mümkündür. Örneğin; iş / arsa sahibi tarafından verilen bir talimat inşaatın temerrüt sırasında yok olmasına yol açabilir. Bu durumda yüklenici, TBK m. 119/II'deki kurtuluş kanıtlarını kullanarak

⁴⁰² Kurt, Temerrüt, s. 192.

⁴⁰³ Kurt, Temerrüt, s. 193.

⁴⁰⁴ Kurt, Temerrüt, s. 193.

beklenmeyen halden doğan sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca, bu hatalı talimatın taşıdığı tehlikeleri zamanında arsa sahibine bildirmiş olması kaydıyla, yapımına başlayıp da yok olan kısmın bedelini iş sahibinden talep edebilir (TBK m. 483/II)⁴⁰⁵.

2.3.4. İş Sahibinin Yüklenicinin Temerrüdünden Doğan Seçimlik Hakları Kullanabilmesi ve Bunun Şartları

Yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesinin bir diğer sonucu da, iş / arsa sahibinin birtakım seçimlik hakları kullanabilme imkanına kavuşmasıdır. Bu hakların kullanılabilmesi için gerekli olan bazı şartlar vardır. Bu şartlar; yükleniciye uygun bir ek süre verilmesi, verilen bu sürede ifanın gerçekleşmemiş olması ve seçimlik hakların derhal kullanılmasıdır. İş sahibi ancak bu şartların gerçekleşmesinden sonra seçimlik haklarını kullanabilir.

2.3.4.1. Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre Verilmiş Olması

2.3.4.1.1. Genel Olarak

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı TBK m. 125 (eBK m. 106)'da yer alan seçimlik haklardan faydalanmak istiyorsa borçluya ek süre tayin etmesi gerekir⁴⁰⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, iş / arsa sahibinin temerrütten doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için yükleniciye uygun bir süre vermesi gerekir. Bu süre hakime de takdir ettirilebilir (TBK m. 123). Ek süre sonunda yüklenicinin yapıyı

⁴⁰⁵ Kurt, Temerrüt, s. 195; Ayan, Temerrüt, s. 209; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 141.

⁴⁰⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1110 vd.; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 401; Öz, İnşaat, s. 141; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 673; Şahin, Teslim Borcu, s. 216-217; Kurt, Temerrüt, s. 238; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 59; Yener, Arsa Payı, s. 34; Dayınlı, Temerrüt, s. 62; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 377; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 485; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 87; Buz, Dönme, s. 108; Duman, İnşaat Hukuku, s. 241; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 468-469; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 103; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 216; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 84; Bilge, İnşaat, s. 40.

teslim etmemiş olması halinde, iş / arsa sahibi aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etmeye devam edebileceği gibi, aynen ifadan derhal vazgeçip inşaatın teslim edilmemesinden doğan müspet zararının tazminini talep edebilir ya da sözleşmeden dönebilir (TBK m. 125/I, 125/II). Ancak, aynen ifa ve gecikme tazminatının istendiği durumlarda ek süre tayinine gerek yoktur. Alacaklı iş / arsa sahibi ek süre tayin etmeksizin de temerrüdün bu sonucundan yararlanabilir.

Ek süre tayininde, tıpkı ihtarda olduğu gibi yüklenici ifada bulunmaya davet edilir ancak ihtardan farklı olarak, belirsiz olan ifa tarihi belirli hale getirilmemekte, ifa zamanı belirlenmiş olan edimin belirli bir tarihe kadar yerine getirilmesi için yükleniciye son bir imkan tanınmaktadır⁴⁰⁷.

Ek süre tayini, hukuki niteliği itibariyle; tek taraflı, karşı tarafa ulaşması gereken, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır⁴⁰⁸. Borçlar Kanunu'nda ek süre tayini herhangi bir şekle tabi kılınmış değildir. Ancak TTK m. 18/III'e göre tacirler arasında ek süre tayininin, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekmektedir.

Ek süre, borçlu temerrüde düşmeden verilemez ancak borçluyu temerrüde düşürecek ihtarın ek süreyi de ihtiva etmesi mümkündür⁴⁰⁹. İş sahibinin ek süre

⁴⁰⁷ Kurt, Temerrüt, s. 239; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 45; Eren, Genel Hükümler, s. 1110-1111; Duman, İnşaat Hukuku, s. 238; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 85; Bilge, İnşaat, s. 40.

⁴⁰⁸ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 402; Eren, Genel Hükümler, s. 1112; Serozan, İfa, s. 226; Kurt, Temerrüt, s. 239; Şahin, Teslim Borcu, s. 217; Aydıncık, Nama İfa, s. 205; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 233; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 87; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 104; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 471; Duman, İnşaat Hukuku, s. 239.

⁴⁰⁹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 403; Öz, Dönme, s. 175; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 674; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1266; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 132; Eren, Genel Hükümler, s. 1111; Şahin, Teslim Borcu, s. 218; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 48; Tunçomağ, C.I Genel Hükümler, s. 935; Buz, Dönme, s. 107; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 86; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 490; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 88; Kurt, Temerrüt, s. 240; Duman, İnşaat Hukuku, s. 238; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 104; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 233; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 471.

tainini içeren beyanından, eserin ne zamana kadar teslim edilebileceği açıkça anlaşılmalıdır⁴¹⁰.

Yüklenici, ek süre boyunca da süregelen temerrüt durumunu, ancak, iş sahibinin bu sürede uğradığı gecikme zararını da tazmin ederek sona erdirebilir⁴¹¹.

TBK’nda ek sürenin ne kadar olacağına ilişkin kesin bir hüküm mevcut olmayıp, bu sürenin “uygun” olması gerektiği belirtilmiştir (TBK m. 123). Uygun sürenin, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve taraflar arasındaki menfaatler dengesine göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴¹².

Bazı yazarlara göre; belirlenecek olan uygun süre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın teslim tarihindeki durumu itibariyle tecrübeli bir inşaat yüklenicisinin yeterli iş gücü ve araçları kullanarak sağlayacağı iş hızına göre inşaatı teslim elverişli bir halde tamamlayabilmesi için gerekli olan uzunlukta olmalıdır⁴¹³. Bizim de katıldığımız diğer görüşteki yazarlar ise, yükleniciye verilmesi gereken sürenin, eserin (inşaatın) meydana getirilmesinde ne kadar geri kalınmışsa o ölçüde

⁴¹⁰ Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 45; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 87; Kurt, Temerrüt, s. 240; Şahin, Teslim Borcu, s. 218; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 471; Duman, İnşaat Hukuku, s. 239; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 387.

⁴¹¹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 403; Kurt, Temerrüt, s. 241; Şahin, Teslim Borcu, s. 221; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 471; Duman, İnşaat Hukuku, s. 240; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 87.

⁴¹² Eren, Genel Hükümler, s. 1111; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 403; Öz, Dönme, s. 175; Şahin, Teslim Borcu, s. 219; Buz, Dönme, s. 107; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 85; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazminatı, s. 46; Kurt, Temerrüt, s. 241; Yener, Arsa Payı, s. 34; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 63; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 472; Duman, İnşaat Hukuku, s. 239; Bilge, İnşaat, s. 41.

⁴¹³ Ayan, Temerrüt, s. 217; Şahin, Teslim Borcu, s. 219-220; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 71; Büyükkay, Eser Sözleşmesi, s. 216.

olmasının, işi geciktiren yükleniciyi ödüllendirmek anlamına geleceğini ve adil olmayan sonuçlar doğuracağını belirtmektedirler⁴¹⁴.

Uygun ek sürenin hesaplanmasında şu unsurların dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁴¹⁵:

- İş sahibinin inşaatın hızlı şekilde teslim edilmesine ilişkin menfaatinin derecesi,
- Eserin niteliği,
- Çalışma temposunun yüklenici tarafından hızlandırılacağı,
- Yüklenicinin inşaatın teslimindeki gecikmede kusurunun bulunup bulunmadığı,
- Yüklenicinin inşaatın teslimindeki gecikmesinin sözleşme süresine nazaran uzunluğu,
- Yüklenicinin inşaatı tamamlayarak teslim etmek için gereken zamandan yararlanmaya ilişkin menfaati.

İş sahibince verilen ek sürenin inşaatın tamamlanması için uygun bir süre olmaması durumunda ne olacağı da doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazara göre⁴¹⁶, bu bildirim uygun bir süre için sonuç meydana getirir. Böylece iş sahibinin, uygun kabul edilmeyen kısa süresine karşın uygun bir süre işlemeye başlayacak ve ifa da bu uygun sürede yerine getirilmezse daha sonra reddedilebilecektir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise⁴¹⁷ borçlu olan yükleniciye verilen ek sürenin uygun süre olmaması durumunda iş sahibi TBK m. 125'den kaynaklanan seçimlik

⁴¹⁴ Kurt, Temerrüt, s. 241; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 403; Öz, Dönme, s. 175; Yener, Arsa Payı, s. 35; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 233; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 85.

⁴¹⁵ Kurt, Temerrüt, s. 241-242; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 46; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 403; Öz, Dönme, s. 175; Buz, Dönme, s. 107; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 85; Şahin, Teslim Borcu, s. 219; Duman, İnşaat Hukuku, s. 239.

⁴¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1265-1266 ve dn. 8'de gösterilen yazarlar; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 87; Eren, Genel Hükümler, s. 1112; Serozan, İfa, s. 226; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 472; Kurt, Temerrüt, s. 242-243; Yener, Arsa Payı, s. 35; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 104.

⁴¹⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 220; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 404; Öz, İnşaat, s. 142; Öz, Dönme, s. 175-176; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 86.

haklarını kullanamaz. Bu imkandan faydalanmak isteyen iş / arsa sahibi hatasını düzeltip yeni bir uygun ek süre tanımalıdır. Ancak bunun için, yüklenicinin bu sürenin uygun bir süre olmadığını mümkün olan en kısa zamanda iş sahibine bildirmesi ve itiraz etmesi gerekir.

2.3.4.1.2. Ek Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar

Kanun koyucu bazı hallerde iş sahibine, yükleniciye ek süre vermeksizin TBK m. 125'deki haklardan faydalanma imkanı tanımıştır. Bu halleri düzenleyen TBK m. 124'e göre; "*Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:*

1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa.

2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.

3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa."

Bu hüküm iş sahibine ek süre tayin etmeme yetkisi vermekte olup, iş sahibinin yine de yükleniciye ek süre vermesine engel değildir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca, yüklenicinin, inşaatın teslim etme zamanı gelmesine karşın çalışmalara başlamamış olması veya faaliyetlerin çok geri bir aşamada olması veyahut da inşaatın yapılmayacağı yönünde kuvvetli belirtilerin bulunması halinde iş sahibi süre vermeksizin seçimlik haklarını kullanabilir⁴¹⁸. Yüklenicinin inşaatı terk etmesi durumunda da ek süre vermeye gerek kalmaz⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Öz, Dönme s. 176; Öz, İnşaat, s. 141; Şahin, Teslim Borcu, s. 222; Serozan, İfa, s. 227; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 90-91; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1269; Eren, Genel Hükümler, s. 1113; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 104; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 88; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 388; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 233; Duman, İnşaat Hukuku,

Doktrinde, hükmün ikinci bendinin uygulanmasının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kural olarak söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir⁴²⁰. Zira, iş / arsa sahibinin işin geç de olsa bitirilmesinde genel bir yararı vardır. Bu durumda seçimlik haklarını kullanmak isteyen iş sahibinin yükleniciye ek süre vermesi gerekir.

Tarafların teslim zamanını kesin vade ihtiva eder şekilde kararlaştırmaları durumunda da, iş sahibinin temerrütten kaynaklı haklarını kullanabilmesi için ek süre vermesine lüzum yoktur (TBK m. 124/III; eBK m. 107/III). Kesin vadeli işlem, borçlanılan edimin belirli bir vadede veya belirli bir süre içinde ifa edilmesinin taraflarca kesin olarak kararlaştırıldığı işlemlerdir⁴²¹. Kesin vade, inşaatın tesliminde gecikildiği takdirde, sözleşmede, yüklenicinin aynen ifada bulunma hakkını kaybedeceğinin kesin olarak kararlaştırıldığı durumlarda söz konusu olur. Yani, kesinlik, edimin esaslı unsuru haline gelmiştir⁴²². Taraflar, sadece inşaatın teslim zamanını şüpheye yer bırakmayacak biçimde belirtmişlerse, ortada TBK m. 117/II anlamında bir “belirli vade” vardır. Kesin vadeli işlemde söz edebilmek için ise bu yeterli değildir. Tarafların ayrıca, inşaatın, mutlaka belirlenen bu zamanda ifa edilmesi gerektiği hususunda anlaşmış olmaları gerekir⁴²³. “En geç ... tarihe kadar

s. 240; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 470; Kurt, Temerrüt, s. 243; Bilge, İnşaat, s. 41. Yargıtay 15. HD.’nin 01.07.1982 T., 545 E., 3501 sayılı K.: “(...) Borçlu yüklenicinin durumundan süre vermenin yararsız olduğu, geçen zamana göre işin yapılma oranı ve kötü ifasından anlaşılmalı olmakla BK 107/I maddesine mehil vermeden fesih hakkını kullanan davacı yararına ücrete mahsuben ödediği paranın iadesine karar verilmesi gerekirken davanın tümünden reddi doğru olmamıştır. (...)” (Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 495).

⁴¹⁹ Yargıtay 15. HD.’nin 22.11.1984 T., 3198 E., 3612 sayılı K.: “(...) Davalı sözleşmede yazılı işini terkettiğinden BK m. 107 uyarınca borçlunun hal ve vaziyeti itibarıyla mehil tayinine bile lüzum yoktur. Alacaklı böyle hallerde mehil tayinine gerek duymadan, ihtar etmeden bile fesih etmek hakkına haizdir. (...)” (Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 501).

⁴²⁰ Şahin, Teslim Borcu, s. 225-226; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 94; Ayan, Temerrüt, s. 221; Kurt, Temerrüt, s. 244-245.

⁴²¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1114; Şahin, Teslim Borcu, s. 226; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 53; Serozan, İfa, s. 228; Kurt, Temerrüt, s. 246; Yener, Arsa Payı, s. 36; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 91; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 105.

⁴²² Eren, Genel Hükümler, s. 1114; Öz, İnşaat, s. 143; Şahin, Teslim Borcu, s. 227; Yener, Arsa Payı, s. 36.

⁴²³ Eren, Genel Hükümler, s. 1114; Öz, İnşaat, s. 143; Kurt, Temerrüt, s. 246; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 55; Şahin, Teslim Borcu, s. 228; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 388.

ifa ...”, “mutlaka ... tarihte teslim ...” gibi ifadelerin kullanılması halinde, kesin vadeli işlemin varlığı kabul edilir⁴²⁴. Belirli vade ile kesin vade arasındaki bir diğer fark ise; belirli vadenin kararlaştırıldığı sözleşmelerde vadenin dolması ile yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmekte ancak, iş sahibinin seçimlik haklarından yararlanabilmesi için yükleniciye ek süre vermesi gerekmektedir. Oysaki, kesin vadenin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, vadenin geçmesi ile temerrüt kendiliğinden oluşur fakat seçimlik haklardan faydalanmak için ek süre verilmesine gerek kalmaz⁴²⁵.

Vadenin niteliği tespit edilirken, sözleşmede kullanılan kelime ve kavramlara ilaveten, sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilip diğer hükümlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Örneğin; sözleşmede inşaatın 20.10.2012 tarihinde teslim edileceği kararlaştırılıp, bu tarihte teslimin gerçekleşmemesi durumunda da geçen her bir gün için belirli bir miktar cezai şart ödenmesine dair bir hüküm öngörülmüşse buradaki vadenin kesin vade olmadığı kabulü gerekir⁴²⁶. Bundan dolayı da, seçimlik hakların kullanılabilmesi için iş / arsa sahibi tarafından yükleniciye ek süre verilmelidir. Zira, gecikme halinde cezai şartın ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda, alacaklının kararlaştırılan teslim tarihinden sonraki ifayı cezai şartla birlikte kabul edeceği sonucu çıkmaktadır ve dolayısıyla kesin vade söz konusu olmamaktadır⁴²⁷.

⁴²⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1114; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 95; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 470; Serozan, İfa, s. 228; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 92-93; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 677; Kurt, Temerrüt, s. 247; Şahin, Teslim Borcu, s. 227; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 91-92; Ayan, Temerrüt, s. 221; Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 940; Yener, Arsa Payı, s. 36; Duman, İnşaat Hukuku, s. 241; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 237.

⁴²⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1114; Şahin, Teslim Borcu, s. 227; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 389; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 92; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 105.

⁴²⁶ Öz, İnşaat, s. 143. Bu doğrultuda Yargıtay 15. HD.’nin 25.06.1992 T. 1555 E. 3352 sayılı K. için bkz. Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 495-496.

⁴²⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 230.

2.3.4.2. Ek Sürede İfanın Gerçekleşmemesi

Yüklenicinin, inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesi üzerine, ek süre verilmesini gerektiren hallerde, bu sürede ifa gerçekleşmeden sürenin dolması üzerine; ek süre verilmesine gerek olmayan durumlarda ise inşaatın sözleşmede kararlaştırılan zamanda tamamlanmayarak iş sahibine teslim edilmemesi üzerine iş sahibi lehine TBK m. 125 (eBK m. 106/II) bağlamında seçimlik haklar doğar. Bu hakların doğması için, söz konusu ek sürede ifanın gerçekleşmemiş olması gerekir.

2.3.4.3. İş sahibinin Aynen İfadan Derhal Vazgeçerek Seçimlik Haklarından Birini Kullanması

İş sahibince verilen ek sürede ifanın gerçekleşmemesi halinde kural olarak tarafların hukuki durumlarında bir değişiklik olmaz. İş sahibi ek süre bitiminde seçimlik haklarını kullanmazsa ek süre verilmesinden önce olduğu gibi aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep hakkı mevcudiyetini korur⁴²⁸.

İş sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi ise hukuki açıdan yenilik doğuran bir haktır. İş sahibi, bu hakkını; tek taraflı, yükleniciye ulaşması gereken, şekle tabi olmayan bir irade beyanı ile kullanır⁴²⁹. Vazgeçme bildirimini ile iş / arsa sahibinin yapının teslimine ilişkin talep hakkı sona erer; yüklenicinin de temerrüde rağmen halen devam etmekte olan aynen ifada bulunma yükümlülüğü son bulur. Aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, bu beyanı yüklenicinin hakimiyet alanına ulaşmasından

⁴²⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1115; Öz, İnşaat, s. 144; Ayan, Temerrüt, s. 225; Şahin, Teslim Borcu, s. 230; Kurt, Temerrüt, s. 247; Yener, Arsa Payı, s. 37; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 238; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 96; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 389; Duman, İnşaat Hukuku, s. 243; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 473; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 212; Bilge, İnşaat, s. 42.

⁴²⁹ Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 60; Öz, İnşaat, s. 141; Öz, Dönme, s. 178; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 406; Kurt, Temerrüt, s. 247; Şahin, Teslim Borcu, s. 232; Eren, Genel Hükümler, s. 1115; Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 943; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 95; Aydıncık, Nama İfa, s. 210-211; Uygur, İnşaat Hukuku, C. II, s. 473; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 105-106.

sonra, kural olarak, geri alamaz⁴³⁰. Edimin aynen ifasından vazgeçen iş sahibi, ifanın gerçekleşmemiş olmasından dolayı tazminat talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir (TBK m. 125/II).

İş sahibi, zorunlu olmamakla birlikte dilerse, seçimlik haklarından hangisini kullandığını, borcun ifası için ek süre tayini içeren bildirim ile aynen ifadan vazgeçme bildirimini birleştirerek belirleyebilir. Tüm bunların, temerrüt ihtarının gerekli olduğu durumlarda, bu ihtarla birlikte, tek seferde, birleştirilerek yapılması da mümkündür⁴³¹.

TBK m. 125/II'ye göre, temerrüde düşen borçlu verilen ek süre içerisinde borcunu ifa etmemişse, alacaklı, borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini derhal bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Alacaklı iş sahibinin, ek sürenin bitiminde aynen ifa talebinden vazgeçtiğini yükleniciye derhal bildirmemesi, onun aynen ifada ısrar ettiğine karinedir⁴³².

Derhal bildirimden kasıt, iş sahibinin, işlerin olağan akışına ve somut durumun özelliklerine göre koşulların müsait olduğu en kısa sürede yükleniciye bildirimde bulunmasıdır⁴³³.

⁴³⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1116; Kurt, Temerrüt, s. 247; Aydınçık, Nama İfa, s. 211; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 473; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 389; Bilge, İnşaat, s. 43.

⁴³¹ Kurt, Temerrüt, s. 248; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 407; Öz, Dönme, s. 178; Öz, İnşaat, s. 141; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 63; Şahin, Teslim Borcu, s. 232; Serozan, İfa, s. 231; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1281; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 97; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 95; Yener, Arsa Payı, s. 69; Erman, İnşaat, s. 92; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 139; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 138.

⁴³² Eren, Genel Hükümler, s. 1115; Kurt, Temerrüt, s. 249; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 60; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 405-406; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1278; Şahin, Teslim Borcu, s. 231; Yener, Arsa Payı, s. 37; Duman, İnşaat Hukuku, s. 242; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 238; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 392.

⁴³³ Eren, Genel Hükümler, s. 1117; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1277; Öz, İnşaat, s. 144; Öz, Dönme, s. 178; Kurt, Temerrüt, s. 249; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 94; Şahin, Teslim Borcu, s. 231; Yener, Arsa Payı, s. 37; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 106.

Ek süre verilmesine gerek olmayan hallerde iş sahibinin, aynen ifa yerine müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini istemesi durumunda, bildirim yüklenicinin temerrüdü üzerine derhal yapılması gerektiği belirtilmektedir⁴³⁴. Buna göre; iş sahibinin, yüklenicinin temerrüdü üzerine vakit geçirmeksizin bu bildirim yapmaması durumunda, artık yalnızca aynen ifa ve yüklenici kusurluysa gecikme tazminatı istenebilecektir. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre; borçluya ek süre tayin etmenin gerekli olmadığı durumlarda alacaklının derhal vazgeçme bildiriminde bulunması da gereksizdir⁴³⁵. Zira, bu durumlarda ya edimin sonradan ifasında alacaklının menfaatinin olmadığını borçlu da bilmektedir ya da borçlu ifa etmeme niyetini kesin biçimde ortaya koyduğundan ona aynen ifadan vazgeçildiğinin bildirilmesi gereksizdir. Buna göre, iş sahibi TBK m. 124’de zikredilen durumlarda yükleniciye ek süre tayin etmek zorunda olmadığı gibi, aynen ifadan vazgeçtiğini de derhal bildirmeksizin müspet zararının tazminini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir.

İş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için süre tayini gerekmeyen TBK m. 124’deki durumlarda da yüklenicinin, borcun içeriği ve sözleşmenin akıbeti hakkındaki belirsizliğin bir an önce ortadan kalkmasında korunmaya değer menfaati vardır. Öte yandan, iş sahibinin, müspet zararın tazmini yahut sözleşmeden dönüp menfi zararın tazmini talep haklarından birini kullanması için uzunca bir süre bekleyerek, piyasadaki fiyat hareketlerine göre eserin alacağı değer doğrultusunda karar vermesi durumu da ihtimal dahilindedir. Ancak bu durum iş sahibi tarafından hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Bu bakımdan, seçimlik hakların kullanılması için ek süre tayinine gerek olmayan durumlarda, iş sahibinin, temerrütten sonra derhal aynen ifadan vazgeçtiği bildiriminde bulunma yükümlülüğü olmasa dahi, seçimlik haklarından birini makul süre içerisinde kullanmalıdır⁴³⁶. İş sahibinin makul bir süre içerisinde seçimlik haklarını kullanmaması durumunda ise, Yargıtay

⁴³⁴ Öz, Dönme, s. 178; Şahin, Teslim Borcu, s. 232; Eren, Genel Hükümler, s. 1114.

⁴³⁵ Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 65; Kurt, Temerrüt, s. 251.

⁴³⁶ Öz, Dönme, s. 179; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 102; Kurt, Temerrüt, s. 252; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 88; Aydemir, İnşaat Hukuku s. 392.

uygulamasında da olduğu gibi⁴³⁷, iş sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı istediği kabul edilmelidir.

Seçimlik haklardan hangisinin kullanıldığının bildirimden açıkça anlaşılabilmesi halinde, TBK m. 19/I (eBK m. 18/I) kapsamında iş sahibinin asıl iradesinin neye dönük olduğu araştırılmalı ve ayrıca borçlu yüklenicinin TMK m. 2 uyarınca bu beyana vermesi gereken anlam belirlenmelidir⁴³⁸.

⁴³⁷ Yargıtay 15. HD. 27.05.2002 T., 423 E. 2813 K.: “(...) Kesin vade geçtikten sonra alacaklının BK 106. maddesinde sözü edilen seçimlik haklardan hangisini tercih ettiğini açıklamaması durumunda kural olarak akdin ifasını ve gecikmeden doğan zararlarını istediğinin kabulü gerekir. (...)” (www.kazanci.com).

⁴³⁸ Öz, Dönme, s. 184; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 407; Serozan, Dönme, s. 488; Ayan, Temerrüt, s. 213; Kurt, Temerrüt, s. 255-256; Şahin, Teslim Borcu, s. 233-235.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNDEN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdü halinde kıyasen uygulanacak hükümler, eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 470-486 (eBK m. 355-371) hükümleri arasında konuyla ilgili bir düzenleme olmadığından, TBK m. 117-125 (eBK m. 101-108)'deki genel hükümlerdir.

TBK'nun 'seçimlik haklar' başlıklı 125. maddesine göre, “*Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.*”

İş sahibince verilen ek süre içinde yapının teslim edilmesi ile veya diğer bir sebeple temerrüt sona ermiş olmadıkça; iş sahibi, sürenin bitmesi üzerine, ek süre verilmesine gerek olmayan hallerde ise yüklenicinin temerrüdü üzerine, eskiden beri mevcut olan aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkından başka iki seçimlik hakka daha sahip olur⁴³⁹. Bu kapsamda iş sahibi aynen ifadan vazgeçip müspet

⁴³⁹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 404-405; Öz, İnşaat, s. 134; Yener, Arsa Payı, s. 37; Şahin, Teslim Borcu, s. 237; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 485-486; Buz, Dönme, s. 108-110; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 111; Karataş, Taşınmaz Satış Vaadi, s. 195; Eren, Genel

zararın tazminini isteyebileceği gibi sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminini talep etmek hakkına da sahiptir. Yüklenicinin temerrüde düşmesinde kusurunun bulunmaması durumunda, iş sahibi aynen ifayı talep edebilir yahut sözleşmeden dönebilir, tazminat isteyemez⁴⁴⁰.

3.1. AYNEN İFA VE BUNA BAĞLI TALEPLER

3.1.1. Aynen İfa

Yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesinin, onun edimini aynen ifa etme yükümlülüğü üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Yüklenici yapıyı teslim borcunda temerrüde düştüğünde, iş sahibi, yapının tamamlanarak teslimi ediminin aynen ifasını yükleniciden talep edebileceği gibi, TBK m. 113/I hükmündeki koşullar gerçekleşmişse, edimin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi veya bir başka yüklenici tarafından ifa edilmesini, yani ikame ifayı da talep edebilecektir⁴⁴¹.

3.1.1.1. Aynen İfanın Yüklenici Tarafından Gerçekleştirilmesinin İstenilmesi

İş sahibi, edimin ifasının halen mümkün olması kaydıyla, temerrüde düşen yükleniciden edimini aynen ifa etmesini yani taahhüt ettiği inşaatı tamamlayarak teslim etmesini isteyebilir. Yüklenicinin inşaatı teslim edebilmesi için öncelikle

Hükümler, s. 1115; Duman, İnşaat Hukuku, s. 363; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 473 vd.; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 237; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 216; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 105; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 93; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 389.

⁴⁴⁰ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 405; Öz, İnşaat, s. 134; Şahin, Teslim Borcu, s. 237-238; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 94; Yener, Arsa Payı, s. 38; Buz, Dönme, s. 104-105; Duman, İnşaat Hukuku, s. 247; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 212.

⁴⁴¹ Kurt, Temerrüt, s. 196; Yener, Arsa Payı, s. 56; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 85; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 408; Öz, İnşaat, s. 135-136; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 81; Aydıncık, Nama İfa, s. 59 vd.; İlker Hasan Duman, “**Nama İfaya İzin**”, s. 1; Duman, İnşaat Hukuku, s. 247; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 477; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 212; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 241.

inşaatı meydana getirmiş olması gerekir. Bu, niteliği itibariyle bir yapma borcudur. İş / arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapımı kararlaştırılan inşaatın tamamlanarak teslimi için, ifanın halen mümkün olması kaydıyla, ifa (eda) davası açabilir⁴⁴². Mahkemenin, ifaya karar vermesi halinde, yüklenici bu ilama uymazsa, iş sahibi cebri icra yoluyla ilamın yerine getirilmesini sağlayabilir (İİK m. 30). Yüklenici, icra emrinde belirtilen sürede inşaatı tamamlayıp teslim etmezse, işin yalnız o yüklenici tarafından yapılabileceği ihtimali hariç tutulmak üzere, iş icra müdürü tarafından, masrafları mütemerrit yükleniciye ait olmak üzere başka bir yükleniciye yaptırılabilir⁴⁴³.

3.1.1.2. Nama İfa (İkame İfa)'nın İstenilmesi

TBK m. 113 (eBK m. 97) kapsamında borçlunun bizzat ifa etmek zorunda olmadığı yapma borçlarında edimin ifa edilmemesi halinde, alacaklı, masrafi mütemerrit yükleniciye ait olmak üzere edimin bizzat kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından ifasına izin verilmesini mahkemedен isteyebilir. Ayrıca, yüklenicinin mütemerrit hale gelmesinde kusurlu olması kaydıyla, iş sahibinin gecikme yüzünden uğradığı diğer zararlarının tazminini istemesi de mümkündür. İnşaatın tamamlanması tarihine kadar uğrayacağı gecikme zararının veya varsa cezai şartın ödenmesini isteme hakkı da devam etmektedir⁴⁴⁴.

Katıldığımız görüş uyarınca, inşaat sözleşmelerinde inşaatın geldiği seviyenin yüklenici namına ifanın uygulanması açısından bir önemi yoktur. Çok az bir kısmı

⁴⁴² Kurt, Temerrüt, s. 197; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1285; Eren, Genel Hükümler, s. 1116; Şahin, Teslim Borcu, s. 239; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 100; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 97; Yener, Arsa Payı, s. 56; Aydıncık, Nama İfa, s. 60; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 242.

⁴⁴³ Bu konuda bkz. Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 412; Kurt, Temerrüt, s. 198; Yener, Arsa Payı, s. 56; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 75; Öz, İnşaat, s. 135; Aydıncık, Nama İfa, s. 64 vd.; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 297-298.

⁴⁴⁴ Ayan, Temerrüt, s. 175; Şahin, Teslim Borcu, s. 242-243; Duman, "Nama İfaya İzin", s. 5; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 243.

eksik kalmış olan inşaatlar açısından da, hiç başlanmamış inşaatlar açısından da TBK m. 113 (eBK m. 97) uygulanarak nama ifaya izin istenebilir⁴⁴⁵. Yargıtay ise, bu hükmün uygulanması için inşaatın küçük bir kısmının eksik kalması şartını aramakta, inşaatın çok büyük bir bölümünün tamamlanmamış olduğu olaylarda bu hükmün uygulanmasını kabul etmemektedir⁴⁴⁶. Kanaatimizce Yargıtay'ın kararı yerinde değildir. Yüklenicinin, eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi, temerrütten kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilir ve aynen ifa da bu seçimlik haklardan biridir. Kanun da bu hükmün uygulanması açısından eserin yapılan kısmına yönelik bir şart aramadığına göre, bu hakkın kullanımı mümkün olmalıdır.

İnşaatın tamamlanması objektif açıdan imkansız hale gelmişse veya iş / arsa sahibi TBK m. 125 (eBK m. 106/II) gereğince aynen ifadan vazgeçmişse, artık bu hükmün uygulanma kabiliyeti kalmaz⁴⁴⁷.

TBK m. 113 hükmüne başvurulabilmesi için öncelikle mahkemeden eda hükmü içeren bir kararın alınmasının gerekip gerekmediği yönünde çeşitli görüşler mevcuttur⁴⁴⁸. Katıldığımız görüş uyarınca, bu hükme başvurulabilmesi için ön şart olarak mahkemeden aynen ifa yönünde bir ilam almaya ihtiyaç yoktur⁴⁴⁹. İkame ifa izni için alacaklının elinde aynen ifaya ilişkin bir ilamın mevcudiyetini aramak bu hüküm ile İİK m. 30 arasında önemli ölçüde bir fark kalmaması anlamına gelir ve bu

⁴⁴⁵ Ayan, Temerrüt, s. 176; Şahin, Teslim Borcu, s. 243; Kurt, Temerrüt, s. 205.

⁴⁴⁶ “(...) Nama ifa için bedel ise, eser (inşaat) bir bütün olarak imal edilecekse söz konusu olabilir. Daha açığı %10.28 seviyesindeki bir inşaatla ne eksik ve ayıplı işlerin tamamlanmasından ve ne de eserin bir bütün olarak yapılacağı ileri sürülmediğinden nama ifa bedelinden bahs olunma olanağı yoktur. Somut olaya özgü olmak üzere davacı arsa sahibi dürüstlük kurallarının gereği mevcut ilişkinin sona erdirilmesini (eser sözleşmesinin feshini) talep edebilir. Davacının eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsiline yönelik davası (bu dava nama ifa bedelinin tahsili olarak değerlendirilse bile) redd olunmak üzere karar davalı yararına bozulmalıdır. (...)” Yargıtay 15. HD. 16.10.2003 T. 1771/4842 sayılı K. için bkz. Ayan, Temerrüt, s. 177, dn.20; Kurt, Temerrüt, s. 205, dn. 91; Şahin, Teslim Borcu, s. 243, dn. 119.

⁴⁴⁷ Ayan, Temerrüt, s. 177; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 478; Şahin, Teslim Borcu, s. 244; Yener, Arsa Payı, s. 57; Aydınçık, Nama İfa, s. 166 vd.

⁴⁴⁸ Söz konusu görüşler için bkz. Aydınçık, Nama İfa, s. 87-101; Kurt, Temerrüt, s. 200-204.

⁴⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1236; Ayan, Temerrüt, s. 178; Şahin, Teslim Borcu, s. 245; Kurt, Temerrüt, s. 204; Duman, “Nama İfaya İzin”, s. 2; Aydınçık, Nama İfa, s. 101 vd.

durum da TBK m. 113'ün uygulanmasını zorlaştırır. Bu bakımdan iş sahibinin, TBK m. 113/I uyarınca hakimden ikame ifa izni talep edebilmesi için, yüklenicinin inşaatı teslim borcunun muaccel olması, bu borcun henüz yerine getirilmemiş olması ve edimin ifasının objektif olarak mümkün olması yeterlidir.

İş sahibi muaccel edimin yerine getirilmemesi üzerine, doğrudan TBK m. 113/I hükmüne dayanarak açtığı dava ile, hakimden kendisine inşaatı bizzat tamamlama veya başka bir yükleniciye tamamlatma izni vermesini talep edebilir. Böyle bir davada iş sahibi, sözleşmeye aykırılığın tespitini, ikame ifaya izin verilmesini, yüklenicinin ikame ifa masraflarını ödemesini ve gecikmeden dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilir⁴⁵⁰. Hakimin bu talep doğrultusunda ikame ifaya izin vermesi halinde, ikame ifanın masraflarına ve edim konusunun riskine ilk yüklenici katlanır. İkame ifanın yerine getirilmesi ile teslim gerçekleşir.

İkame ifa için yüklenicinin iş sahibine ödemek zorunda olduğu masraflar, inşaatın üçüncü bir kişi tarafından sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için piyasa koşullarında ortalama olarak gerekli olan makul miktarı kapsar⁴⁵¹. İkame ifaya karar verilmesi durumunda, yüklenici, yalnızca ifa masraflarını değil, ayrıca iş sahibinin geç ifadan ötürü zararı varsa bunu da karşılamak zorundadır. Örneğin; iş sahibinin gecikme tazminatına ve kararlaştırılmışsa cezai şarta ilişkin talep hakları mevcuttur⁴⁵².

İkame ifa yoluna başvurmanın, iş sahibi açısından bazı durumlarda, TBK m. 125/II'ye göre aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini istemekten daha lehe olması mümkündür. Aslında, müspet zararın tazmininde de inşaatın meydana

⁴⁵⁰ Kurt, Temerrüt, s. 205; Şahin, Teslim Borcu, s. 246; Yener, Arsa Payı, s. 57; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 75; Duman, "Nama İfaya İzin", s. 2; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 242-243; Eren, Genel Hükümler, s. 1033.

⁴⁵¹ Ayan, Temerrüt, s. 180; Kurt, Temerrüt, s. 206; Şahin, Teslim Borcu, s. 248; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 639; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 242.

⁴⁵² Ayan, Temerrüt, s. 182; Kurt, Temerrüt, s. 208; Öz, İnşaat, s. 136; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 640; Şahin, Teslim Borcu, s. 249; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 247.

getirilmeyen kısma ilişkin olan masraf kalemleri tazminat kapsamına girer. Fakat, müspet zararın tazmini için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekirken, ikame (nama) ifa için kusur şartı aranmamaktadır⁴⁵³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, eser sözleşmelerinden farklı olarak, yüklenicinin bedel alacağına meydana getirilen eserin bizatihi bir kısmını teşkil ediyor olmasının kendine has bazı sonuçları vardır. Arsa sahibi nama (ikame) ifa uyarınca inşaatı yerine getirirken, yükleniciye isabet eden kısımları ifa etmek zorunda değildir. Bu nedenle iş / arsa sahibi, TBK m. 113/I (eBK m. 97/I)'e göre mahkmeden, kendisine düşecek bağımsız bölümler ile ortak kullanım alanlarının yüklenici namına tamamlanması hususunda izin isteyebilir⁴⁵⁴. Bu halde, taraflar sözleşmede bağımsız bölümlerin kime düşeceği hususunda bir düzenleme yapmamışlarsa, iş sahibi ancak inşaatın tamamı için nama ifaya izin verilmesini talep edebilir⁴⁵⁵.

Nama ifa sürecinde, arsa sahibinin işe başlama veya işin tamamlanması aşamalarında ortaya çıkan ihmal veya kusuru halinde meydana gelen gecikmelerde, yükselen fiyatlar nedeniyle masrafların artması söz konusu olursa TBK m. 114/II ve TBK m. 52 (eBK m. 98/II, 44) uyarınca iş sahibinin sorumluluğu gündeme gelir⁴⁵⁶.

Arsa sahibi, eksik işleri yüklenici namına yaptırdığı takdirde, yapılan masrafın yükleniciden aynen tahsili mümkündür fakat yüklenici namına inşaat tamamlanmadan eksik iş bedelinin tahsili halinde, inşaatın tamamındaki eksikliğin

⁴⁵³ Kurt, Temerrüt, s. 208; Duman, "Nama İfaya İzin", s. 4; Duman, İnşaat Hukuku, s. 247; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 478.

⁴⁵⁴ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 641; Şahin, Teslim Borcu, s. 249; Duman, "Nama İfaya İzin", s. 3; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 243.

⁴⁵⁵ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 641; Şahin, Teslim Borcu, s. 249-250; Duman, "Nama İfaya İzin", s. 3.

⁴⁵⁶ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 641; Şahin, Teslim Borcu, s. 250; Aydıncık, Nama İfa, s. 273-276.

değil sadece arsa sahibine düşen bağımsız bölümlerin eksikliği ile ortak yerlerdeki eksikliklerde payı oranında yükleniciyi sorumlu tutmak mümkündür⁴⁵⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde nama ifanın teşkil ettiği bir diğer özellik de karşılıklı edim alacakları yönünden takasın mümkün olmamasıdır. Aksi uygulamada olan Yargıtay'a göre ise, iş sahibi, mahkemenin izniyle yükleniciye verilmesi gereken arsa paylarını (bağımsız bölümleri) satarak elde edilen para ile inşaatın tamamlanması yönünde bir talepte bulunabilir⁴⁵⁸.

3.1.2. Gecikme Tazminatı

3.1.2.1. Genel Olarak

Alacaklı iş sahibinin, ifada gecikme dolayısıyla uğradığı zarara gecikme zararı, bu zararın giderimi için ödenmesi gereken tazminata da gecikme tazminatı adı verilmektedir⁴⁵⁹. İş sahibi gecikme tazminatını ifa ile birlikte isteyebileceği gibi, ifayı kabul ettikten sonra, hakkını ihtirazi kayıtla saklı tutmasına gerek kalmaksızın talep edebilir (TBK m. 118 ve TBK m. 125/I; eBK m. 102 ve eBK m.106/II). Temerrüde düşen yüklenici, inşaatı gecikmeyle teslim etse veya hiç teslim etmese de iş sahibi gecikme zararının tazminini talep ve dava edebilir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 641; Şahin, Teslim Borcu, s. 250.

⁴⁵⁸ “Yargıtay 15. HD. 09.12.2004 T. 922/6861 sayılı K.: “(...) Bu haliyle davalı yüklenicinin borçlu temerrüdüne düştüğü ortadadır. (...) Davacılar bu seçimler haklarını BK 97. maddesinde borcun kendileri tarafından yerine getirilmesine izin verilmesi olarak kullandıkları mahkemece kabul edilmiş olduğuna göre yapılması gereken iş, davalı nam ve hesabına ifa edilecek olan işlerin miktarı ve parasal tutarı ile bunu karşılayacak oranda yükleniciye ait bağımsız bölüm değeri bilirkişiye hesaplattırılarak saptanan bağımsız bölümlerin satışıyla elde edilen inşaatın tamamlanmasında kullanılmasına artan olduğu takdirde yükleniciye iadesine böylece yüklenici nam ve hesabına inşaatın tamamlanması hususunda davacılar yetki ve izin verilmesine karar verilmekten ibarettir. (...)”. (www.kazanci.com).

⁴⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1102; Şahin, Teslim Borcu, s. 251-252; Öz, İnşaat, s. 136; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 474; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 389.

⁴⁶⁰ Öz, İnşaat, s. 137; Kurt, Temerrüt, s. 209.

3.1.2.2. Talep Edilebilme Koşulları

Yükleniciden gecikme tazminatı talep edilebilmesi için;

- yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması,
- gecikmeden ötürü iş / arsa sahibinin zarara uğramış olması ve
- gecikme ile zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olması gerekir.

Kusursuzluğu ispat yükü yüklenicidedir (TBK m. 112). Uğranılan zararın varlığını ve illiyet bağının varlığını ispat yükü ise iş sahibine aittir (TMK m. 6).

Gecikme zararı iş sahibinin, bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmesi halinde malvarlığının göstereceği durum ile bağımsız bölümlerin geç tesliminden dolayı hali hazırda arz ettiği durum arasındaki farkı ifade eder⁴⁶¹. Alacaklının, kendi kullanımı için istediği bölümlerde o bağımsız bölümlerin başkasına satılmayacağı karine olarak kabul gördüğünden ifası geciktirilen edimin değer farkı gecikme zararı oluşturmaz. Diğer bir ifadeyle, geç teslim edilen bağımsız bölümün değerinde düşme olması gecikme zararı teşkil etmez. Ancak, iş sahibinin teslim edilecek bağımsız bölümü satacağı biliniyorsa karine aksine işler ve mütemerrit yüklenicinin teslim ettiği bağımsız bölümün fiyatında düşme olursa iş sahibinin bundan kaynaklı kayıpları da yüklenicinin temerrüdünden doğan zararı oluşturur⁴⁶².

Gecikme sonucu meydana çıkan temerrüt durumundan, yüklenici ile beraber iş sahibi de kusurluysa, bu halde TBK m. 114/II ve TBK m.54 (eBK m. 98/II ve eBK m. 44) uygulanmak suretiyle yüklenici aleyhine hükmedilecek olan tazminattan iş sahibinin kusuru oranında bir indirim yapılması gerekir. Yüklenicinin temerrüde

⁴⁶¹ Şahin, Teslim Borcu, s. 253; Eren, Genel Hükümler, s. 1103; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 387; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 100; Yener, Arsa Payı, s. 59-60; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 213; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 248; Duman, İnşaat Hukuku, s. 248-249.

⁴⁶² Şahin, Teslim Borcu, s. 253; Eren, Genel Hükümler, s. 1103; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 100; Yener, Arsa Payı, s. 60; Duman, İnşaat Hukuku, s. 248; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 248.

düşmedeki kusurunun derecesi de gecikme tazminatı hesaplanırken göz önünde tutulur ve tazminattan indirim sebebi oluşturur⁴⁶³.

3.1.2.3. Gecikme Tazminatının Kapsamı

Gecikme tazminatı hukuki mahiyeti açısından müspet zararın sınırlı ve özel bir tipidir⁴⁶⁴. Gecikme yüzünden iş / arsa sahibinin uğradığı zarar fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

İş sahibi, bağımsız bölümün kendisine teslimindeki gecikme yüzünden ikame bir emlak için kira bedeli ödemek zorunda kalmış olabilir. Yahut iş sahibi, kendisine kalması kararlaştırılan bağımsız bölümü üçüncü bir kişiye temlik etmiş olabilir ve bağımsız bölümün de teslim edilmemesi üzerine üçüncü kişiye tazminat veya cezai şart ödemiş olabilir. İşte bu masraflar, iş sahibinin inşaatın teslimindeki gecikme sebebiyle uğradığı fiili zararlara örnektir⁴⁶⁵. Ayrıca yüklenicinin temerrüdü sürecinde bağımsız bölümlerin değerinin düşmesi nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zarar da fiili zarar teşkil eder. İş sahibi genel olarak, uygun sebebi yüklenicinin temerrüdü olan ve temerrüt olmasaydı uğramayacak olduğu tüm zararlarının tazminini isteyebilir, ancak, iş / arsa sahibi zaten yapacak olduğu masrafların karşılanmasını talep edemez⁴⁶⁶.

İş / arsa sahibinin gecikme tazminatı kapsamında talep edebileceği bir diğer zarar kalemi yoksun kalınan kârlardır. Bu zarar, gelecekteki bir kazancın ya da

⁴⁶³ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 102; Şahin, Teslim Borcu, s. 254; Kurt, Temerrüt, s. 212.

⁴⁶⁴ Ayan, Temerrüt, s. 184; Yener, Arsa Payı, s. 59; Kurt, Temerrüt, s. 210; Şahin, Teslim Borcu, s. 254; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1239; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 387; Eren, Genel Hükümler, s. 1103; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 101; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 391.

⁴⁶⁵ Ayan, Temerrüt, s. 187; Şahin, Teslim Borcu, s. 255; Kurt, Temerrüt, s. 210-211; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 69; Aral, Ö.B.İ., s. 360; Yener, Arsa Payı, s. 60; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 96; Eren, Genel Hükümler, s. 1104; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 100; Duman, İnşaat Hukuku, s. 248.

⁴⁶⁶ Ayan, Temerrüt, s. 187; Şahin, Teslim Borcu, s. 256.

kazanç olasılığının yitirilmesinden ibarettir⁴⁶⁷. Alacaklının temerrüt sebebiyle istifade edemediği bağımsız bölümlere ait olan kira parası yoksun kalınan kârı teşkil eder⁴⁶⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genelde, taraflar, yüklenicinin bağımsız bölümlerin tesliminde gecikmesi halinde gecikilen süreye göre ne kadar tazminat ödeyeceğini kararlaştırmaktadırlar. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmadığı takdirde, iş sahibinin talep edebileceği kiraya ilişkin yoksun kalınan kâr miktarı, tespit edilecek olan rayiç bedellere göre belirlenmektedir⁴⁶⁹.

İş sahibi temerrüt süresince, yani yüklenicinin temerrüde düştüğü an ile temerrüdün sona erdiği an arasında kalan süreç boyunca uğradığı gecikme zararının tazminini talep edebilir. Bu bağlamda, yüklenicinin temerrüdünün inşaatın tamamlanmasının objektif olarak imkansızlaşması nedeniyle sona ermesi halinde, temerrüdün doğumu ile imkansızlığın doğduğu tarih arasındaki dönem için gecikme tazminatı istenebilecektir. Yüklenicinin temerrüdünün alacaklı iş sahibinin temerrüdü sebebiyle sona ermesi halinde de, yüklenicinin temerrüdünün doğumu ile alacaklı temerrüdünün doğduğu tarih arasında gecikme tazminatı istenebilir⁴⁷⁰. Seçimlik hakların kullanımı için verilmesi gereken ek süre varsa, bu süre için gecikme tazminatı işlemez.

3.1.2.4. Gecikme Tazminatının Götürü Tazminat Olarak Belirlenmesi

Alacaklı, yüklenicinin temerrüdü durumunda aynen ifayı tercih edip gecikme zararının tazminini isteyebilir. Gecikme tazminatının iş / arsa sahibinin fiilî (ortaya çıkmış olan) zararına göre hesaplanması ihtimalinin yanında, sözleşmede götürü

⁴⁶⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 257; Kurt, Temerrüt, s. 211; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 100; Eren, Genel Hükümler, s. 1104.

⁴⁶⁸ Öz, İnşaat, s. 137; Şahin, Teslim Borcu, s. 257; Kurt, Temerrüt, s. 211; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 134; Ayan, Temerrüt, s. 188; Yener, Arsa Payı, s. 60; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel Hükümler, s. 1240; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 96; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 101; Duman, İnşaat Hukuku, s. 249.

⁴⁶⁹ Kurt, Temerrüt, s. 211; Duman, İnşaat Hukuku, s. 368.

⁴⁷⁰ Öz, Dönme, s. 160; Öz, İnşaat, s. 137; Ayan, Temerrüt, s. 188-189; Şahin, Teslim Borcu, s. 261-262; Kurt, Temerrüt, s. 213; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel Hükümler, s. 1232.

tazmin yönünde bir kaydın bulunması da mümkündür. Bu bağlamda götürü tazminat, tazmin edilmesi gereken olan muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden belirlenerek, somut zararın miktarı konusunda sonradan meydana çıkabilecek uyuşmazlıkların daha başlangıçta çözümlenmesine yardımcı olur⁴⁷¹.

Bazı yazarların⁴⁷² belirttiğinin aksine götürü tazminat, bir tür cezai şart değildir. En başta belirtmek gerekir ki, götürü tazminat talebi için zararın varlığı aranır ve fakat miktarının tespiti gerekmez. Ancak cezai şart talebi için mevcut bir zararın varlığı dahi gerekmez⁴⁷³.

Cezai şart hakkında TBK m. 179 vd. maddelerinde ayrıntılı bir düzenleme olmasına karşın, götürü tazminat kanun tarafından düzenlenmemiştir. Ancak bu durum sözleşme serbestisi çerçevesinde ödenecek tazminatın götürü olarak sözleşmede kararlaştırılmasına engel değildir. Buna göre; sözleşmede, alacaklı iş / arsa sahibinin, yüklenicinin teslim borcunun ifasında gecikmesi dolayısıyla uğrayacağı zararın önceden tahmin edilerek sözleşmede kayıt altına alınması mümkündür. Özellikle, inşaatın teslimindeki gecikmenin yol açtığı somut zararın belirlenmesinin güçlük arz edeceği durumlarda, gecikme tazminatı miktarı önceden götürü olarak kararlaştırılabilir. Bu durum, iş sahibinin tazminat talebini ileri sürmesini kolaylaştırır⁴⁷⁴. Zira, zarara uğrayan alacaklı arsa sahibi zararın miktarını ispat etmeyecek fakat, götürü miktardan daha az bir zararın söz konusu olduğunu iddia eden yüklenici bunu ispat etmek zorunda kalacaktır⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Şahin, Teslim Borcu, s. 341; Dirican, Cezai Şart, s. 67; Kocaağa, **Götürü Tazminat**, s. 153; Kurt, Temerrüt, s. 229.

⁴⁷² Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, İÜHF Yayınları Baha Matbaası, 1963, s. 29; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 152.

⁴⁷³ Kurt, Temerrüt, s. 229; Şahin, Teslim Borcu, s. 341.

⁴⁷⁴ Kurt, Temerrüt, s. 229; Şahin, Teslim Borcu, s. 342.

⁴⁷⁵ Kurt, Temerrüt, s. 229; Dirican, Cezai Şart, s. 67; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 150; Şahin, Teslim Borcu, s. 341.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yer alan kayıtlar bakımından, yapının teslimindeki gecikme halinde ödenecek götürü tazminat miktarının kesin ve açık şekilde belirlenmesine ihtiyaç yoktur. Miktarın belirlenebilir tarzda olması yeterlidir. Bu bağlamda Yargıtay'ın da bir kararında⁴⁷⁶ belirttiği gibi, inşaatın sözleşme süresinde bitirilmemesi durumunda, sözleşmede yer alan, günün koşullarına göre kira bedeli isteme hakkı olduğuna ilişkin kaydın götürü tazminat olarak kabulü gerekir. Bu bakımdan iş / arsa sahibinin gecikme süresince mahrum kaldığı süreyle orantılı rayiç kira bedelini götürü tazminat olarak isteme hakkı vardır.

3.1.2.5. Gecikme Tazminatında Zamanaşımı

Gecikme tazminatı, mahiyeti itibariyle aynen ifa talebine bağlı bir talep olduğundan, bu talebin tabi olduğu zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıcı, ifa edilemeyen alacağın, yani arsa / iş sahibinin sözleşmeden doğan bağımsız bölümleri teslim alacağının tabi olduğu zamanaşımı rejimine bağlıdır. Buna göre, yüklenici gecikmede hafif kusurlu ise talep beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TBK m. 147/b.6). Buna karşın, yüklenicinin gecikmede ağır kusuru veya kastı varsa on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır (TBK m. 146).

3.1.3. Cezai Şart

3.1.3.1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin teslim vadesine uymadığı takdirde iş sahibine ceza ödeyeceği kararlaştırılabilir (TBK m. 179/II; eBK m. 158/II). Sözleşmede yer alan cezai şart kayıtları, alacaklı arsa sahibinin edime kavuşması açısından güven verici rol oynar⁴⁷⁷. Alacaklı, aynen ifayı tercih etmesi

⁴⁷⁶ Yargıtay 15. HD. 30.10.1995 T. 3746 E. 5923 sayılı K. için bkz. Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 356.

⁴⁷⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 319; Kurt, Temerrüt, s. 215; Eren, Genel Hükümler, s. 1181.

durumunda cezai şart aracılığıyla, uğranılan zararın ve zarar miktarının ispatına gerek kalmaksızın diğer hukuki imkanlara ek olarak veya bu imkanların yerine kullanılmak üzere mali bir edim elde eder⁴⁷⁸.

Cezai şartın düzenlendiği TBK m. 179-182 (eBK m. 158-161)'de yer alan hükümlerde cezai şarta ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Doktrinde ise, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edim olduğu belirtilmiştir⁴⁷⁹.

Cezai şart asıl alacağı kuvvetlendirdiğinden, asıl borcun mevcut olması gerekir. Cezai şart asıl borca bağlı bir fer'i borç olduğundan, sözleşmeden dönülmesi halinde cezai şartın istenemeyeceği ifade edilmektedir⁴⁸⁰.

Cezai şart asıl borca bağlı olduğundan, asıl borç şekle tabi olursa cezai şart da şekle tabidir. Bu bağlamda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde cezai şart, geçerlilik şekline uygun olarak yapılmalıdır. Şekle uygun yapılmayan fakat edimlerin yerine getirilmesi ile Yargıtay uygulaması bağlamında geçerlilik kazanan sözleşmelerdeki cezai şart kayıtları da geçerli kabul edilmelidir. Zira artık geçerlilik kazanmış olan sözleşmenin bir kısmını uygulayıp bir kısmını uygulamamak doğru olmaz.

⁴⁷⁸ Kurt, Temerrüt, s. 214-215; Eren, Genel Hükümler, s. 1181; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 8.

⁴⁷⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1181; Ayan, Temerrüt, s. 193; Günay, Cezai Şart, s. 5 vd.; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 897-898; Öz, Dönme, s. 295; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 561; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 150; Şahin, Teslim Borcu, s. 319; Kurt, Temerrüt, s. 214-215; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 6; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 273.

⁴⁸⁰ Ayan, Temerrüt, s. 193; Şahin, Teslim Borcu, s. 320; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 758; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 104; Gökyayla, Ek İş, s. 346; Karataş, İnşaat, s. 319, 359; Dayınlı, Temerrüt, s. 135; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 902; Öz, Dönme, s. 295-296; Kurt, Temerrüt, s. 218-219; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 454 vd.; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 72; Duman, İnşaat Hukuku, s. 375; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 287; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 303.

Cezai şartın temelde iki işlevinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlardan biri; borçluyu usulüne uygun ifade bulunmaya sevk etmektir. Diğeri ise; alacaklının, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğacak zararını önceden ve götürü biçimde tayin ve tespit etmektir⁴⁸¹.

Cezai şart, genel olarak bir miktar paranın ödenmesini içerir. Ancak, bu zorunlu değildir. Yüklenicinin ifa etmeyi taahhüt ettiği malvarlığı değeri taşıyan diğer edimler de cezai şartın konusunu oluşturabilir⁴⁸². Bu bağlamda yüklenicinin örneğin belirli bir kıymetli evrakı devretmesi kararlaştırılabilir. Cezai şartın konusunun yüklenicinin bir miktar para ödemesi olduğu durumlarda, ödenecek bu tutar önceden götürü usulde belirlenmiş olabileceği gibi zamana bağlı artış gösteren bir miktar olarak kararlaştırılması da mümkündür. Ayrıca, yapının tesliminde gecikilmesi durumunda, sözleşme bedeli olan yükleniciye devredilecek arsa paylarının miktarının azaltılacağı da kararlaştırılabilir. Bu durumda atıpkı bir cezanın söz konusu olduğu fakat cezai şarta ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceği ifade edilmektedir⁴⁸³.

TBK m. 182/I'de cezanın miktarının serbestçe belirlenebileceği öngörülmüştür fakat aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, hakimin, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceği hükmüyle bu serbestliğe sınır getirilmiştir. Ancak TTK m. 22'deki düzenlemeye göre ise, aşırı cezanın hakim tarafından indirilmesi olanağından tacir konumunda olan yükleniciler yararlanamaz⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 756; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 455; Karataş, İnşaat, s. 318; Günay, Cezai Şart, s. 74-75; Şahin, Teslim Borcu, s. 322; Kurt, Temerrüt, s. 214-215; Eren, Genel Hükümler, s. 1181; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 898; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 273.

⁴⁸² Kurt, Temerrüt, s. 215; Eren, Genel Hükümler, s. 1182; Duman, İnşaat Hukuku, s. 920.

⁴⁸³ Öz, İnşaat, s. 139; Kurt, Temerrüt, s. 216.

⁴⁸⁴ Öz, İnşaat, s. 138; Eren, Genel Hükümler, s. 1189; Kurt, Temerrüt, s. 217; Yener, Arsa Payı, s. 62; Aral, Ö.B.İ., s. 363; Şahin, Teslim Borcu, s. 355; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 310; Büyükkay, Eser Sözleşmesi, s. 214; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 106; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 313.

“Cezanın sözleşmenin ifası ile ilişkisi” kenar başlıklı TBK m. 179’da,

“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.

Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.

Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.” şeklinde bir düzenleme mevcuttur.

Madde kapsamından cezai şartın; seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve dönme (fesih) cezası olarak üç türde düzenlendiği görülmektedir.

Bu bölümde aynen ifa ve buna bağlı olarak talep edilebilecek unsurları irdelediğimizden “ifaya eklenen cezai şart” üzerinde durulacak ve diğer cezai şart türlerine ise ilgili oldukları başlık altında değinilecektir.

3.1.3.2. İfaya Eklenen Cezai Şart

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın tamamlanarak vadesinde teslim edilmemesi halinde yüklenicinin cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmışsa, kural olarak, ifaya ekli cezai şart söz konusudur (TBK m. 179/II). Bu halde, alacaklı iş sahibi hem ifayı hem de cezai şartın ödenmesini isteyebilir. Ancak bu düzenlemeyi getiren TBK m. 179 hükmü emredici bir hüküm olmadığından, taraflar borcun tam

ve gereği gibi ifasının sağlanması adına da seçimlik cezai şart yerine ifaya eklenen cezai şart kararlaştırabilirler⁴⁸⁵.

Borcun belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesi hali için kararlaştırılan cezai şartın ifaya ekli bir cezai şart olduğu kanuni karine olarak kabul edilir (TBK m. 179/II; eBK m. 158/II). Bu iki ihtimalin, yani yer ve zaman açısından ifaya aykırılık teşkil eden hallerin dışında kalan aykırılık halleri için belirlenen cezai şart kayıtlarına, ifaya eklenen cezai şart değil, TBK m. 179/I (eBK m. 158/I)'de düzenlenen seçimlik cezai şart hükümleri uygulanacaktır⁴⁸⁶.

İfaya eklenen cezai şartın istenebilmesi için, iş sahibi ya edimin aynen ifasını tercih etmeli ya da sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetmelidir. Bu ikinci halde, fesih anına kadar işlemiş olan cezai şart yükleniciden talep edilebilir. Gecikme tazminatı talebinden farklı olarak, ifaya eklenen cezai şartın aynen ifa talebinden sonra istenebilmesi için bu hakkın saklı tutulması gerekir (TBK m. 179/II; eBK m. 158/II)⁴⁸⁷. Aynen ifanın talep edildiğinin kabulü gereken durumlarda ise teslim kadar cezai şartın talep edilebilmesi mümkündür. İfanın çekinceyle (ihtirazi kayıtla) kabul edilmesi halinde ise teslimden sonra dahi cezai şartın istenilebilmesi mümkündür. Cezai şart talebinin teslimden sonra ileri sürülebilmesini sağlayan ihtirazi kayıt beyanı herhangi bir şekilde tabi değildir. İspat açısından ise yazılı yapılması yerinde olmaktadır.

İfaya eklenen cezai şart talebinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi zorunlu ise de⁴⁸⁸, cezai şartın istenebilmesi açısından temerrüde düşmede

⁴⁸⁵ Kurt, Temerrüt, s. 218; Şahin, Teslim Borcu, s. 324; Yener, Arsa Payı, s. 61.

⁴⁸⁶ Şahin, Teslim Borcu, s. 325; Kurt, Temerrüt, s. 219.

⁴⁸⁷ Yener, Arsa Payı, s. 67; Aral, Ö.B.İ., s. 364; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 136; Şahin, Teslim Borcu, s. 330; Günay, Cezai Şart, s. 226; Karataş, İnşaat, s. 365; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 105; Ayan, Temerrüt, s. 200; Kurt, Temerrüt, s. 225; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 304; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 285.

⁴⁸⁸ Şahin, Teslim Borcu, s. 326-327; Gökyayla, Ek İş, s. 347; Aral, Ö.B.İ., s. 364; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 74; Kurt, Temerrüt, s. 219; Eren, Genel Hükümler, s. 1185.

kusurlu olması gerekip gerekmediği noktasında tartışmalar vardır. Hakim olan görüşe göre⁴⁸⁹, cezai şart istenebilmesi için sözleşmede aksi öngörülmedikçe yüklenicinin teslim borcu yükümlülüğünü ihlal ederken kusurlu olması şartı aranır.

Cezai şart asıl borca bağlı bir borç olduğundan, asıl borç mevcut olduğu sürece geçerlidir ve talep edilebilir. Asıl borca ilişkin sözleşmeden dönülmesi üzerine, sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacağından cezai şart talebi de ortadan kalkar. Ancak TBK’da cezai şartın düzenlendiği hükümler emredici nitelikte olmadıklarından, taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında dönme halinde dahi işlemiş olan cezai şartın istenebileceğini kararlaştırabilirler⁴⁹⁰.

Yargıtay’ın istikrar kazanan görüşü uyarınca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifaya ekli cezai şart, yüklenicinin temerrüdünün doğumu ile başlar ve yüklenici tarafından yapı teslim edilinceye kadar işlemeye devam eder⁴⁹¹.

İş sahibi, yükleniciyi temerrüde düşürdüktan sonra aynen ifa istediğini bildirmemiş ve yüklenici de inşaatı tamamlamak yönünde harekette bulunmamış olsa dahi, alacaklı iş sahibi sonraki bir tarihte, inşaat tamamlanıp teslim edilmiş olmamak kaydıyla, ifaya eklenen cezai şartı talep edebilir. Zira, temerrütte alacaklıya tanınan

⁴⁸⁹ Yakuppur, Teslim Borcu, s. 105; Şahin, Teslim Borcu, s. 327; Günay, Cezai Şart, s. 118; Kurt, Temerrüt, s. 224; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 135; Aral, Ö.B.İ., s. 364; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 72; Öz, İnşaat, s. 138; Erman, İnşaat, s. 80; Ayan, Temerrüt, s. 199; Yener, Arsa Payı, s. 61; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 134; Duman, İnşaat Hukuku, s. 376. Kusurun aranmayacağı görüşünde: Eren, Genel Hükümler, s. 1186-1187; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 310; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 214.

⁴⁹⁰ Şahin, Teslim Borcu, s. 329; Kurt, Temerrüt, s. 226, dn. 193; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 215; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 287.

⁴⁹¹ Yargıtay 15. HD. 13.03.1996 T. 665 E. 1346 sayılı K. için bkz. Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 390; Yargıtay 15. HD. 30.05.2001 T. 2001/1991 E. 2001/2889 K.: “(...) Kural olarak ifaya ekli ceza, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden başlayarak işin teslim edildiği tarihe kadar olan süre için ödenir. (...)” (Karataş, İnşaat, s. 363). Bu görüşte: Yener, Arsa Payı, s. 62; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 135; Şahin, Teslim Borcu, s. 335; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 132; Ayan, Temerrüt, s. 197; Aral, Ö.B.İ., s. 363-364; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 174; Kurt, Temerrüt, s. 222-223. Aksi görüşteki Erman’a göre, sözleşmede aksine hüküm yoksa yükleniciyi temerrüde düşürmek için gerekli ihtar yapılmassa bile teslim gününün geçirilmesiyle birlikte ceza işlemeye başlar. (Erman, İnşaat, s. 80. Aynı görüşte: Duman, İnşaat Hukuku, s. 376).

seçimlik haklar noktasında, alacaklının bir tercihte bulunmaması onun aynen ifa istediğini göstermektedir. Buradaki sessiz kalma, zımnî olarak, taraflar arasında temerrüdü sonlandırıcı bir ikale anlaşmasının mevcut olduğu anlamına gelmez⁴⁹².

İş / arsa sahibi, cezai şart olarak talep ettiği tutardaki kadar zararı olmasa bile, sözleşmede kararlaştırılan miktarı isteyebilir. Yani, yüklenici cezai şartı, gecikmenin iş sahibi nezdinde fiili bir kayba sebep olup olmamasından bağımsız olarak borçlanmaktadır⁴⁹³. Bununla birlikte, iş sahibi gecikme sebebiyle kira gelirlerinden yoksun kalmış veya artan vergiler sebebiyle cezai şartı aşan zararlara uğramış olabilir. Bu aşan miktarları, cezai şart ile giderilemeyen zararın mevcudiyetini ve yüklenicinin temerrütte kusurlu olduğunu kanıtlayarak talep edebilir (TBK m.180; eBK m. 159)⁴⁹⁴.

Cezai şart alacağı, kural olarak, muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 147). Yüklenici, yapıyı teslim etmemede ağır kusurlu ise, yani kastı yahut ağır ihmali varsa, cezai şart alacağının zamanaşımı süresi, bu alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren on yıldır (TBK m. 146).

⁴⁹² Şahin, Teslim Borcu, s. 339-340; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 214, dn. 564. Aksi görüşte: Dirican, Cezai Şart, s. 99.

⁴⁹³ Eren, Genel Hükümler, s. 1187; Kurt, Temerrüt, s. 224; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 150; Dirican, Cezai Şart, s. 27; Karataş, İnşaat, s. 318; Günay, Cezai Şart, s. 75; Şahin, Teslim Borcu, s. 322; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 310; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 303; Duman, İnşaat Hukuku, s. 376.

⁴⁹⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1187; Yener, Arsa Payı, s. 68; Erman, İnşaat, s. 88; Kurt, Temerrüt, s. 224; Şahin, Teslim Borcu, s. 350-351; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 310; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 213; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 303.

3.2. İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFADAN VAZGEÇİP MÜSPET ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ

3.2.1. Genel Olarak

İfayı elde etmek iş / arsa sahibi açısından artık önem taşııyorsa ya ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmeli ya da sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini istemelidir. Burada seçim hakkı iş sahibinde olduğundan, kendi değerlendirmesi ile zarar türlerinden hangisinin fazla olduğunu düşünüyorsa o seçeneği tercih ederek menfaatini gözetmesi normaldir. TBK m. 125/II’de yer bulan bu hak, “*Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

İş sahibinin müspet zararının tazminini istemesi halinde sözleşme ilişkisi bitmemekle beraber sözleşmenin içeriği değişmekte ve asli edim yükümünün yerini tazminat yükümü almaktadır⁴⁹⁵.

Yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdü sonucunda uğramış olduğu müspet zarar; ifa edilmeyen edimin değeri ile inşaatın teslimindeki gecikme sebebiyle uğranılan zararlardır⁴⁹⁶. Aynen ifadan vazgeçen iş / arsa sahibinin TBK m. 125’e dayanarak müspet zararının tazmini kapsamında yükleniciden talep

⁴⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1117; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 714; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 67; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 109; Şahin, Teslim Borcu, s. 266; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 102-103; Karataş, İnşaat, s. 172; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1285-1286; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 515; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 98; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 482; Kurt, Temerrüt, s.257; Yener, Arsa Payı, s. 69; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 382; Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s. 55; Duman, İnşaat Hukuku, s. 249; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 391.

⁴⁹⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1117; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 714; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 339; Öz, İnşaat, s. 145; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 68; Şahin, Teslim Borcu, s. 266; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 98; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 102-103; Karataş, İnşaat, s. 172; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1285-1286; Dirican, Cezai Şart, s. 59; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 110; Kurt, Temerrüt, s.258; Yener, Arsa Payı, s. 70; Duman, İnşaat Hukuku, s. 250.

edebileceği “gecikme zararları”, hukuki nitelik itibariyle aynen ifa ile birlikte talep edebileceği TBK m. 118’de düzenlenmiş olan “gecikme zararları” ile aynıdır⁴⁹⁷. Bu bağlamda, aynen ifadan vazgeçen arsa sahibi, uğramış olduğu fiili zararların ve yoksun kalınan kârların tazminini yükleniciden talep edebilir. Fiili zarar, iş sahibinin malvarlığının aktifinde bir azalma şeklinde olabileceği gibi pasifinde bir artış şeklinde de olabilir.

Her ne kadar alacaklının, borçludan müspet zarar tazminatı talep edebilmesi için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerektiğine TBK m. 125/II’de açıkça değinilmemiş ise de, borçlunun tazminat yükümlülüğünün doğması için onun temerrüde düşmekte kusurlu olması şarttır⁴⁹⁸. Sözleşmeye aykırılığı düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TBK m. 112’de yer alan kusur karinesi, temerrüde bağlı müspet zarar tazminatı talebi bakımından da geçerlidir. Bu bakımdan, müspet zarar tazminatının ödenmemesi, yüklenicinin temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlaması ile mümkündür.

Borçlunun borca aykırılıktan dolayı sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 114/II hükmünde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır. Kanun’daki bu yollama sebebiyle, sözleşmenin ihlaline veya zararın artmasına kısmen alacaklının sebep olması, borçlunun kusurunun hafifliği ve mali durumunun kötülüğü gibi sebepler tazminatın indirilmesi sonucunu doğurabilir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Kurt, Temerrüt, s. 258; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 70; Yener, Arsa Payı, s. 70; Eren, Genel Hükümler, s. 1118; Erman, İnşaat, s. 93 vd.; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 140; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 434.

⁴⁹⁸ Öz, İnşaat, s. 145; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 409; Kurt, Temerrüt, s. 260-261 Eren, Genel Hükümler, s. 1119; Şahin, Teslim Borcu, s. 268; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 99; Karataş, İnşaat, s. 172; Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 516; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 714; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 113; Duman, İnşaat Hukuku, s. 251; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1286; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 482.

⁴⁹⁹ Erman, İnşaat, s. 94; Şahin, Teslim Borcu, s. 268; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1161 vd.; Yener, Arsa Payı, s. 74; Duman, İnşaat Hukuku, s. 1018.

Aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmininin istenmesi, sözleşmeden dönmeden farklı olarak sözleşmeyi tasfiye sürecine sokmaz ve aynen ifadan vazgeçildiği ana kadar tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesi söz konusu olmaz. Bu bakımdan, aynen ifadan vazgeçme anına kadar yüklenici tarafından meydana getirilmiş olan inşaat kısmı vazgeçmeden etkilenmemelidir⁵⁰⁰. İfa edilen edimler bakımından TBK m. 486/II (eBK m. 371/II) hükmünün müspet zararın tazmini bakımından kıyasen uygulanması önerilmektedir⁵⁰¹. Buna göre, iş sahibi inşaatın yapılan kısmı kullanılabilir nitelikteyse, bu kısmı kabul etmeli ve bu kısım ile orantılı arsa paylarının yükleniciye devrini gerçekleştirmelidir. İnşaatın yapılan kısmının, iş sahibi tarafından kullanılabilir olmasından anlaşılması gereken, inşaatın bizzat iş sahibi veya üçüncü bir şahıs tarafından tamamlanabilir nitelikte olmasıdır. Yüklenici tarafından meydana getirilen kısım kullanılabilir nitelikte değilse, müspet zarar, yüklenicinin o ana kadar ifa ettiği edimleri de kapsar. Örneğin; yapının meydana getirilen kısmı imar kanunlarına veya teknik mevzuata aykırı biçimde yapıldığı için yıkılması gerekiyorsa, yapılan kısım iş sahibi için kullanılabilir nitelikte değildir⁵⁰².

3.2.2. Mübadele ve Fark Teorilerine Göre Müspet Zararın Hesaplanması

Aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmininin istenmesi halinde sözleşme ilişkisi varlığını sürdüreceğinden iş sahibinin kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Bu mesele doktrinde, müspet zararın hesaplanmasına ilişkin olarak ortaya atılan iki farklı teori ile çözüme kavuşturulmak istenmiştir. Bu teoriler mübadele ve fark teorileridir.

⁵⁰⁰ Kurt, Temerrüt, s. 265; Aral, Ö.B.İ., s. 360; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 140; Zevkliler/Gökyayla, Ö.B.İ., s. 486; Duman, İnşaat Hukuku, s. 368.

⁵⁰¹ Kurt, Temerrüt, s. 265; Şahin, Teslim Borcu, s. 268; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 140; Aral, Ö.B.İ., s. 360; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 141; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 112; Yener, Arsa Payı, s. 72-73.

⁵⁰² Kurt, Temerrüt, s. 266.

Mübadele teorisinde, borçlu, kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklı borçlanmış olduğu edimi aynen ifa etmek zorundadır⁵⁰³. Doktrinde hakim durumda olan fark teorisine göre ise, alacaklı, mütemerrit borçluya karşı borçlanmış olduğu edimi aynen ifa zorunda olmayıp, bunun yerine borçludan talep ettiği tazminat alacağından kendi borçlandığı edimin değerini mahsup ederek geri kalan kısmı isteyebilir⁵⁰⁴. Bu bağlamda fark teorisi uygulanmasında arsa / iş sahibi, kendi edimini aynen ifa etmez yani arsa payının yükleniciye devrini gerçekleştirmez. Ancak, talep edeceği müspet tazminat tutarından bu arsa paylarının değerini düşecek ve kalan farkı isteyebilecektir⁵⁰⁵.

Arsa sahibinin sözleşme gereğince kendisine teslimi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin ve karşı edim borcu olan devre konu arsa paylarının değeri, aynen ifadan vazgeçildiği tarihteki rayiç değeri esas alınarak belirlenir⁵⁰⁶. Arsa sahibinin müspet zararı kapsamında; inşaatın tamamlanması için gereken giderler, yoksun kalınan kâr ve gecikmeden kaynaklı giderler de bulunmaktadır. Yani fark teorisinin uygulanmasıyla birlikte, arsa sahibi, kendisine sözleşme gereği teslim edilmesi gereken bağımsız bölümlerin aynen ifadan vazgeçtiği tarih itibarıyla rayiç değerinden karşı edimi teşkil eden arsa paylarının değeri düşüldükten sonra kalan tutarı, inşaatın tamamlanması için gerekli olan tutarı ve gecikme yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Eren, Genel Hükümler, s. 1118; Öz, İnşaat, s. 147; Şahin, Teslim Borcu, s. 268; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 76-77; Kurt, Temerrüt, s. 265; Yener, Arsa Payı, s. 72; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 104; Duman, İnşaat Hukuku, s. 250.

⁵⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1118; Şahin, Teslim Borcu, s. 269; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 103; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 77; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 99; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 483; Duman, İnşaat Hukuku, s. 250.

⁵⁰⁵ Erman, İnşaat, s. 93; Şahin, Teslim Borcu, s. 270-271; Yener, Arsa Payı, s. 71-72; Eren, Genel Hükümler, s. 1118; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 98.

⁵⁰⁶ Erman, İnşaat, s. 93; Şahin, Teslim Borcu, s. 271; Yener, Arsa Payı, s. 74; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 50.

⁵⁰⁷ Erman, İnşaat, s. 94; Şahin, Teslim Borcu, s. 271; Yener, Arsa Payı, s. 73.

Fark teorisine göre müspet zararın hesaplanmasında somut veya soyut yöntemler kullanılabilir⁵⁰⁸. İş / arsa sahibi, fark teorisinin uygulanması durumunda, karşı edimin değerinin hangi yöneme göre hesaplanacağını seçebilecektir. Somut yöntemde, iş / arsa sahibinin, yükleniciye ait olacak arsa payını üçüncü kişiye devretmesi durumunda onun yaptığı bu ikame satım sözleşmesinden elde ettiği meblağ, yükleniciye aynen ifa etmediği karşı edimin değeri olarak esas alınır. Ancak bunun için, iş sahibinin söz konusu payları dürüstlük kuralına uygun biçimde kendisine en uygun teklifi veren kimseye satmış olması gerekir⁵⁰⁹. Zararın soyut yöntem ile hesaplanmasında ise, iş sahibi henüz yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa payları üzerinde bir tasarrufta bulunmamıştır ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bu arsa paylarının üçüncü kişiye satılması durumunda elde edeceği meblağ onun karşı edim değerini oluşturur⁵¹⁰.

Arsa sahibinin fark teorisi yerine mübadele teorisinin uygulanmasını istemesi halinde ise, ifa edilmeyen edimin tam değeri elde edilecektir. Arsa sahibi kendisine düşen karşı edimi de yerine getirecek ve kararlaştırılan arsa paylarının tamamının yükleniciye devrini gerçekleştirecektir⁵¹¹.

3.2.3. Müspet Zararın Tazmininde Zamanaşımı

Müspet zararın tazmini edimi, yüklenicinin sözleşmedeki asli edimi olan inşaatı meydana getirip teslim etme ediminin yerini almıştır. Bu itibarla, müspet zarar alacağına ilişkin zamanaşımı da bu asli edimin tabi olduğu zamanaşımına tabidir⁵¹². Yüklenicinin temerrüde düşmekte ağır ihmali veya kastı bulunduğu on

⁵⁰⁸ Kurt, Temerrüt, s. 275; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 128.

⁵⁰⁹ Kurt, Temerrüt, s. 275; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 129.

⁵¹⁰ Kurt, Temerrüt, s. 276; Duman, İnşaat Hukuku, s. 1016-1017.

⁵¹¹ Öz, İnşaat, s. 147; Erman, İnşaat, s. 93-94; Şahin, Teslim Borcu, s. 271; Ayan, Temerrüt, s. 236; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1161; Kurt, Temerrüt, s. 280; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 77; Yener, Arsa Payı, s. 72.

⁵¹² Ayan, Temerrüt, s. 315; Kurt, Temerrüt, s. 283; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 135; Şahin, Teslim Borcu, s. 361.

yıllık genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) uygulanırken, hafif kusuru ya da ihmalinin olduğu durumlarda beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır (TBK m. 147/b.6). Zamanaşımı süresi, iş sahibinin müspet zararın tazmini seçeneğini seçtiğini yükleniciye veya yetkili temsilcisine beyan ettiği andan itibaren işlemeye başlar. Zira tazminat alacağı ancak bu anda doğar⁵¹³.

3.2.4. Müspet Zararın Tazminine Yönelik Başvurulabilecek Diğer Yollar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa / iş sahibinin aynen ifadan vazgeçip, sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden uğramış olduğu zararın tazminini istemesi halinde her zaman müspet zararın hesap edilmesi gerekmez. Taraflar, sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden uğranılan zararın tazminine yönelik hükümler belirlemekte serbesttir ve bu kapsamda bazen, uğranılan zarar miktarını ispata gerek kalmaksızın, belirlenen miktarda zararın gerçekleştiği sözleşme ile önceden kabul edilmektedir. Böyle bir durumda meydana gelen zararın daha az olduğu ileri sürülemez. Bazen de alacaklının meydana gelen zararının sözleşmede belirlenen miktardan az olduğu iddiasının ileri sürülebilmesi mümkün olmakla birlikte, bunu ispat yükü ters çevrilip borçlu yükleniciye geçmektedir. Bu tür sözleşme hükümleri, ilk durum için seçimlik cezai şart, ikinci durum için ise götürü tazminat kaydı niteliğindedir.

3.2.4.1. Seçimlik Cezai Şart Talebi

TBK m. 179/I (eBK m. 158/I)'e göre; *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.”*

⁵¹³ Ayan, Temerrüt, s. 315; Kurt, Temerrüt, s. 283; Havutçu, Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, s. 135; Şahin, Teslim Borcu, s. 361; Duman, İnşaat Hukuku, s. 252.

TBK m. 179'a göre, iş / arsa sahibi ya inşaatın teslimini ya da teslim edilmiş olup da gereği gibi olmayan ifanın sözleşmeye uygun biçimde yapılmasını yahut da seçimlik cezai şartın ifasını talep edebilecektir. Maddede geçen 'aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça' ifadesi ile hükmün emredici olmadığı, aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Buna göre; hiç veya gereği gibi olmayan ifa durumlarındaki borca aykırılıklarda, hem inşaatın teslimi hem de seçimlik cezai şartın istenebileceği sözleşme ile kararlaştırılabilir⁵¹⁴.

Anılan hüküm, sadece teslim borcundaki temerrüt durumları için değil, eserin tesliminin yerine getirildiği fakat kararlaştırılan nitelikte olmadığı hallerde de uygulanır. Bu bağlamda, borçlu edimini zamanında ifa etmiş fakat gereği gibi ifa etmemişse, alacaklı iş sahibi ya cezai şartın ifasını ya da gereği gibi ifa etmemenin yasal sonuçlarını talep edebilecektir⁵¹⁵.

İş sahibinin seçimlik hakkını cezai şarttan yana kullanması halinde yüklenicinin diğer borçları ortadan kalkar. Borca aykırılığın oluşması ile seçimlik cezai şart alacağı ortaya çıkar ve iş sahibi tarafından seçimlik cezai şartın tercih edilmesi ile bu alacak muaccel hale gelir.

Seçimlik cezai şartın istenebilmesi için, aynen ifadan vazgeçilmeli ve sözleşmeden dönülmemelidir. Gecikmiş ifade ısrar eden iş / arsa sahibi seçimlik cezai şart talep edemez. Cezai şart, asıl borca bağlı bir fer'i borç niteliğinde olduğundan, sözleşmeden dönülmesi halinde de istenilmesi mümkün değildir.

Aynen ifadan vazgeçen arsa / iş sahibi kural olarak müspet zararlarının tazminini ister. Ancak iş / arsa sahibi seçimlik cezai şartı istiyorsa ayrıca bir seçim beyanında bulunması gerekir. İş / arsa sahibi, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararı seçimlik cezai şart ile karşılayamıyorsa, yüklenicinin kusurunu ispat

⁵¹⁴ Şahin, Teslim Borcu, s. 345; Duman, İnşaat Hukuku, s. 927.

⁵¹⁵ Şahin, Teslim Borcu, s. 346-347; Kurt, Temerrüt, s. 217-218.

etmek suretiyle kalan kısmı ayrıca talep edebilecektir (TBK m. 180/II; eBK m. 159/II)⁵¹⁶. İş / arsa sahibinin gerçekte uğradığı zarar seçimlik cezai şart miktarından az olsa bile, cezai şartın tamamı talep edilebilecektir.

Cezai şartın niteliği hususunda sözleşmeye konulan kayıtların kelime anlamına göre değil tarafların kastettikleri anlama göre hareket etmek gerekir. Örneğin sözleşmede yer alan; ‘inşaatı vadesinde teslim edemeyen yüklenici gecikilen her hafta için 1000 TL ödeyecektir’ şeklindeki kaydın ifaya eklenen cezai şart oluşu açıktır. Zira, tarafların iradesi sözleşme konusunun ifasının artık istenmeyeceği yönünde olmayıp, edimin ifası ile birlikte bu ceza miktarının ödenmesi yönündedir. Bu yoruma ulaşmak, TBK m. 179/II’deki, borca aykırılık hallerinden ‘edimin belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesi’ hali özel olarak düzenlendiğinden dolayı zorluk teşkil etmez. Bu bakımdan belirtilebilir ki; sözleşmede, ‘inşaatın teslim edilmemesi halinde yüklenici 200.000 TL ödeyecektir’, ‘yüklenici borca aykırı davranması durumunda 300.000 TL ödemek zorundadır’, ‘ifanın yapılmaması durumunda yüklenici 100.000 TL öder’ gibi genel ifadeler yer almışsa bu cezayı seçimlik cezai şart olarak kabul etmek gerekir⁵¹⁷. Nitekim, TBK m. 179/II kapsamında ifaya eklenen cezai şartın söz konusu olabilmesi için belirlenen yer veya zamanda ifanın yapılmaması şeklinde özel bir borca aykırılık halinin zikredilmesi gerekir⁵¹⁸. Ancak tarafların sözleşmede yer verdikleri cezaya ilişkin hükümlerden hangi cezanın kastedildiği her zaman bu kadar kolay anlaşılabilir. Bu durumlarda, tarafların iradeleri güven prensibi dahilinde yorumlanmalı ve amaçladıkları cezanın vasfı bulunmalıdır⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Dirican, Cezai Şart, s. 113; Şahin, Teslim Borcu, s. 349; Eren, Genel Hükümler, s. 1187; Duman, İnşaat Hukuku, s. 937.

⁵¹⁷ “(...) Sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi kararlaştırılan cezai şart seçimlik ceza niteliğindedir. Gecikme halinde ödenecek ceza ise ifaya eklenen ceza niteliğindedir. (...)” Yargıtay 15. HD’nin 18.10.1989 T. 4097 E. 4315 sayılı K. için bkz. Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 371.

⁵¹⁸ Şahin, Teslim Borcu, s. 348; Eren, Genel Hükümler, s. 1185.

⁵¹⁹ Kurt, Temerrüt, s. 230; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 69.

3.2.4.2. Müspet Zararın Götürü Tazminat Olarak Belirlenmesi

Cezai şartın aksine götürü tazminat kanun tarafından düzenlenmiş bir kurum değildir. Götürü tazminat, tarafların, ifanın gecikmesi halinde alacaklının uğrayacağı zararı tahmin ederek, borçlunun ödeyeceği tazminat miktarını önceden kararlaştrırmaları olarak tanımlanmaktadır⁵²⁰. Götürü tazminatın, müspet zararın klasik tazmin yöntemine göre farkı, iş sahibinin zararın miktarını ispat külfetinde olmamasıdır.

Sözleşmede, yüklenicinin edimi ifa etmemesi durumunda ödeneceği kararlaştırılan tutarın niteliğinin seçimlik cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğunun belirlenmesi gerekir. Götürü tazminatın söz konusu olduğu durumlarda, iş/arsa sahibinin yükleniciden bu tazminatı talep edebilmesi için öncelikle, yüklenicinin tazminat borcunun doğmuş olması gerekir⁵²¹. Götürü tazminat kararlaştırılan hallerde iş / arsa sahibi sadece zararın miktarını ispat etme külfetinden kurtulur, iş sahibinin uğradığı fiili zararın kararlaştırılan miktarda olmadığını yüklenici ispat etmelidir⁵²². İş sahibi zararın miktarını ispatlamak zorunda değildir fakat cezai şarttan farklı olarak, zararın varlığı gerekir. Ayrıca, cezai şart talebi için, iş / arsa sahibinin yapıyı ihtirazi kayıt ileri sürerek teslim alması gerekirken (TBK m. 179/II), götürü tazminat bakımından buna gerek yoktur⁵²³. Tüm bunlara ek olarak, götürü tazminat niteliği itibarıyla bir tazminat olduğundan, cezai şarta ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla dahi götürü tazminata uygulanması mümkün değildir⁵²⁴.

⁵²⁰ Kurt, Temerrüt, s. 228-229; Şahin, Teslim Borcu, s. 340, Ozanoğlu, Gecikme Cezası, s. 90.

⁵²¹ Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 153; Kurt, Temerrüt, s. 229; Şahin, Teslim Borcu, s. 340.

⁵²² Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 150; Ozanoğlu, Gecikme Cezası, s. 85; Kurt, Temerrüt, s. 229; Dirican, Cezai Şart, s. 67.

⁵²³ Kurt, Temerrüt, s. 230; Şahin, Teslim Borcu, s. 340.

⁵²⁴ Şahin, Teslim Borcu, s. 342; Ozanoğlu, Gecikme Cezası, s. 91; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 154; Dirican, Cezai Şart, s. 68.

Sözleşme hükmünde yer alan kaydın götürü tazminat mı yoksa cezai şart mı olduğu hususu belirlenirken tarafların sözleşmede kullandıkları ifadeler yanıltıcı olabileceğinden, yorum yapılarak tarafların bu kaydı sözleşmeye koymaktaki gerçek amaçlarının tespit edilmesi gerekir⁵²⁵. Doktrindeki hakim görüşe göre⁵²⁶; ifanın sözleşmeye uygun biçimde gerçekleştirilmesi için borçlu üzerinde bir baskı unsuru oluşturma amacı ön planda ise, cezai şart söz konusu olur. Zararın miktarını belirlemek konusunda ispat kolaylığı sağlama amacı ön planda ise, bu durumda götürü tazminat söz konusudur.

3.3. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNÜP MENFİ ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sözleşmeden TBK m. 123-125 uyarınca dönme hakkı (geriye etkili fesih hakkı) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ani edimli bir sözleşme türü olarak kabul etmeyen görüşler tarafından ya sınırlı olarak kabul edilmekte ya da hiç kabul edilmemektedir. Zira, söz konusu görüşlere göre sözleşme ya sürekli-geçici karmaşığı bir borç ilişkisi doğurmaktadır⁵²⁷ ya da sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır⁵²⁸. Sözleşmenin, sürekli geçici bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre sözleşmeden dönme mümkün olmakla birlikte sürekli borç ilişkisine ait kurallar da göz önünde tutulmalıdır. Sözleşmenin, sürekli borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre ise, TBK m. 475'in kıyasen uygulanması sonucu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenici açısından önemli bir zararın doğacağı durumlarda sadece ileriye etkili olarak sonlanabilir. Bunun sonucu olarak, sözleşme sonlanana kadar yapılan ifa kısımları geçerlidir ve

⁵²⁵ Kurt, Temerrüt, s. 230-231; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 69; Karataş, İnşaat, s. 386; Şahin, Teslim Borcu, s. 342; Ozanoğlu, Gecikme Cezası, s. 90; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 154.

⁵²⁶ Kurt, Temerrüt, s. 230; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 153; Ayan, Temerrüt, s. 296; Şahin, Teslim Borcu, s. 344. Bu yönde, Yargıtay 15. HD'nin 08.07.2004 T., 2003/6165 E, 2004/3813 K. ve 04.10.1988 T., 88 E./3118 K. sayılı ilamları için bkz. Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 155.

⁵²⁷ Serozan, Dönme, s. 175-176; Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları, 4. Cilt**, İstanbul 1980, s. 466, 477, 483; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 220-221.

⁵²⁸ Erman, Müteahhidin Temerrüdü, s. 215; Erman, İnşaat, s. 101; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 156.

iadesi söz konusu olmaz. Ancak, bu çalışma, eser sözleşmelerinin ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği bakımından ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu esas benimsenerek hazırlanmıştır. Bu açıdan, yüklenicinin temerrüdü halinde alacaklı iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının mevcut olmadığını belirterek, sözleşmenin ancak ileriye etkili olarak feshedilebileceğini savunan görüşe katılmamaktayız⁵²⁹.

Kabul ettiğimiz ani edimli sözleşme görüşü uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynen ifa talebinden vazgeçen iş / arsa sahibinin kullanabileceği seçimlik haklarından bir diğeri sözleşmeden dönmedir. Bu bağlamda, sözleşmeden dönme hakkını kullanan iş / arsa sahibi menfi zararının tazminini talep edebilecektir (TBK m. 125/III).

3.3.1. Dönme Beyanının Hukuki Niteliği, Muhtevası ve Dönme Hakkının Kullanılması

Sözleşmeden dönme tek taraflı olarak kullanılan, karşı tarafa varması gereken, herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayan, kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınamayan bir bozucu yenilik doğuran haktır⁵³⁰. İş/arsa sahibinin dönme beyanı, yüklenicinin hakimiyet alanına girmesiyle hukuki sonuçlarını doğurur. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından Yargıtay, bu sözleşmenin eser sözleşmelerinden farklı olarak ancak karşı tarafın kabulü veya mahkemenin kararı ile ortadan kaldırılabileceğini kabul etmektedir⁵³¹. Kanaatimize göre de Yargıtay'ın bu

⁵²⁹ Sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi doğurduğu yönünde açıklamalar ve kanaatimiz için bkz. 1. Bölüm, s. 28-30.

⁵³⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1120; Öz, Dönme, s. 31; Öz, İnşaat, s. 149; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 412; Şahin, Teslim Borcu, s. 273; Kurt, Temerrüt, s. 284-285; Serozan, Dönme, s. 451 vd.; Buz, Dönme s. 71 vd.; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 483-484; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 103; Karahasan, Ö.B.İ., C.II, s. 535; Ayan, Temerrüt, s. 252; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 114; Yener, Arsa Payı, s. 93; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 332; Duman, İnşaat Hukuku, s. 253; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 106-107; Bilge, İnşaat, s. 9.

⁵³¹ Yargıtay 15. HD., 21.11.2007 T., 2007/4646 E., 2007/7359 K.: “(...) Kural olarak eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen

uygulaması yerinde değildir⁵³². Zira Yargıtay'ın bu uygulamasının kabulü halinde “yenilik doğuran bir hak” olan sözleşmeden dönme hakkının, “yenilik doğuran dava hakkına” dönüştürülmesi söz konusu olur. Oysa yenilik doğuran dava hakları sınırlı sayıda olup kanunda öngörülenlerden ibarettir. Bu farkın pratik önemi ise iş sahibinin sözleşmeden döndüğü tarihin belirlenmesi noktasında ortaya çıkar⁵³³. Örneğin, sözleşmeden dönme anı aynı zamanda tarafların iade borçlarının muaccel olduğu andır. Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sonucu yükleniciye verilmesi gereken, yapının arz ettiği objektif değer de iş sahibinin sözleşmeden döndüğü tarih esas alınarak hesaplanır. Yargıtay'ın uygulaması doğrultusunda düşünüldüğünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, iş sahibinin sözleşmeden dönmesine muvafakat etmediği takdirde iş sahibi dönme hakkını dava açarak kullanabilecektir ve mahkeme kararının kesinleştiği tarihte iş sahibi sözleşmeden dönmüş kabul edilecektir. Halbuki

taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder. (...) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde düzenleme şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı 'sözleşmenin feshi' davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. (...)” (Karataş, İnşaat, s. 490-492); “(...) Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri kural olarak mahkeme kararıyla feshedilebilir. Bunun istisnası taraf iradelerinin fesih konusunda birleşmesidir. (...)” Yargıtay 15. HD. 18.01.2007 T. 2005/7593 E. 2007/187 sayılı K. için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 759 ; “(...) Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karma sözleşmeler olup hem inşaat hem de tapu devri sözleşmelerini içerir. Her ne kadar inşaat sözleşmeleri herhangi bir şekil şartına bağlı değil iseler de taşınmaz mülkiyetinin intikalleri tapuda yapılması gerektiğinden resmi şekle tabidirler. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi başka bir anlatımla dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir. (...)” Yargıtay, 15. HD. 21.12.2006 T., 2005/7594 E. 2006/7533 sayılı K. için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 763; Yener, Arsa Payı, s. 94. Yargıtay'ın süregelen uygulaması yönünde görüşe sahip Erman'a göre de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönme isteyen tarafın, karşı tarafın dönmeyi kabul etmemesi halinde mahkemeden bir karar alması gerekmektedir. Açılan davada dönme talebinin haklı olup olmadığı tartışılacak, sonuca göre de mahkeme sözleşmenin feshine ya da davanın reddine karar verecektir. Davanın reddedilmesi halinde sözleşme yürürlükte kalmaya devam edecektir. (Erman, İnşaat, s. 95). Aynı görüşte: Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 333; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 408.

⁵³² Bu uygulamaya yönelik eleştiriler için bkz.: Ayan, Temerrüt, s. 253; Öz, Dönme, s. 142; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 80; Şahin, Teslim Borcu, s. 274-275; Kurt, Temerrüt, s. 286-287; Serozan, Dönme, s. 474 vd.

⁵³³ Ayan, Temerrüt, s. 257; Kurt, Temerrüt, s. 286.

sözleşmeden dönme anı iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanının yüklenicinin hakimiyet alanına ulaştığı tarihtir⁵³⁴.

İş / arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması şart değildir⁵³⁵. Ancak, dönme sonucu menfi zararın tazmin edilebilmesi için kusurun varlığı gerekir (TBK m. 125/III).

İş / arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesinin koşullarının oluşmadığının mahkeme önünde açıklığa kavuştuğu durumlarda, iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanına nasıl bir hukuki sonuç bağlanacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe⁵³⁶ göre, iş sahibinin geçerli olmayan sözleşmeden dönme beyanı, TBK m. 484 (eBK m. 369)'a göre tam tazminat karşılığı sözleşmenin feshi beyanına tahvil edilir. Diğer bir görüşe⁵³⁷ göre ise, iş sahibinin temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme beyanının bu hakkın kullanılmasının şartları gerçekleşmediği için eser sözleşmesinin tam tazminat karşılığı feshi beyanına tahvil edilmesi, iş sahibinin istemediği ağır hukuki sonuçlar doğuracağından mümkün olmamalıdır. Yargıtay da, TBK m. 484 (eBK m. 369) hükmünün ancak iş sahibinin hiçbir sebep göstermeden sözleşmeyi sona erdirmesi halinde uygulanabileceği; yüklenicinin temerrüde düşmüş olması gibi bir sebebin varlığı halinde ise, dönme hakkının koşulları gerçekleşmemiş olsa dahi, TBK m. 484 hükmünün uygulanamayacağı görüşündedir⁵³⁸. Kanaatimize göre de, dönme hakkının

⁵³⁴ Kurt, Temerrüt, s. 286; Şahin, Teslim Borcu, s. 275; Buz, Dönme, s. 71 vd.; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 107; Mustafa Kırmızı, **Açıklamalı İctihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Şen Matbaa, 2014, s. 529.

⁵³⁵ Öz, Dönme, s. 32; Öz, İnşaat, s. 149; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 411; Eren, Genel Hükümler, s. 1123; Ayan, Temerrüt, s. 252; Kurt, Temerrüt, s. 287; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 81; Serozan, İfa, s. 232; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 716; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 114; Buz, Dönme, s. 110; Şahin, Teslim Borcu, s. 273; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 531.

⁵³⁶ Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 86.

⁵³⁷ Buz, Dönme, s. 217-218; Öz, Dönme, s. 142; Öz, İnşaat, s. 198-99.

⁵³⁸ Yargıtay 15. HD. 23.06.1994 T., 1993/5225 E. 1994/4242 K.: "(...) BK'nun 106. Maddesi gereğince uygun bir süre tayin edilerek feshin ihbar edilmesi ve bu süre sonunda sözleşmenin feshedilebileceğine davalı arsa sahibinin buna rağmen herhangi bir süre vermeden 7.10.1991

kullanılmasının koşulları gerçekleşmemişse geçersiz olan bu dönme beyanı sözleşme ilişkisini çözmez. Bu durumda sözleşme ilişkisi ifaya yönelik olarak varlığını korur⁵³⁹. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel olan bu durum yüklenicinin aslında temerrüde düşmemiş olması ise, iş / arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçme beyanı da geçersizdir. Buna karşılık, yüklenici temerrüde düşürülmüş, ancak, iş sahibinin seçimlik hakları kullanılmasının koşulları gerçekleşmemiş ise burada aynen ifadan vazgeçme beyanı geçerlidir; sadece sözleşmeden dönme beyanı geçersizdir. Bu son ihtimalde, iş / arsa sahibine yeniden aynen ifayı talep etme hakkı ancak yüklenici buna rıza gösterirse veya bu durum onun da menfaatine ise verilmelidir. Zira, yüklenici aynen ifadan vazgeçme beyanına güvenmiş ve işgücü ile kaynaklarını başka bir işe kaydırmış olabileceğinden artık onu mutlak biçimde aynen ifa ile yükümlü tutmak doğru olmaz⁵⁴⁰.

3.3.2. İş / Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Sonuçları

3.3.2.1. Genel Olarak

TBK m. 125/III'e göre; “Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri isteyebilirler.” Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde alacaklının sözleşmeden dönmesi iki temel sonuç doğurur: Birincisi, sözleşmenin her iki tarafı da taahhüt ettikleri edimleri ifa etme borcundan kurtulur. Bu durum sözleşmeden

tarihinde sözleşmeyi feshetmek istemesine ve daha sonra yükleniciyi azletmesine, bu nedenle fesihle haklı sayılamayacağına (...) Toplanan kayıtlardan davalı tarafın sözleşmeyi haksız olarak feshettiği, böylece davacının kar mahrumiyeti isteyebileceği sonucuna varılmıştır. Davalı yanın sözleşmeyi BK'nun 369. maddesindeki yazılı koşullar gereğince feshedilmediği anlaşıldığından, kar mahrumiyeti hesabının BK'nun 325. maddesindeki kesinti yöntemine göre yapılması gerekmektedir. Bu maddedeki yönteme göre eserin bedelinden, yüklenicinin işi tamamlamaması dolayısıyla sağladığı tasarruf (örneğin, malzeme ve personel giderlerinden tasarruf ettiği miktar) ile boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kar ve böyle bir iş bulmaktan kasten kaçınırsa kazanacağı miktar toplamları düşülerek, yüklenicinin iş sahibinden isteyeceği ödence miktarının ortaya çıkarılması gerekmektedir. (...)” (www.kazanci.com).

⁵³⁹ Bu doğrultuda: Kurt, Temerrüt, s. 290; Serozan, Dönme, s. 497; Öz, Dönme, s. 142; Öz, İnşaat, s. 199; Şahin, Teslim Borcu, s. 275; Yener, Arsa Payı, s. 94.

⁵⁴⁰ Kurt, Temerrüt, s. 290.

dönmenin geleceğe ilişkin sonucudur. İkinci olarak ise, iki taraf bakımından da hali hazırda ifa etmiş oldukları edimleri karşılıklı olarak iade etme yükümlülüğü doğar. Bu da, dönmenin geçmişe yönelik sonucudur. Ancak bu iade taleplerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tartışmaların esasını oluşturan görüşlerin değerlendirilmesi dönmenin hukuki sonuçlarının tespiti bakımından oldukça önemlidir⁵⁴¹.

3.3.2.2. Dönmenin Hukuki Niteliğine İlişkin İleri Sürülen Görüşler

3.3.2.2.1. Klasik Dönme Görüşü

Tarih açısından en eski görüş olan klasik dönme görüşü doktrinde hakim durumdadır⁵⁴². Bu görüşe göre sözleşme, kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁵⁴³. Bu halde artık ifa istenemeyeceği gibi yerine getirilmiş edimler de hukuki sebepten yoksun kaldıklarından iadesi gerekecektir. Bu noktada yerine getirilmiş edimler açısından, edimin aynen iadesi mümkün değilse sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır⁵⁴⁴. İade taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresi de TBK'na göre dönme beyanının muhataba ulaşmasından itibaren 2 yıl olacaktır.

Klasik görüştekiler kendi içinde ikiye ayrılmış durumdadırlar. *Sebepsiz zenginleşme görüşünü* savunanlara göre, sözleşmeden dönme borçlandırıcı işlemi ortadan kaldırır ancak borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik yapılmış olan tasarruf

⁵⁴¹ Buz, Dönme, s. 164 vd.; Kurt, Temerrüt, s. 291; Şahin, Teslim Borcu, s. 276; Yener, Arsa Payı, s. 109; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 115 vd.; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 122; Serozan, Dönme, s. 59 vd. ; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 532 vd.

⁵⁴² Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 951; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 415; Dirican, Cezai Şart, s. 61; Şahin, Teslim Borcu, s. 276; Karataş, İnşaat, s. 453; Bilge, İnşaat, s. 18.

⁵⁴³ Kurt, Temerrüt, s. 292; Şahin, Teslim Borcu, s. 276-277; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 412; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 103; Yener, Arsa Payı, s. 109-110; Buz, Dönme, s. 118; Serozan, Dönme, s. 60; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 115; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 532; Bilge, İnşaat, s. 18.

⁵⁴⁴ Şahin, Teslim Borcu, s. 277; Öz, Dönme, s. 238 vd.; Yener, Arsa Payı, s. 110; Buz, Dönme, s. 119; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 487; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 115; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 340; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 122; Bilge, İnşaat, s. 19.

işlemleri üzerinde etkili değildir. Bu sebeple dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemleri ile kazanılan aynı haklar kendiliğinden bu hakkı devreden tarafa geri dönmez. Tarafların önceden geçerli olarak ifa ettikleri ancak artık sebebi sona eren edimlerin iadesine ilişkin talepleri, aynı değil, şahsi taleplerdir⁵⁴⁵.

Klasik görüş içerisinde yer alan *ayni etkili dönme görüşüne* göre ise, sebebe bağlı (illî) olan tasarruf işleminin sözleşmeden dönme üzerine geçmişe etkili olarak hükümsüz hale geleceği ve ifa edilen edimlerin iadesinin aynı hakka dayanacağı ileri sürülmektedir⁵⁴⁶. Bu bağlamda sebepten soyut (illetten mücerret) tasarruf işlemleri dönme üzerine sebepsiz zenginleşme niteliği kazanırken, sebebe bağlı tasarruf işlemleri ise dönme ile beraber geçersiz hale gelir⁵⁴⁷. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeden dönülünce o ana kadar yükleniciye devredilmiş olan arsa payları açısından tescil yolsuz hale gelmiş sayılacaktır. Yolsuz tescilin düzeltilmesi de herhangi bir süreye tabi olmayan tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile talep edilebilecektir⁵⁴⁸. İade yükümünde eşyadan elde edilen yararlar ile eşyaya yapılan masrafların hukuki durumu ise temel olarak haksız zilyedin iade durumunu düzenleyen TMK m. 993 vd. hükümlerine göre belirlenecektir⁵⁴⁹.

3.3.2.2.2. Kanuni Borç İlişkisi Görüşü

Bu görüşe göre sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi ortadan kalkmakta fakat taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanuni bir borç ilişkisi meydana

⁵⁴⁵ Kurt, Temerrüt, s. 292; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 415; Karataş, İnşaat, s. 453; Şahin, Teslim Borcu, s. 277; Dirican, Cezai Şart, s. 61; Yener, Arsa Payı, s. 110; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 107; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 384; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 532; Bilge, İnşaat, s. 19.

⁵⁴⁶ Buz, Dönme, s. 121-140; Öz, Dönme, s. 40; Ayan, Temerrüt, s. 269; Bilge, İnşaat, s. 20; Kurt, Temerrüt, s. 293; Şahin, Teslim Borcu, s. 279; Yener, Arsa Payı, s. 113; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 533.

⁵⁴⁷ Ayan, Temerrüt, s. 267; Şahin, Teslim Borcu, s. 279; Buz, Dönme, s. 121-122; Yener, Arsa Payı, s. 113.

⁵⁴⁸ Ayan, Temerrüt, s. 267; Şahin, Teslim Borcu, s. 279; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 413; Öz, Dönme, s. 241; Kurt, Temerrüt, s. 293-294; Buz, Dönme, s. 172-173; Yener, Arsa Payı, s. 113; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 533; Bilge, İnşaat, s. 20.

⁵⁴⁹ Buz, Dönme, s. 223-231; Kurt, Temerrüt, s. 294.

gelmektedir⁵⁵⁰. Bu nedenle iade talebinin sebepsiz zenginleşmedeki kısa zamanaşımı süresine değil, TBK m. 146 (eBK m. 125)'deki iade borcunun doğduğu andan itibaren on yıllık zamanaşımına tabi olması gerektiği ifade edilmiştir. İadenin kapsamı ise TBK m. 79-80 (eBK m. 63-65) bağlamında sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kıyasen belirlenir⁵⁵¹.

3.3.2.2.3. Yeni Dönme (Dönüşüm) Görüşü

Türk doktrininde çok sayıda yazar tarafından benimsenen dönüşüm görüşüne göre⁵⁵², sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi ortadan kalkmaz; sadece içerik değiştirip tasfiye ilişkisine dönüşür. Sözleşmeden döndükten sonra sözleşmenin konusunu, dönmeden önce edinilen edimleri iade etme, yani geri verme borçları oluşturur⁵⁵³.

Bu görüşe göre, dönülen sözleşme ilişkisi içerik değiştirerek devam ettiğinden, dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemleri ve bu işlemlerle kazanılan aynı haklar geçerlidir⁵⁵⁴. Bu yüzden, aynı etkili dönme görüşünün aksine kazanılan aynı hakların, dönme üzerine bunları devreden kişiye dönmesi söz konusu olmaz. Taraflar tasfiye ilişkisi çerçevesinde, kazandıkları edimleri iade borcu altına girerler. İadeyi talep hakkı ise aynı değil, şahsi bir

⁵⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1295; Kurt, Temerrüt, s. 293; Şahin, Teslim Borcu, s. 279-280; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 78-79; Buz, Dönme, s. 121; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 532-533.; Bilge, İnşaat, s. 20.

⁵⁵¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1295; Kurt, Temerrüt, s. 293; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 79; Buz, Dönme, s. 121; Yener, Arsa Payı, s. 112; Şahin, Teslim Borcu, s. 280; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 106; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 533; Bilge, İnşaat, s. 21.

⁵⁵² Eren, Genel Hükümler, s. 1122; Kurt, Temerrüt, s. 294; Serozan, Dönme, s. 73 vd. ; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77; Havutçu, Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 66; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 533; İhsan M. Darende, “**Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkisi**”, s. 5-6.

⁵⁵³ Eren, Genel Hükümler, s. 1122; Kurt, Temerrüt, s. 294; Şahin, Teslim Borcu, s. 280; Serozan, Dönme, s. 95; Buz, Dönme, s. 123; Yener, Arsa Payı, s. 112; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 533.

⁵⁵⁴ Kurt, Temerrüt, s. 294; Serozan, Dönme, s. 91; Serozan, İfa, s. 235; Buz, Dönme, s. 123; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 533; Bilge, İnşaat, s. 22; Darende, Sözleşmeden Dönme, s. 6.

taleptir⁵⁵⁵. Devredilen hak, eski sahibine ancak, devralanın iade borcunu yerine getirmesiyle döner. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, devralanın iadeye yanaşmaması durumunda, devreden, açacağı tescile zorlama davası (TMK m. 716) sonucunda mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verildiği anda mülkiyet hakkını tekrar kazanır⁵⁵⁶.

Bu görüş uyarınca, TBK m. 125/III (eBK m. 108)'den doğan tüm talepler dönülen sözleşmeden doğmaktadır ve iade talepleri ile menfi tazminat talebi TBK m. 146 (e BK m.125)'de düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Masraflardan sorumluluk açısından TBK m. 80 (eBK m. 64)'ün kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁵⁷.

3.3.2.2.4. Yargıtay'ın Uygulaması

Yargıtay klasik teoriyi yani sözleşmeden dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmektedir⁵⁵⁸. Genel manada eser sözleşmeleri açısından sebepsiz zenginleşme ve bazen de kanuni borç ilişkisi görüşünü kabul eden Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından son yıllardaki kararlarında, dönme sonucunda önceden yükleniciye devredilen taşınmaz mülkiyetinin kendiliğinden eski malike (arsa sahibine) döneceğini belirtmektedir. Yargıtay bu

⁵⁵⁵ Kurt, Temerrüt, s. 295; Serozan, Dönme, s. 95; Buz, Dönme, s. 123; Yener, Arsa Payı, s. 112; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 534; Darende, Sözleşmeden Dönme, s. 8-9.

⁵⁵⁶ Kurt, Temerrüt, s. 295; Serozan, Dönme, s. 95; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 534.

⁵⁵⁷ Kurt, Temerrüt, s. 295; Eren, Genel Hükümler, s. 1123; Yener, Arsa Payı, s. 112.

⁵⁵⁸ Örneğin, Yargıtay 13. HD. 03.02.1981 T., 1981/7134/E. 1981/692 K.: “(...) Sözleşmeden dönmekle bu sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmıştır. Dönme hakkı bozucu yenilik doğuran haklardandır. Gerçekten bu hakkın (yetkinin) kullanılması, var olan bir hukuksal ilişkiyi ortadan kaldırır. (...)” (Karahasan, Ö.B.İ. C.II, s. 539, dn. 138); Yargıtay 15. HD. 23.11.1978 T. 2225/2227: “(...) Sözleşmeden dönme (fesihi) ile sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. (...)” (Karahasan, Ö.B.İ. C.II, s. 905); “(...) Sözleşme bozulduğuna göre, sözleşme hiç yapılmamış sayılır ve bütün borç ilişkileri ortadan kalkar. (...)” (Buz, Dönme, s. 130, dn. 49).

yönüyle inceleme konumuz olan sözleşme açısından, “ayni etkili dönme” görüşü çerçevesinde bir uygulamaya sahiptir⁵⁵⁹.

3.3.2.2.5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

TBK m. 125/III'deki düzenlemeye göre taraflar, dönme anından itibaren karşılıklı ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Dönme beyanı ile sözleşme ilişkisi kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacaktır. Taraflar sözleşmeden önceki durumlarına geri döneceklerdir. Bu bağlamda, dönüşüm teorisi öncelikle, sözleşmeden dönme kavramının anlamına ters düşmektedir. Zira, dönüşüm görüşü kabul edilirse, sözleşme dönme ile sona ermiş olmayacak, aksine iade yükümlülükleri açısından içerik değiştiren sözleşmeye uygun olarak ifanın gerçekleştirilmesi gerekecektir. Klasik dönme görüşünü savunan yazarlara göre yeni dönme kuramı, iade borcuna dönüşme imkanı olmayan edim borçlarının iade akıbetinin ne olacağını tam olarak ortaya koyamamaktadır⁵⁶⁰. Alacaklının dönme hakkını kullanmasından sonra, dönüşüm görüşünce ifade edilen, sözleşmenin tasfiye amacıyla varlığını devam ettireceği görüşüne katılmak da mümkün değildir. Zira dönülen sözleşmede, edimlerin iadesinin sağlanması için tarafların bu hususta karşılıklı olarak anlaşmaları gerekir⁵⁶¹. Halbuki sözleşmeden dönme ile dönme hakkını kullanan taraf sözleşmenin sona ermesini açık bir şekilde

⁵⁵⁹ Örneğin, Yargıtay 15. HD. 21.04.1993 T., 1993/3812/E. 1993/1871 K.: “(...) fesih sonucu, sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması nedeniyle yanların birbirlerine verdiklerini geri istemek hakkının bulunduğu, BK m. 108 açıklık ve seçiklikle öngörür. Geri vermenin kapsamı ise, nedensiz zenginleşme çevresinde saptanmak gerekir. (...) Yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin istemiyle sözleşmenin geriye dönük feshi sonucu arsanın eski malikine döneceği (...)” Kararın tam metni için bkz. Karahasan, Ö.B.İ. C.II, s. 718-719; Yargıtay 15. HD. 24.06.1998 T., 2147 E./2779 K.: “(...) Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu tapu payları, BK 108/1 uyarınca, talep halinde arsa sahibine geri döner. (...)” Kararın tam metni için bkz. Karataş, İnşaat, s. 397, dn. 33; Yargıtay 15.11.1993 T., 1993/6469 E., 1993/4599 K. için bkz. Karahasan, Ö.B.İ. C.II, s. 719-720; Yargıtay 15. HD. 10.03.2003 T., 492 E./1252 K.: “(...) Arsa sahipleri ise; gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse sözleşme ifa ile bitmedğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak, bu tapuların iadesini (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) talep edebilir. (...)”, Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 135.

⁵⁶⁰ Şahin, Teslim Borcu, s. 281; Öz, Dönme, s. 39. Yeni dönme teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz: Serozan, Dönme, s. 68 vd. Bu teori hakkındaki eleştiriler için bkz. Buz, Dönme, s. 135-151.

⁵⁶¹ Buz, Dönme, s. 134.

istemektedir. Dönüşüm teorisini savunan bazı yazarlar, iade alacaklısının, iade borçlusunun iade konusu şeye yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları TBK m.80 hükmüne kıyasen tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Ancak, kıyasen de olsa, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulandığı bir hukuki ilişkiyi, sözleşme ilişkisi olarak nitelendirmek mümkün değildir⁵⁶².

Kanuni borç ilişkisi görüşünün de yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Zira, burada bir varsayımdan hareket edilmektedir. Bu görüşe göre dönme üzerine tarafların aldıklarını iade etmeleri hususunda anlaşmaya vardıkları yönünde bir esas kabul edilmektedir. Ancak, esasen ne borçlunun ne de alacaklının böyle bir mutabakatı bulunmamaktadır⁵⁶³. Bozucu yenilik doğuran bir hak olan dönme ile sözleşme ilişkisi ortadan kalkmakta ve aradaki münasebet sonlanmaktadır. Bu bakımdan taraflar arasında farazî bir mutabakatın olduğunu söylemek zorlama bir yorumun sonucudur.

Sonuç olarak, klasik görüş içerisinde yer alan “ayni etkili dönme görüşünün” yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira, kanun sistematığına göre, sözleşmeden dönme kavramı ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve o sözleşme hiç kurulmamış kabul edilmektedir. Ayrıca sözleşmeden dönme üzerine sebebe bağlı olan tasarruf işleminin geçmişe etkili olarak hükümsüz hale geleceği ve ifa edilen edimlerin iadesinin aynı hakka dayanacağı düşüncesi diğer görüşlere nazaran daha adil bir çözüm yaratmaktadır.

⁵⁶² Buz, Dönme, s. 138.

⁵⁶³ Şahin, Teslim Borcu, s. 282; Buz, Dönme, s. 134; Ayan, Temerrüt, s. 270.

3.3.2.3. Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Üzerine Oluşan Durum

3.3.2.3.1. İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi

Sözleşmeden dönme ile tarafların henüz ifa etmedikleri borçları karşılıklı olarak ortadan kalkar (TBK m. 125/III). Bu durumda, sözleşmeden dönme ile birlikte, iş / arsa sahibi henüz devretmediği arsa paylarını yükleniciye devretme borcundan kurtulur; yüklenicinin de inşaatı meydana getirme ve bağımsız bölümleri iş sahibine teslim borcu sona erer⁵⁶⁴. İş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce yüklenicinin arsa payı biçimindeki bedel alacağını şekle uygun olarak üçüncü kişiye devretmiş olduğu durum için, iş sahibi devredilen alacağın dönme yüzünden ortadan kalktığını, böyle bir borcu bulunmadığını devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir⁵⁶⁵.

3.3.2.3.2. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi

3.3.2.3.2.1. İş Sahibinin İade Borcu (Sorumluluğu)

TBK m. 125/III gereğince sözleşmeden dönülmesi ile birlikte, sözleşmenin tarafları önceden ifa ettikleri şeylerin iadesini isteme hakkına sahiptir⁵⁶⁶. Edimler

⁵⁶⁴ Buz, Dönme, s. 154; Ayan, Temerrüt, s. 254; Şahin, Teslim Borcu, s. 282; Öz, Dönme, s. 31; Kurt, Temerrüt, s. 304; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 531; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 428; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 114; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 217; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 340.

⁵⁶⁵ Ayan, Temerrüt, s. 254-255; Şahin, Teslim Borcu, s. 283; Yener, Arsa Payı, s. 126 vd.; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 414; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 380.

⁵⁶⁶ Kurt, Temerrüt, s. 304-305; Şahin, Teslim Borcu, s. 283; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 340; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 535.

kural olarak aynen iade edilir. Ancak, inşaatın sökülüp iadesi mümkün olamayacağından değer iadesi söz konusu olur⁵⁶⁷.

AYAN'a göre⁵⁶⁸ iş / arsa sahibinin iade borcunun kapsamı belirlenirken öncelikle sözleşmeden dönme tarihi itibarıyla yükleniciye isabet edecek olan bağımsız bölümlerin veya arsa paylarının mevcut tamamlanmamış halleriyle taşıdığı piyasa değerinin belirlenmesi gerekir. Bu tutar iş sahibinin toplam bedel borcudur. Daha sonra işin toplam işe nazaran tamamlanma oranı belirlenerek, bu tamamlanma oranı toplam bedel borcuna uygulanmak suretiyle iş sahibinin iade borcu bulunmalıdır. Buna göre örneğin; yükleniciye bırakılması kararlaştırılan tüm bağımsız bölümlerin tamamlanmamış halleriyle arz ettiği piyasa değeri 50.000 TL, inşaatın tamamlanma oranı da %10 ise, iş sahibinin iade borcu 5.000 TL'dir.

Kanımızca, Yazar'ın sözleşmeden dönme bakımından benimsediği bu sonuç uygulandığında doğacak sonucun, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde söz konusu olacak durumdan pek farkı kalmayacaktır. Zira, ileriye etkili feshin aksine, sözleşmeden dönüldüğünde dönme anına kadar ifa edilmiş edimlerin geçerliliğini koruması ve bu itibarla yüklenicinin yaptığı kısım ile orantılı ücret alması söz konusu olmaz. İş sahibi sözleşmeden döndüğünde, iş sahibinin arsasında yapımına başlanan ancak tamamlanmayan inşaatın objektif değeri, sözleşmenin tasfiyesi gereği ifa edilen edimlerin iadesi amaçlanarak yükleniciye verilmektedir. Ayrıca, AYAN'ın görüşü kabul edildiğinde iş sahibi sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetseydi bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma sokulmaktadır. Zira, ileriye etkili fesih halinde iş sahibi yükleniciden, genel olarak menfi zarar tazminatından daha fazla olan müspet zarar tazminatı talep edebilecektir. Ancak AYAN'ın görüşü uyarınca sözleşmeyi geriye etkili olarak fesheden iş sahibi, hem yükleniciye yaptığı kısım ile orantılı arsa payı değeri vermek zorunda kalacak hem de müspet zarara göre

⁵⁶⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 284; Ayan, Temerrüt, s. 257; Kurt, Temerrüt, s. 309; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 340; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 538.

⁵⁶⁸ Ayan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönüldüğünde de yükleniciye yaptığı kısmın imalat bedelinin değil, yaptığı kısım ile orantılı ücretin verilmesi gerektiği görüşündedir. (Ayan, Temerrüt, s. 265).

genelde daha düşük olan menfi zararlarla yetinmek durumunda kalacaktır. Böyle bir durumda KURT'un da belirttiği üzere⁵⁶⁹, borcunu ihlâl ederek sözleşmeden dönülmesine sebebiyet vermiş yüklenicinin menfaatlerinin, herhangi bir borca aykırılıkta bulunmamış iş sahibinin menfaatlerine nazaran çıkarlar dengesini bozar şekilde gereğinden fazla korunması söz konusu olur. Diğer yandan böyle bir çözüm yöntemi, ileriye etkili fesihle olduğu gibi, mevcut edimin geçerliliğini koruması dolayısıyla kısmi ifa anlamına gelecek bir durum da yaratır.

Fikrimizce iş sahibi tarafından yükleniciye verilmesi gereken tutar, tamamlanmamış inşaatın mevcut halinin yapım değeri, diğer bir deyişle bu eksik yapının imalat bedelidir⁵⁷⁰. Yükleniciye verilmesi gereken yapım değerine, proje, ruhsat, kazı, nakliye giderleri, işçilik ücretleri ve malzeme masrafları dahildir⁵⁷¹. Yükleniciye verilecek olan edimin objektif değerinin içinde, yüklenicinin kârı, yaptığı işle orantılı olarak dahi yer almaz. Zira, yüklenicinin yaptığı işle orantılı olacak şekilde kâr marjına da sahip olması, onun ifada bulunduğu takdirde hak kazanabileceği, sözleşmenin ifasına ilişkin bir menfaattir. Oysa sözleşmeden dönme, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi tarafların bulunacağı durumu yani tarafların ifaya ilişkin menfaatlerini sağlamayı değil, tarafları sözleşme öncesi buldukları duruma döndürmeyi hedefler. Bu bakımdan, yükleniciye yaptığı kısım ile orantılı olarak arsa payı yahut bedeli verilmesi sözleşmeden dönmeye değil ancak ileriye etkili fesih durumunda söz konusu olabilir.

⁵⁶⁹ Kurt, Temerrüt, s. 312-313. Aynı görüşte: Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 538-539.

⁵⁷⁰ Kurt, Temerrüt, s. 311; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 539; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 78; Öz, İnşaat, s. 151; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 81; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 407. Bu yönde Yargıtay 15. HD. 19.12.2005 T., 2004/7707 E. 2005/6899-6924 K.: “(...) Fesih sonucu işin tasfiyesi gerekeğinden davacı yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava tarihi itibarıyla gerçekleştirdiği arsa sahiplerinin yararlanabileceği ekonomik değeri olan ve malvarlıklarında artış sağlayan imalat bedelini isteyebilir. (...)” (Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 938-939).

⁵⁷¹ Kurt, Temerrüt, s. 311; Öz, İnşaat, s. 151.

İş sahibinin yükleniciye iade etmesi gereken edimin değerinin hesaplanmasında esas alınacak tarih ise sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı tarihtir.

3.3.2.3.2.2. Yüklenicinin İade Borcu (Sorumluluğu)

3.3.2.3.2.2.1. Yüklenicinin İade Borcu (Sorumluluğu)'na İlişkin Görüşler ve Yargıtay Uygulaması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin iade borcunun kapsamı, iş sahibinin dönme anına değin yükleniciye devretmiş olduğu arsa paylarının miktarına göre değişkenlik gösterir. Sık rastlanılmamakla birlikte, sözleşmede, inşaatın tamamlanıp teslimin gerçekleşmesi ile arsa paylarının yükleniciye devredileceği kararlaştırılabilir. Bu durumda inşaat teslim edilmeden, bedel alacağı olarak kararlaştırılan arsa payları yükleniciye devredilmemiş olduğundan, sözleşmeden dönme durumunda yüklenicinin iade borcu da ortaya çıkmaz.

Ancak, sözleşmenin kurulma amaçlarının başında gelen, yükleniciye inşaatı yapmak için finansman sağlamak düşüncesi göz önünde tutularak kurulan sözleşmelerde durum değişmektedir. Bu durumda, iş sahibi henüz inşaat tamamlanmadan arsa paylarını kısmen yahut tamamen yükleniciye devretmektedir. İşte iş sahibi inşaat tamamlanmadan önce, sözleşme gereği yükleniciye kalacak olan arsa paylarının tamamını veya bir kısmını tapuda yüklenici adına tescil etmiş ve fakat inşaat teslim edilmeden de yüklenici temerrüde düşmüş ve iş sahibi de sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa devredilen arsa paylarının iadesinin nasıl olacağı önem taşır⁵⁷². Zira bu durumlarda iş sahibi üçüncü kişilere arsa payı devri yapmış olabilir. Yüklenici de kendisine devredilen arsa paylarının bir kısmını veya tamamını üçüncü kişilere daha inşaat tamamlanmadan devretmiş olabilir. Tüm bu ihtimaller sonucunda

⁵⁷² Kurt, Temerrüt, s. 315; Yener, Arsa Payı, s. 116 vd.

hukuki anlamda karışık ilişkiler ortaya çıkmakta ve çözüm çoğu zaman güçlük arz etmektedir. Bu bakımdan aşağıda, bu ihtimaller dahilinde doktrindeki çözüm yöntemleri ve Yargıtay'ın uygulaması belirtilecek, son olarak da kişisel görüşümüz açıklanacaktır.

Belirtelim ki, böyle bir durumda çözüm yönteminin belirlenmesinde rol oynayan temel unsur, sözleşmeden dönmenin hukuki niteliğine ilişkin yukarıda açıklanan görüşlerden⁵⁷³ hangisinin tercih edileceğidir.

Bu noktada, dönüşüm (yeni dönme) görüşünün kabul edilmesi halinde; sözleşmeden dönme ne borçlandırıcı işlemi, ne de tasarruf işlemini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Bu sebeple, iş sahibinin sözleşmeden dönmeden önce geçerli olarak yükleniciye naklettiği arsa paylarının mülkiyeti sözleşmeden dönme ile birlikte kendiliğinden iş sahibine dönmez⁵⁷⁴. Bu görüş uyarınca sözleşmeden dönen iş sahibi daha önce ifa ettiği edimin iadesini, tasfiye amacına yönelerek mahiyet değiştiren ve halen ayakta kalan sözleşme ilişkisine dayanarak yükleniciden talep edebilir. Bu bağlamda, arsa paylarının iadesi talebi şahsi bir hak olmakta ve iade TMK m. 716 gereğince tescile zorlama davası ile sağlanmaktadır⁵⁷⁵.

Kanuni borç ilişkisinin kabul edilmesi durumunda tarafların iade talepleri doğrudan TBK m. 125'e dayanmaktadır. İade borcunun kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümlerine kıyasen belirlenir. Ancak dönme üzerine açılacak iade davası sözleşmeden doğduğu için TBK m. 146'da öngörülen on yıllık zamanaşımına tabi olmaktadır⁵⁷⁶. Sonuç olarak bu görüş kabul edildiğinde, sebepsiz zenginleşmenin

⁵⁷³ bkz. s. 182-185.

⁵⁷⁴ Kurt, Temerrüt, s. 315; Serozan, Dönme, s. 91; Yener, Arsa Payı, s. 112-113; Öz, İnşaat, s. 150; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 541.

⁵⁷⁵ Kurt, Temerrüt, s. 315-316; Serozan, Dönme, s. 94-95; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 78; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 541.

⁵⁷⁶ Yener, Arsa Payı, s. 112; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 106; Öz, Dönme, s. 35-36; Buz, Dönme, s. 120; Kurt, Temerrüt, s. 293; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 533.

iadesi talebine dayanan TMK m. 716'daki "tescile zorlama davası" ile yüklenicinin iade borcu belirlenecektir⁵⁷⁷.

Sebepsiz zenginleşme görüşü uyarınca ise, tarafların TBK m. 125/III'e göre sahip oldukları iade talepleri TBK m. 82/I'deki iki yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Yüklenicinin iade borcu TMK m. 716'daki "tescile zorlama davası" ile yerine getirilecektir.

Son olarak, aynı etkili dönme görüşüne göre, tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı (illî) olmasından ötürü, sözleşmeden dönme ile borçlandırıcı işlem ortadan kalkar ve buna bağlı olarak yapılmış tasarruf işlemleri de geçersiz hale gelir. Bu sebeple, dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı haklar devralana hiç geçmemiştir. Sözleşmeden dönmeden önce mülkiyeti yükleniciye geçirilmiş arsa paylarının iadesi, yolsuz hale gelen tescilin düzeltilmesini sağlayan TMK m. 1025'deki "tapu kaydının düzeltilmesi davası" ile sağlanır⁵⁷⁸.

Yargıtay ise birçok kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden döndükten sonra tarafların birbirine yönelttiği iade taleplerini sebepsiz zenginleşmenin iadesi olarak değerlendirmiştir. Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre aynı haklar sözleşmeden dönmeden etkilenmeyeceğinden, devredilen arsa paylarının mülkiyeti kendiliğinden iş sahibine dönmez. Sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebine yönelik olarak "tescile zorlama davası" açılması gerekir (TMK m. 716)⁵⁷⁹. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay, iş sahibinin başlangıçta tapuda yükleniciye

⁵⁷⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 280; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1295.

⁵⁷⁸ Öz, Dönme, s. 240-241; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 413; Kurt, Temerrüt, s. 293-294; Buz, Dönme, s. 172-173; Ayan, Temerrüt, s. 267; Şahin, Teslim Borcu, s. 279; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 533.

⁵⁷⁹ Örneğin, Yargıtay 15. HD., 06.11.2003 T., 1884 E./5280 K.: "(...) Tasfiyeden amaç; şayet yüklenicinin arsa sahiplerinin malvarlığına geçirdiği bir değer varsa, bunun iadesinin sağlanması (somut olayda yapılan inşaat bedeli) buna karşılık arsa sahipleri de yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse bunların saptanarak arsa sahiplerine geri verilmesinin teminidir. Zira iş tasfiyeyle sonuçlanacağından bunlar karşı tarafın malvarlığında kaldığı sürece sebepsiz zenginleşmeye neden olur. (...)" (Karataş, İnşaat, s. 471, dn. 20).

yaptığı arsa payları devirlerini “avans” olarak nitelendirmekte ve yüklenicinin ancak edimini ifa ettiği takdirde mülkiyete hak kazanacağına hükmetmektedir. Yargıtay, bunun sonucu olarak da sözleşmeden dönen iş sahiplerinin iadeye yönelik açmış oldukları “yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarını” kabul etmektedir⁵⁸⁰.

3.3.2.3.2.2. Yüklenicinin İade Borcunun (Sorumluluğunun)

Kapsamının Belirlenmesinde Kabul Edilen Görüşlerin

Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Sözleşmeden dönmenin borç ilişkisini sona erdirmediğini belirterek, sözleşmedeki edim borçlarının tersyüz edilmesi sonucu, dönme ile birlikte tasfiye ilişkisinin başladığını kabul eden “yeni dönme (dönüşüm) görüşüne”, dönmenin sözleşme üzerindeki etkisinin sözleşmenin sanki hiç meydana gelmemişçesine geçmişe etkili olarak ortadan kalkması olduğunu benimsediğimizden dolayı katılmıyoruz⁵⁸¹.

Dönme üzerine, sözleşme ile kurulmuş olan borç ilişkisinin ortadan kalktığını fakat tasfiyeye yönelik kanundan doğan bir borç ilişkisinin oluştuğunu öne süren “kanuni borç ilişkisi görüşü” ise, ‘ tarafların aldıklarını iade etmeleri hususunda bir anlaşmaya vardıkları’ varsayımından hareket etmesinden mütevellit zorlama bir yorum teşkil etmektedir. Ayrıca, iade taleplerinin dayanağı kanun olarak gösterildikten sonra, iade borcunun sözleşmeden doğduğunun kabulü durumu çelişki arz etmektedir. Zira, kanun ve sözleşme farklı borç kaynaklarıdır⁵⁸².

“Sebepsiz zenginleşme görüşüne” de, ÖZ’ün bu görüşe eleştirisine paralel olarak; dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması fakat arsa

⁵⁸⁰ Örneğin, Yargıtay 15. HD.’nin 10.03.2003 T., 2003/492 E. 2003/152 K. için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 879; Yargıtay 15. HD.’nin 04.12.2006 T., 2006/13714 E. 2006/14348 K. için bkz. Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 951.

⁵⁸¹ Dönüşüm (yeni dönme) teorisinin detaylı eleştirisi için bkz. Buz, Dönme, s. 135-151.

⁵⁸² Borçların kaynakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 8.

payının iş sahibine kendiliğinden dönmemesi durumunun, aynı tasarruf işlemlerinin sebebinin geçerliliğini koruması gibi bir anlam taşımasından ötürü katılamıyoruz. Zira, başlangıçtan beri yok kabul edilen bir sözleşmenin tescile sebep oluşturma bakımından var kabul edilmesi ve arsa payının iadesi için tescile zorlama davasının açılmasının gerekmesi çelişki yaratmaktadır⁵⁸³.

Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iade borcunun kapsamı bakımından aynı etkili dönme görüşünün benimsenmesi yerindedir. ÖZ'ün belirttiği üzere, sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve yüklenicinin lehine tescilin yapıldığı an için ortada bir sözleşme bulunmamaktadır⁵⁸⁴. Dolayısıyla, yükleniciye taşınmaz mülkiyeti kazandıran tescil geçerli bir hukuki sebebe dayanmamaktadır. TMK m. 1024 uyarınca “sebebe bağlı” olduğu tartışmasız olan taşınmaz mülkiyeti geçiren tescil, dönme işlemi üzerine başlangıçtan itibaren yolsuz sayılmalıdır. Bunun sonucu olarak da yüklenici, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine şekli tescile rağmen, hiçbir an için arsa payı üzerinde mülkiyet kazanamamış duruma düşecektir. İş sahibinin de zaten hiç kaybetmemiş sayılacağı arsa payının kendisine ait olduğunu belirlemesi için “yolsuz tescilin düzeltilmesi davası” açması yeterli olacaktır.

Sözleşmeden dönme ile, dönülen sözleşme gereği daha önce yapılan tasarruf işlemleri bakımından da geçmişe etkili sonuçlar doğacağına kabul edilmesi halinde, ticari işlem güvenliğinin zedeleneceği, alış-veriş hayatının alt üst olacağı gibi iddialar gerçeği yansıtmamaktadır. Zira hukukumuzda iyi niyeti koruyan hükümlerin varlığı sebebiyle, iade konusu edimi iyi niyetle kazanan kişilerin kazanımları korunacak ve ticari işlem güvenliği herhangi bir şekilde etkilenmeyecektir⁵⁸⁵.

⁵⁸³ Öz, Dönme, s. 39-40, 241.

⁵⁸⁴ Öz, Dönme, s. 240-241.

⁵⁸⁵ Buz, Dönme, s. 141.

3.3.2.3.2.3. İade Konusu Arsa Paylarının İş Sahibine Devri Ediminin İmkansızlaşması

Dönme ile birlikte sözleşmenin kurulmasından önceki durumu yeniden sağlamaya yönelik amacın gerçekleşmesi, iade konusu edimin sözleşmenin kurulması anındaki haliyle iade edilmesinin mümkün olmaması halinde güçlük arz eder⁵⁸⁶.

Doktrinde, iade konusu edimin imkansızlaşması sorunu, söz konusu edimin imkansızlığının çıktığı ana göre, yani iadesi gereken maddi edimin dönme hakkının kullanılmasından önce mi yoksa sonra mı imkansızlaştığına göre ikili bir tasnife tabi tutulmaktadır⁵⁸⁷. Dönme bildiriminden önce iade konusu edimin imkansızlaşması halinde iade borcunun kapsamı tespit edilirken iki ihtimal söz konusu olabilir. İhtimallerden biri; iade borçlusunu imkansızlıktan sorumlu tutmak yönüyle diğeri ise iade borcundan kurtulmasıdır⁵⁸⁸. Bu iki ihtimalden hangisinin tercih edileceği, dönme halinde iade hasarına ve imkansızlığa kimin katlanacağı sorusuna cevap teşkil eder.

Dönme beyanına kadar iade konusu maddi edimin maliki olan iade borçlusu, bu mülkiyet hakkına dayanarak, iade konusu edimi dilediği gibi kullanabilir. Bu kapsamda yüklenici inşaat daha teslim edilmeden iş sahibi tarafından kendisine devredilmiş olan arsa payını başkasına satabilir yahut bağışlayabilir⁵⁸⁹. Bu hukuki işlemlerin yapılmasından sonra sözleşmeden dönülmesi durumunda ortaya çıkacak olan edimin iadesinin imkansızlığına iade borçlusu katlanmalıdır. Zira edim konusu, iade borçlusunun kontrolü altında imkansızlığa uğramıştır. Katıldığımız görüş uyarınca iadenin kapsamı bakımından TMK m. 993-995 hükümleri

⁵⁸⁶ Buz, Dönme, s. 173-174.

⁵⁸⁷ Kurt, Temerrüt, s. 319; Buz, Dönme, s. 175-176; Eren, Genel Hükümler, s. 1123.

⁵⁸⁸ Buz, Dönme, s. 188.

⁵⁸⁹ Buz, Dönme, s. 188-189.

uygulanacaktır⁵⁹⁰. Bu hükümler, haksız zilyedin iyi niyetli ve kötü niyetli olmasına göre iade borcunun kapsamını farklı düzenlemiştir. İade borçlusu, dönme beyanına kadar kural olarak iyi niyetli sayılacağından, iade borcunun kapsamı bakımından iyi niyetli haksız zilyedin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 993 hükmü uygulanır. Bu hükme göre, iyi niyetli haksız zilyet iade konusu şeyi varlığına inandığı hakka uygun kullanması sonucu, iade talebinde bulunan şahsa karşı herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmadığı gibi, şeyin yok olmasından veya hasara uğramasından da sorumlu değildir. İade borçlusunun iade konusu arsa paylarını iyi niyetli üçüncü kişiye tapuda devretmesi üzerine, iade ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir⁵⁹¹. Bu takdirde, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun kapsamını düzenleyen TBK m. 79/I uygulama alanı bulacak ve iade konusu şey iade anında hangi durumda bulunuyorsa, borçlu onu o haliyle iade alacaklısına vermekle yükümlülüğünden kurtulacaktır. Bu bakımdan yüklenici iade edeceği arsa payını, iş sahibinin sözleşmeden dönme bildiriminde bulunmasından önce üçüncü kişiye devrettiği durumlarda söz konusu arsa payının değeri oranında iade ile yükümlü olacaktır.

Doktrinde, iade borçlusunu sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade konusu edimin değeri ile sınırlı olarak sorumlu tutmanın mümkün olduğu belirtilmektedir. Örneğin; iyi niyet – kötü niyet ayrımı yapılmadan, tarafları sözleşmeden dönme üzerine birbirlerinden aldıkları edimleri iade ile yükümlü tutan TBK m. 125/III'ün, TBK m. 79/I'e göre özel hüküm niteliği taşıdığı ve bu nedenle iade borçlusunun zenginleşmenin artık mevcut olmadığı savunmasında bulunamayıp, iadesi imkansızlaşan edimin değerini ödemekle yükümlü tutulabileceği söylenmektedir⁵⁹². Temerrüde düşen borçlunun, kendi edimini yerine getirmediği sürece sözleşmeden dönülebileceğini ve iade ile yükümlü olacağını hesaba katmak

⁵⁹⁰ Buz, Dönme, s. 201.

⁵⁹¹ Buz, Dönme, s. 201; Yener, Arsa Payı, s. 119.

⁵⁹² Buz, Dönme, s. 209'dan naklen.

zorunda olduğunu ve bu nedenle iyi niyetli sayılamayacağı için TBK m. 79/I'deki ayrıcalıklı korumadan yararlanamayacağı şeklinde bir görüş de ileri sürülmüştür⁵⁹³.

İmkansızlığın, dönme hakkının kullanılmasından sonra ortaya çıkması halinde ise sorunun çözümünün daha kolay olduğu belirtilmektedir. Zira, dönme hakkının kullanılması ile birlikte iade yükümlülükleri aktüel hale gelmektedir. Böylece iade borçlusunun gerçek anlamda bir kusurunun mevcut olmadığı savunması söz konusu olamayacak ve iyi niyeti koruyan hükümlere dayanarak sorumluluktan kurtulma imkanı da ortadan kalkacaktır⁵⁹⁴. Bu durumda bazı dönüşüm teorisi savunucuları tarafından eBK m. 117 (TBK m. 136)'nın uygulanması önerildiği gibi, diğer bazı dönüşüm ve aynı etkili dönme görüşüne sahip yazarlar ise iade borçlusunun iade konusuna dönme beyanına kadar malik olduğundan hareketle bu süreçte meydana gelecek hasara da iade borçlusunun katlanması gerektiğini düşünmektedirler (casum sentit dominus)⁵⁹⁵.

Tüm bunlarla birlikte, iade imkansızlığının dönme beyanından önce mi yoksa sonra mı ortaya çıktığı ayırımına girmeksizin, iade borçlusunun iadesi imkansızlaşan edimin değeri ile sorumlu olması gerektiği görüşü de ifade edilmiştir⁵⁹⁶.

⁵⁹³ Buz, Dönme, s. 209'dan naklen.

⁵⁹⁴ Buz, Dönme, s. 210; Yener, Arsa Payı, s. 132.

⁵⁹⁵ Buz, Dönme, s. 214-215, dn. 305 ve 306'da belirtilen yazarlar.

⁵⁹⁶ Buz, Dönme, s. 215.

3.3.2.3.3. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişiler Bakımından Sonuçları

3.3.2.3.3.1. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Aynı Hak

Kazanımlarına Etkisi

3.3.2.3.3.1.1. Yeni Dönme (Dönüşüm) Görüşüne Göre

Dönüşüm görüşü kabul edildiğinde, sözleşmeden dönme, dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılmış olan tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemez. Bu görüş uyarınca, yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler ile bu üçüncü kişiden arsa payı devralan diğer kişilerin kazanımları gerçek malikten olmaktadır⁵⁹⁷. Dönüşüm görüşüne göre, bu kimselerin aynı hak kazanımları bakımından iyi niyet araştırılmasının yapılmasına da gerek yoktur. Zira TMK m. 3 anlamında iyi niyet hususu, ancak bir hakkın doğumuna engel bir durum varsa, yani hak geçerli olarak doğmamışsa gündeme gelir. Hak zaten geçerli olarak doğmuşsa, iktisap edenin iyi niyetinin aranmasına gerek yoktur⁵⁹⁸. Daha inşaat tamamlanmadan yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin kazanımları, sözleşmeden dönüldüğünde de korunur. Zira dönüşüm (yeni dönme) görüşüne göre; sözleşmeden dönme üzerine, iş sahibinin devrettiği arsa paylarının iadesini talep hakkı şahsi bir hak olarak kabul edilmektedir. Yüklenici böyle bir durumda arsa paylarının mülkiyetine sahip olmadığından, sözleşmeden dönme üzerine iş sahibinin talep hakkı, devredilen arsa paylarının parasal değerinin iadesinden ibaret olmaktadır. Bu durumda iş sahibi, iade borcuyla yükümlü olmayan yeni malike karşı TMK m. 716'ya dayanarak dava açamaz. İş sahibi zararının tazminini yükleniciden talep edebilir⁵⁹⁹.

Dönüşüm teorisine göre arsa paylarının mülkiyetinin iadesinin üçüncü kişilerden talep edilebilmesi ancak istisnai hallerde mümkün olur. Örneğin; üçüncü

⁵⁹⁷ Kurt, Temerrüt, s. 328; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 546-547; Eren, Genel Hükümler, s. 1122.

⁵⁹⁸ Kurt, Temerrüt, s. 328; Darende, Sözleşmeden Dönme, s. 6.

⁵⁹⁹ Kurt, Temerrüt, s. 328-329; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 322.

kişi aynı hak iktisap ederken iş sahibine zarar verme kastı taşıyorsa; iş sahibi, ahlaka aykırı hareketi ile başkasını kasten zarara uğratan kimse bakımından tazminat yükümlülüğü öngören TBK m. 49/II (eBK m. 41/II) hükmüne dayanarak, üçüncü kişiye doğrudan başvurarak zararını tazmin ettirebilir. Bu durumda iş sahibi, zararın aynen tazminini talep ederek üçüncü şahıstan arsa paylarının iadesini temin edebilir⁶⁰⁰.

3.3.2.3.3.1.2. Aynı Etkili Dönme Görüşüne Göre

Bizim de kabul ettiğimiz *aynı etkili dönme görüşü* uyarınca; taşınmaz mülkiyeti geçiren tescilin TMK m. 1024 hükmü karşısında sebebe bağlı olduğu tartışmasızdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeden dönmeden önce yükleniciye devredilen arsa paylarının iadesi TMK m. 1025'e göre tapu kaydını düzeltilmesi davası ile talep edilebilir⁶⁰¹. Ancak iade borçlusu yüklenicinin, sözleşmeden dönme bildirimini almadan önce iade konusu arsayı iyi niyetli üçüncü bir şahsa satıp devretmesi durumunda iade, yükleniciden yalnız sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir⁶⁰². Bu takdirde, genel görüşe göre iade borçlusu, dönme anına kadar iyi niyetli haksız zilyet sayıldığından, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun kapsamını düzenleyen TBK m. 79/I (eBK m. 63/I) hükmü uyarınca bir talep hakkı söz konusu olacaktır. Bu hükme göre de, yüklenici, iade konusu şey iade anında hangi durumda bulunuyorsa onu o haliyle iş sahibine vermekle iade yükümlülüğünden kurtulacaktır. Ancak irdelediğimiz ihtimalde, yüklenici arsa payını üçüncü kişiye devrettiğinden dolayı iş sahibinin iyi niyetli devralana karşı bir talep hakkı olmayacaktır.

İş / arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinden sonraki aşamada yüklenici tarafından üçüncü kişilere yapılan pay devrinde ise, kural olarak üçüncü kişi iyi

⁶⁰⁰ Serozan, Dönme, s. 569; Kurt, Temerrüt, s. 329.

⁶⁰¹ Kurt, Temerrüt, s. 330.

⁶⁰² Yener, Arsa Payı, s. 118-119.

niyetli sayılmayacağından devir geçersiz olacak ve iş / arsa sahibi yolsuz tescilin düzeltilmesi talebini üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir⁶⁰³.

3.3.2.3.3.1.3. Aynı Etkili Dönme Görüşü Çerçevesinde Farklı Çözüm Arayışları

Doktrinde belirtildiği üzere aynı etkili dönme görüşü uyarınca, iyi niyetli haksız zilyetliğe ilişkin hükümlerin uygulanması sonucu yukarıda belirtilen biçimde bir çözümün yaratılması iş sahibi aleyhine bir eşitsizlik oluşturur⁶⁰⁴. Zira böyle bir uygulama halinde, yapının teslimi gerçekleşmeden önce, yüklenicinin arsa payını başkasına satması TMK m. 993 uyarınca varlığına inandığı hakka uygun bir davranış olmasından ötürü, yüklenici elde ettiği satım bedelini iş sahibine vermekten kaçınabilir⁶⁰⁵. Zira iyi niyetli haksız zilyedin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 993 uyarınca, iyi niyetli haksız zilyet, iade konusu edimi karineyle mevcut hakkına uygun olarak kullanması nedeniyle herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir. Ayrıca, ortaya çıkan kazanın sonuçlarından, şeyin yok olmasından veya hasara uğramasından da sorumlu değildir (TMK m. 993/I). Bu noktada ileri sürülen görüşe göre ise, yüklenicinin bedel iadesinden kaçınmaya yönelik böyle bir savunması geçerli olmamalıdır. İyi niyetli zilyedin kullanma ve yararlanma ayrıcalığı ile elde ettiği menfaatler bakımından sorumsuzluk durumu, eşyanın üçüncü kişilere devri sonucu elde edilen bedeli kapsamaz ve iyi niyetli zilyet malı elden çıkarmaktan sorumlu olmasa da, aldığı bedeli sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iş sahibine iade etme borcu altındadır⁶⁰⁶. Bu durumda ise, eşyayı devreden iyi niyetli zilyet

⁶⁰³ Yener, Arsa Payı, s. 132; Öz, Dönme, s. 260.

⁶⁰⁴ Yener, Arsa Payı, s. 119.

⁶⁰⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, **Eşya Hukuku**, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1978, s. 157 vd.

⁶⁰⁶ Safa Reisoğlu, **Eşya Hukuku: Zilyetlik-Tapu Sicili-Kadastro**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1984, s. 96; Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1984, s. 154; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s. 292; Yener, Arsa Payı, s. 120; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 103.

konumundaki yüklenici, iş sahibinin karşılığın iadesi talebine karşı zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasında bulunabilir⁶⁰⁷.

Bu durumda aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesiyle, dönme halinde iade borçlusu yüklenicinin, zilyetlik ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak kısmen veya tamamen iade borcundan kurtulmasının iş sahibi aleyhine haksızlıklara yol açtığı ifade edilmekte ve bu haksızlıkları bertaraf etmek için çeşitli çözümler önerilmektedir.

Bu çözümlerden birine göre⁶⁰⁸, müdahale zenginleşmesi esası uyarınca eşyanın cevher değerinin iş sahibine tam olarak iade edilmesi gerekir. Bu kapsamda, eşyanın cevher değerine müdahale edilmesi ve bu yolla zenginleşme halinde gerçek hak sahibi müdahale zenginleşmesi niteliğinde bir sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmelidir. Cevher değeri, gerçek hak sahibi olan iş sahibine tahsis edildiğinden, iyi niyetli haksız zilyedin kullanma ve faydalanma hakkının kapsamını aşan kazanımlar gerçek hak sahibine aktarılmalıdır. Arsa payı da cevher değeri teşkil ettiğinden dolayı yüklenici iyi niyetli kabul edilse bile zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasında bulunması mümkün olmayacaktır ve yüklenicinin satış sonrası elde ettiği değer kendisinden tam olarak istenebilecektir.

İfade edildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciden arsa devralan üçüncü kişinin iyi niyetinin kabul edilmesi ve iktisabının korunması halinde, iş / arsa sahibinin üçüncü kişiye karşı bir talep hakkı olmayacaktır. Bu durumda yükleniciye başvuracak olan arsa / iş sahibinin, yüklenicinin iyi niyetli kabul edilmesi ve zenginleşmenin ortadan kalktığı savunması ile adaletsizliğe uğramaması adına önerilen bir diğer çözüm yöntemi⁶⁰⁹ ise, iş sahibinin arsa payı karşılığını menfi tazminat talebine konu edebilmesidir. Buna göre iş sahibi TBK m.

⁶⁰⁷ Yener, Arsa Payı, s. 121.

⁶⁰⁸ Yener, Arsa Payı, s. 121; Özen, İade, s. 171.

⁶⁰⁹ Yener, Arsa Payı, s. 122.

125/III (eBK m. 108/II) uyarınca kendisine tanınan menfi zararı talep etme hakkına dayanarak iade konusu arsa payının değerini talep edebilmelidir. Bu anlamda, iade borçlusu yüklenici TBK m. 79/I (eBK m. 63/I) hükmü uyarınca zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasında bulunsa bile, iadeye konu arsa payının karşılığı, menfi zarar kapsamında değerlendirilecektir. Yargıtay da bu görüşe uygun olarak, iade konusu edimin imkansızlaşması, borçlunun zenginleşmesinin artık mevcut olmadığı ve edimin aynen geri verilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, alacaklının TBK m. 125/III (eBK m. 108/II)'de kendisine tanınan menfi zarar tazminatı kapsamında iade konusu edimin değerini talep edebileceğini belirtmektedir⁶¹⁰. Ancak bu çözüm yöntemi, iade konusu edim karşılığının tazminat olarak talep edilmesi halinde, borçlu yüklenici kusuru ile temerrüde düşmediğini kanıtlayarak tazminat ödemekten kurtulabileceğinden ötürü eleştirilmektedir⁶¹¹.

İade borçlusu yüklenicinin, iadeye konu arsa payını sözleşmeden dönmeden önce üçüncü kişiye devrettiği durumlarda meydana gelen adaletsizliğin önlenmesi için doktrinde bir çözüm yolu daha belirtilmiştir⁶¹². Buna göre “karineyle mevcut hak ve iyi niyet” kavramlarının sözleşmeden dönmenin şartlarına uygun şekilde değerlendirilmesi gerekir. Bu görüşe göre; yüklenicin ‘varlığına inandığı hak’ka dayanabilmesi ve iyi niyetli kabul edilmesi ancak kendi edimlerini yerine getirmesi halinde mümkün olur. Haksız zilyet her zaman için karineyle mevcut hakkını kullandığı iddiasında bulunamamalıdır. TMK m. 993’de kullanılan “karineyle mevcut hakkını uygun şekilde kullanan” ifadesi sorumluluğu ifade ediş bakımından uygun değildir. Zira söz konusu hüküm tapuya kayıtlı olan veya olmayan taşınmazlarda ve taşınırlarda uygulama alanı bulacaktır. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda sicil zilyedi olmayan, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda ise haksız zilyet bakımından karineyle mevcut bir hak yoktur. Bu sebeple hükmün, eski MK m. 906’daki gibi, “kendisinde bulunduğu iyi niyetle inandığı hak” şeklinde

⁶¹⁰ Yargıtay 15. HD.’nin 16.11.1992 T., 1606 E./5313 K. sayılı kararı ve aynı dairenin 22.09.1975 T., 2041 E./3798 K. sayılı kararı için bkz. Buz, Dönme, s. 193, dn. 246.

⁶¹¹ Yener, Arsa Payı, s. 122.

⁶¹² Buz, Dönme, s. 202.

anlaşılması uygun olur⁶¹³. Dönme beyanına kadar kural olarak iyi niyetli sayılan zilyedin iş sahibine karşı sorumluluktan kurtulabilmesi için, arsadan kendisinde bulunduğu iyi niyetle inandığı hakka uygun olarak davranması lazımdır⁶¹⁴. Bu belirleme de, borçlunun iktisabının geçerliliğine ve kalıcılığına duyduğu güvenin korunması kapsamında değerlendirilmelidir. Haksız zilyedin iyi niyetli olması kendi hukuksal konumu hakkında mazur görülebilir bir yanılma içinde olmasıdır⁶¹⁵. Bu yanılmanın mazur görülebilmesi ise TMK m. 3/II uyarınca; haksız zilyedin, hal ve şartların gerekli kıldığı bütün dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi içine düştüğü yanılığdan kurtulamayacak olması ile mümkündür⁶¹⁶. Yüklenici açısından varlığına inanılan hak mülkiyet hakkıdır ancak bu hakkın elde edilebilmesi inşaatın sözleşmede öngörülen şekilde tamamlanıp teslim edilmesine bağlıdır⁶¹⁷. Bu durumda, kendi edimini ifa etmeden arsa payını üçüncü bir kişiye devreden yüklenicinin, varlığına inandığı hakkına uygun hareket ettiği kabul edilmemeli ve devrettiği arsa payı değer karşılığının tamamını iade etmelidir⁶¹⁸.

3.2.2.3.3.1.4. Yargıtay Uygulaması ve Bunun Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın son dönemlerdeki kararlarına⁶¹⁹ göre, yüklenicinin inşaatı tesliminden önce yükleniciye yapılan pay devri avans niteliğindedir. Bu açıdan

⁶¹³ Yener, Arsa Payı, s. 123; Özen, İade, s. 123.

⁶¹⁴ Yener, Arsa Payı, s. 123; Özen, İade, s. 123; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 104-105.

⁶¹⁵ Yener, Arsa Payı, s. 123.

⁶¹⁶ Yener, Arsa Payı, s. 123-124; Özen, İade, s. 103; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 105

⁶¹⁷ Yener, Arsa Payı, s. 124; Buz, Dönme, s. 205.

⁶¹⁸ Yener, Arsa Payı, s. 124.

⁶¹⁹ Yargıtay 15. HD. 27.09.2010 T., 2009/4222 E, 2010/4818 K.: "(...) İnşaat sözleşmesinin yanlarınca geriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshi olduğunda (...) yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi veya kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik avans niteliğinde olup; yüklenici yüklenildiği karşı edimi ifa ettiği oranda 'şahsi hak' elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakları üçüncü kişilere temlik eder. Yüklenici tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmenin de ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı aynı hakka dönüşür. Ancak sözleşmenin geriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi halinde; sözleşmenin taraflarının aldıklarını karşılıklı olarak geri vermesi gerekir. (...) Kaçak ya da inşaat halindeki yapı ile ilgili yükleniciden

yükleniciye devredilen pay kayıtlarının tescili kural olarak aynı haklar sağlamaz. Bu durumda, hukuki sebepten yoksun olarak yapılan tescil yolsuz olmaktadır. Yolsuz olarak yapılan tescili bilen yahut bilmesi gereken üçüncü kişilerin de kendi adlarına yapılan tescile dayanmaları mümkün olmamaktadır⁶²⁰. Yargıtay, söz konusu kararlar ile iade borçlusu yüklenicinin iyi niyetini sınırlayan görüşü üçüncü kişileri de kapsar şekilde uygulamakta ve inşaatın yapım aşamasında yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler bakımından iyi niyetin varlığını kabul etmemektedir⁶²¹.

Yargıtay, yüklenicinin ancak arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi ile arsa paylarına hak kazanacağını belirtmektedir. Bu bağlamda yükleniciye pay devredilmesinin, inşaat yapımı oranında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacını taşıdığı kanaatindedir. Bu

pay iktisap eden üçüncü kişiler Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz. (...)". (YKD 2010/10, s. 1863).

⁶²⁰ Yargıtay 15. HD. 28.09.2010 T., 2009/3593 E., 2010/4847 K.: "(...) yükleniciye kayden temlik olunan tapulu taşınmaz ya da tapulu taşınmaz payları 'avans niteliğinde' olup; bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz. Yüklenici, sözleşme ve yasa hükümlerince fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yüklendiği edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir ve elde ettiği şahsi hakkını da üçüncü kişilere BK'nun 163 ve izleyen maddeleri gereğince devredebilir. Sözleşmenin tamamen ifa ile sonuçlanması ya da sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi durumunda ancak yüklenicinin şahsi hakları aynı hakka dönüşür. (...) Yüklenici şirkete intikal ettirilen pay kayıtlarının tescili yüklenici şirkete kural olarak aynı haklar sağlamaz. (...) Aynı haklar illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması mülkiyet hakkının doğması için geçerli olmayıp ayrıca bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir. (...) İnşaat sözleşmesi geriye etkili şekilde fesih olduğuna göre, Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve 'haksız iktisap kuralları' uyarınca tarafların aldıklarını karşılıklı olarak iade etmesi gerekir. Yüklenici tarafından (...) temlik edilen pay kaydının edinme sebebi, hukuksal dayanaktan yoksun kalmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü gereğince, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı yasal olarak korunur ise de; aynı Yasa'nın 1024. maddesi hükmü gereğince, bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. (...) Yapı, inşaat halinde olduğu ve yüklenici şirket tarafından tamamlanmadan terk edilmiş bulunduğu halde davalı tarafından pay kaydı iktisap olduğundan davalı, iktisabında iyi niyetli kabul edilemez ve Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz. (...)" (YKD 2010/12, s. 2251).

⁶²¹ Yargıtay 15. HD.'nin 21.04.1993 T., 3812 E./1871 K.'na göre: "(...) Bu (temelden) satışlarda alıcılar genelde arsanın yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona devredildiğini bilir ya da bilebilir durumdadırlar. Somut olayda, bağımsız bölüm satın alan kişilerin tapuda davacı (iş sahibi) yararına ipotek olduğunu görmemeleri düşünülemez. (...) Bu nedenle, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin istemiyle sözleşmenin geriye dönük feshi sonucu arsanın eski malikine döneceğini bile bile pay satın alan davalıların iyiniyetinden bahisle olayda yeri olmayan MK'nun 1023. (eMK'nun 931.) maddesine bakılarak kabulü gereken davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. (...)" (Karahasan, Ö.B.İ. C.II, s. 719).

bakımdan devredilen arsa payları, avans niteliğinde geçici bir intikal yaratmaktadır. Ayrıca, Yargıtay'ın uygulamasına göre, yüklenicinin üçüncü kişilere yaptığı pay devri işleminin geçerliliği, arsa sahibine karşı üstlenilen edim olan inşaatın yapılması ve bağımsız bölümlerin teslimi şartına bağlıdır. Yükleniciden teslimden önce bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin de gerekli özeni göstererek bunu öğrenmeleri gerekmektedir, aksi halde iyi niyetli sayılmazlar⁶²².

Yargıtay'ın bu doğrultudaki uygulamayı genişleterek, yüklenicinin doğması muhtemel hakkı üzerine haciz koyduran kişileri, üçüncü kişiden pay devralan kişileri ve hatta yüklenicinin arsa / iş sahibinin vekili olarak arsa payı devrettiği hallerde devralan üçüncü kişileri de kapsar şekilde mülkiyetin geçmediği sonucuna ulaştığı görülmektedir⁶²³.

⁶²² 15. HD. 07.03.2008 T., 1709 E./1486 K.: “(...) Daire karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra tapuda yapılan devir işlemi arsa sahiplerinin edimlerini yerine getirmesi olarak kabul edilmektedir. (...) tapuda satılmışsa da edimlerini yerine getirmeyen davalı yüklenici şirketin dava konusu taşınmazın mülkiyetini edinemediği, dolayısıyla diğer davalıya yaptığı satışın hukuki bir geçerliliğinin olmadığı bu durumda davacının (...) iyi niyet savunmasının kabulünün ve TMK 1023 maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığı (...)” (YKD 2009/6, s. 1109) ; Yargıtay HGK 23.05.2001 T., 422/434 sayılı K.: “(...) kişinin gerçekten iyiniyetli olması, sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. (...) davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içerisine bağımsız bölümle ilgili arsa payı aldığı, olayları cereyan tarzından, tapudaki ipotek şekline ve yanlar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. 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 dolayısıyla arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Medeni Yasa'nın 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olamaz. (...)” (www.kazanci.com). Yargıtay 15. HD.'nin 19.10.1998 T., 1998/3274 E., 1998/3915 sayılı K.: “(...) İnşaatın daire satın alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı safında yer alan bu kişileri, davalı yükleniciden pay satın almışlardır., bir kısmı ise yüklenicinin sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. (...) işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışı icabındadır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK'nun 1023. (eMK'nun 931.) maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez. (...)” (YKD. 1999/4, s. 501-502).

⁶²³ Yargıtay 15. HD.'nin 27.10.2005 T., 375 E./5775 sayılı K.: “(...) davacının davalıya finans kolaylığı sağlamak amacıyla tapuda devir yetkisini de içeren vekaletname verdiği ve davalının bu

Bu kararlar uyarınca, arsa / iş sahibi, tapu iptal ve tescil davasını arsa payını yükleniciden devralan üçüncü kişilere karşı da açabilecektir. Bu durumda üçüncü kişiler TMK m. 1023 hükmünden yararlanamayacaklardır.

Yargıtay'ın bu uygulaması doktrinde haklı olarak bir takım eleştirilere uğramıştır. Bu eleştirilerin başında; sözleşmeden dönme halinde yükleniciye devredilmiş olan arsa payları bakımından baştan itibaren yolsuz tescilin meydana geldiğinin kabul edilmesi halinde dahi, yükleniciden arsa payı elde eden üçüncü kişilerin bu aynı hak iktisaplarının TMK m. 1023 çerçevesinde geçerli olması düşüncesi gelmektedir. Ayrıca üçüncü kişinin, yüklenicinin ediminin karşılığı olarak arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye devredilmiş olduğunu bilmesi TMK m. 1023 anlamında iyi niyeti ortadan kaldırmamalıdır⁶²⁴. Üçüncü kişinin TMK m. 1023'ün korumasından yararlanabilmesi için tasarruf yetkisine sahip olan yüklenicinin kişisel bir borcu olduğunu araştırması da gerekmemektedir⁶²⁵. Sonuç olarak, üçüncü kişinin, arsa sahibinin borç ilişkisinden doğan kişisel haklarını bilmesi TMK m. 1023'ün uygulamasını engellememeli ve üçüncü kişinin kazanımı bakımından bir önem taşımamalıdır. Ayrıca, üçüncü kişinin, tescilin dayanağını oluşturan belgeleri inceleme zorunluluğu da bulunmamaktadır⁶²⁶.

Üçüncü kişinin kötü niyetli olarak kabul edilebilmesi karine değil istisna olmalıdır. Sözleşmeden döndükten sonraki aşamada, üçüncü kişi, iş sahibinin sözleşmeden döndüğünü bildiği halde onun dava açarak yolsuz tescilin düzeltilmesini sağlamasına fırsat vermeden yükleniciden iadeye konu arsa paylarını devralması durumunda kötü niyet söz konusu olur. Sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadan önceki iktisaplar bakımından ise kötü niyet ancak, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının doğduğunun ve yakın bir zamanda sözleşmeden

vekaletnameye dayanarak diğer davalılara pay satışı yaptığı anlaşılmış olmakla yapılan satışın yükleniciye kalan bölümlere ilişkin olduğu açıktır. (...)" (www.kazanci.com).

⁶²⁴ Yener, Arsa Payı, s. 129; Öz, Dönme, s. 260; Erman, İnşaat, s. 165; Kurt, Temerrüt, s. 333. Aksi görüşte: Yaşar, Üçüncü Kişi, s. 314.

⁶²⁵ Yener, Arsa Payı, s. 130; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 144.

⁶²⁶ Yener, Arsa Payı, s. 130; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 142; Kurt, Temerrüt, s. 333.

dönülmesi sonucu yüklenici adına mevcut olan tescilin yolsuz hale geleceğinin üçüncü kişi tarafından bilinmesi gibi istisnai durumlarda söz konusu olabilir⁶²⁷.

Yargıtay'ın bu uygulaması, temelde, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin şarta bağlanamayacağı ilkesine de aykırıdır. Bu bağlamda, iş / arsa sahibi ile yüklenici arasında tapuda resmi biçimde düzenlenen arsa payı (taşınmaz) satım sözleşmesi ve uygulamada bu senedin içinde yer alan tescil talebi üzerine yüklenici adına yapılan tescille mülkiyet geçerli olarak kazanılmış olmalıdır⁶²⁸.

Arsa sahibinin, yükleniciye yetki vermesiyle inşaat tamamlandıktan sonra devredilmesi kararlaştırılan arsa paylarının önceden üçüncü kişilere satışı söz konusu olabilir. Böyle bir durumda yüklenici yetkili temsilci olduğundan dolayı bu devir işlemi arsa / iş sahibinin bizzat yaptığı devir işleminden farklı olmamalıdır⁶²⁹. Ayrıca, arsa / iş sahibi, yükleniciye temsil yetkisi vererek arsa paylarının satışına zımnen onay vermektedir ve devirden sonra sözleşmeden dönülmesi halinde üçüncü kişi tarafından kazanılan mülkiyet hakkına hanel gelmemelidir. Ancak bu durumda Yargıtay⁶³⁰, "*arsa sahibince yükleniciye verilen vekaletnameye dayanarak üçüncü kişilere pay satışı yapılması halinde yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan binayı ikmal ve teslim borcunu yerine getirmesi gerektiğini, bu yerine getirmenin üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için de gerekli olduğunu, aksi halde yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerinde olan tapu kayıtlarının illet ve sebepten yoksun hale geleceğini, yapılan işlemin yolsuz tescil durumuna düşeceğini, inşaattan daire satın alanların iyi niyet iddiasında bulunamayacağını, yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden aldığı vekaletnameye dayanarak yapması ya da tapuda kendi adına önceden devraldığı payı devretmiş olmasının sonuca etkili olmadığını, sözleşme*

⁶²⁷ Kurt, Temerrüt, s. 333; Öz, Dönme, s. 261; Buz, Dönme, s. 142.

⁶²⁸ Kurt, Temerrüt, s. 332.

⁶²⁹ Yener, Arsa Payı, s. 131; Coşkun, Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, s. 146.

⁶³⁰ Yargıtay 15. HD.'nin 27.10.2005 T., 375 E./5775 K. sayılı ilamı için bkz. www.kazanci.com

geriye etkili olarak feshedilmiş olmakla yükleniciye ödenen iş bedelinin iadesi gerektiğini, iş bedeli arsa payı devri karşılığı olarak yapılmış olduğundan iadenin bu paya ilişkin olduğu” kanaatindedir. Düşüncemize göre de, bu uygulama temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi ile bağdaşmaz. Zira, asıl sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi temsil yetkisinin de sona ermesini sağlamaz. Payın devralındığı tarihte geçerli bir temsil yetkisi yahut vekaletnameye dayanılarak yapılan satışta mülkiyet geçerli olarak kazanılmış olmalıdır⁶³¹.

Arsa sahibinin, pay devrini yüklenicinin talimatı ile doğrudan üçüncü kişiye yapması ve elde edilen satış bedelini de yüklenicinin alması durumunda ise Yargıtay yapılan temlikin geçerli olduğuna karar vermiştir⁶³². Yargıtay’ın bu kararı yerindedir⁶³³. Nitekim, böyle bir durumda arsa sahibi kendi rızasıyla, doğrudan, satış işleminde taraf olarak arsa payını devretmiştir. İş sahibi ile yüklenici arasında yapılan sözleşme üçüncü kişiye yapılan devrin hukuki sebebi değil saikidir. Arsa sahibi, yükleniciye olan borcunu ifa saikiyle, söz konusu bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmektedir. Bu saikin de sonradan ortadan kalkması geçerli devre hiçbir etki yapmamalıdır. Zira, devrin hukuki sebebi arsa sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılan satış sözleşmesidir. Bu satış sözleşmesinde bir sakatlık olmadığı sürece tapuda yapılan temlik geçerli kalmalıdır⁶³⁴. Arsa sahibi kendi edim borcunu, inşaatın teslimine bırakmamakla bir risk altına girmiştir ve bu riskin sonuçlarına da katlanmalıdır⁶³⁵.

⁶³¹ Bu düşüncede: Ayan, Temerrüt, s. 302, dn. 536; Şahin, Teslim Borcu, s. 288.

⁶³² Yargıtay 15. HD.’nin 31.03.2004 T., 3324/3631 sayılı K.: “(...) Arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ile bayilerinin bu edinimlerini yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kılmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir. (...)” (YKD 2005/9, s. 1351-1352).

⁶³³ Bu doğrultuda: Ayan, Temerrüt, s. 302; Şahin, Teslim Borcu, s. 289; Kurt, Temerrüt, s. 334-335.

⁶³⁴ Şahin, Teslim Borcu, s. 289; Ayan, Temerrüt, s. 303, dn. 536.

⁶³⁵ Şahin, Teslim Borcu, s. 289.

3.3.2.3.3.2. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Nispi Hak Kazanımlarına Etkisi

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği kendisine bırakılması kararlaştırılan arsa payları üzerinde üçüncü kişilere şahsi hak kazandırabilmesi için bu arsa paylarının iş sahibi tarafından tapuda onun adına tescil ettirilmiş olması zorunlu değildir. Yüklenicinin, arsa paylarının adına tescil edilmediği dönemde de üçüncü kişilere şahsi hak kazandırabilmesi mümkündür. Sözleşmeden dönme üzerine yükleniciye devredilmiş yahut devredilmemiş olan arsa payları üzerinde üçüncü kişilerin nispi hak kazanımlarının akıbetini ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

3.3.2.3.3.2.1. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredildiği Durumlardaki Etki

İş sahibi, inşaatın tamamlanması karşılığı yükleniciye kalması kararlaştırılan arsa paylarını inşaat henüz tamamlanmadan yükleniciye tapuda temlik edebilir. Yüklenici de yapacağı inşaat için gerekli finansmanı sağlamak üzere, tapuda adına tescil edilen bu arsa paylarının satışını “taşınmaz satış vaadi sözleşmesi” ile üçüncü kişilere vaat edebilir. Üçüncü kişi böylece, yüklenici adına kayıtlı arsa paylarına ilişkin olarak yükleniciden kendisi ile taşınmaz satış sözleşmesi akdetmesini talep etme hakkını kazanır⁶³⁶. Yüklenicinin bu arsa paylarına ilişkin olarak üçüncü kişilerle alım veya önalım sözleşmesi kurması da mümkündür. Üçüncü kişilerin bu sözleşmelere dayalı olarak kazandıkları talep hakları ancak karşı âkidleri olan yükleniciye karşı ileri sürebilecekleri şahsi haklardır. Yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucu arsa / iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine iadesi gerekecek olan arsa payları üzerinde üçüncü kişilerin kazanmış olduğu şahsi haklar, arsa paylarının maliki olan iş sahibine karşı ileri sürülemez. Bu durumda üçüncü kişi

⁶³⁶ Kurt, Temerrüt, s. 336-337; Ayan, Temerrüt, s. 305; Yener, Arsa Payı, s. 135; Şahin, Teslim Borcu, s. 293; Erman, İnşaat, s. 170; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 1207; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 554.

şahsi hakkını kendi borçlusunu olan yükleniciye karşı ileri sürüp, uğradığı zararın tazminini talep edebilir⁶³⁷. Ancak, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin 1984 tarihli YİBBGK kararı uyarınca ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde, yükleniciye devredilmiş arsa paylarının bir kısmı yüklenici uhdesinde bırakılmış ve bu arsa payları da üçüncü kişiye satışı vaat edilen bağımsız bölüme tekabül edecek oranda ise, üçüncü kişi, yükleniciye karşı tescil davası açabilir⁶³⁸.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh edilmiş ve fakat iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sebebiyle arsa payları iş sahibine dönmüşse; şerhin etkisini devam ettirerek, kuvvetlendirilmiş olan bu şahsi hak talebinin iş / arsa sahibine karşı da ileri sürülebileceği çoğunlukla kabul edilmektedir⁶³⁹. Bu bağlamda, dönme işlemi üzerine yüklenicinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını geçmişe yürüyecek şekilde kaybettiği ve adına yapılmış tescilin yolsuz sayıldığı hallerde, üçüncü kişi, tapu sicilindeki yolsuz tescile güvenerek yetkisiz kişiden iyi niyetle şerh kazanan kişi durumunda olacaktır. Bu kazanımı TMK m. 1023 hükmüne kıyasen geçerli kabul eden görüş benimsendiğinde, şerh dönmeye rağmen geçerli olarak doğmuş sayılacak ve kişisel hakkı şerh edilen üçüncü kişi dönmenin sonuçlarından etkilenmeyecektir⁶⁴⁰. Tapu siciline güvenle şerhin doğuşundaki eksikliğin giderilemeyeceğinin benimsenmesi halinde ise, söz konusu üçüncü kişiler sadece sıradan bir kişisel hak sahibi olacak ve ancak kendi borçlusunu olan yükleniciye karşı bir tazminat talebi ileri sürebileceklerdir⁶⁴¹. Kanaatimizce, TMK m. 1023'ün açık lafzından hareketle, üçüncü kişinin tapu kütüğündeki tescile güvenerek kazandığı mülkiyet veya diğer bir aynı hakkının korunması kapsamını aşan yorum mümkün olmamalıdır. Bu açıdan

⁶³⁷ Kurt, Temerrüt, s. 337; Öz, Dönme, s. 261; Erman, İnşaat, s. 170; Ayan, Temerrüt, s. 273, dn. 433; Şahin, Teslim Borcu, s. 293; Yener, Arsa Payı, s. 135-137; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 554.

⁶³⁸ Erman, İnşaat, s. 170; Ayan, Temerrüt, s. 305; Şahin, Teslim Borcu, s. 293; Yener, Arsa Payı, s. 137; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 554-555.

⁶³⁹ Erman, İnşaat, s. 171-172; Şahin, Teslim Borcu, s. 293-294; Kurt, Temerrüt, s. 339; Yener, Arsa Payı, s. 138; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 201 vd.; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 555.

⁶⁴⁰ Yener, Arsa Payı, s. 138.

⁶⁴¹ Yener, Arsa Payı, s. 138; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 210.

üçüncü kişinin yükleniciden olan şahsi alacağı, şerh verilerek güçlendirilmiş olsa dahi sözleşmeden dönme üzerine iş sahibine karşı arsa payı mülkiyeti ile ilgili talep hakkı söz konusu olamaz. Dönme işleminin, yüklenicinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını geçmişe yürüyecek şekilde, kendiliğinden ortadan kaldırmadığı (ayni etkili dönme görüşü dışında kalan görüşler) benimsenirse, dönme ile aynı haklar etkilenmediğinden şerh edilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gerçek malik ile yapılmış olur. Bu durumda da doğal olarak üçüncü kişilerin şerh ile kuvvetlendirilmiş alacak haklarına hanel gelmez. Yargıtay ise genel olarak aynı etkili dönme görüşünü benimsemekle birlikte, yüklenici edimini ifa etmeden ona yapılmış olan pay devirlerini avans niteliğinde kabul ettiğinden, sözleşmeden dönme üzerine, üçüncü kişi ile yüklenicinin önceden akdetmiş olduğu tapuda şerhli satış vaadi sözleşmesinin arsa sahibini bağlamayacağı kanaatindedir⁶⁴².

Arsa paylarının, inşaatın tesliminden önce yükleniciye devredildiği durumlarda yüklenicinin şahsi alacaklıları olan bir takım üçüncü kişilerin, bu alacak hakları dolayısıyla söz konusu arsa paylarına haciz koydurmuş olmaları da mümkündür. Aynı etkili dönme görüşüne göre; sözleşmeden dönme üzerine tapuda yüklenici üzerinde gözüken arsa payları tescilli yolsuz hale geleceğinden, üçüncü kişilerin bu paylar üzerindeki hacizleri de geçersiz olur. Yeni dönme (dönüşüm) görüşüne göre ise sözleşmeden dönme ile aynı haklara ve bu aynı haklar üzerinde yapılmış işlemlere zarar gelmez. Bu bakımdan, iade alacaklısı iş sahibi, iade borçlusunun alacaklılarının arsa payları üzerine koydurduğu hacizleri kaldırtamaz⁶⁴³.

3.3.2.3.3.2.2. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredilmediği Durumlardaki Etki

Hukukumuzda borçlandırıcı işlem yapabilmek için, borçlunun mülkiyetini nakletmeyi taahhüt ettiği eşyanın maliki olması gerekli olmadığından, yüklenici

⁶⁴² Yargıtay 14. HD. 05.12.1989 T., 5705/10388 sayılı K. için bkz. Erman, İnşaat, s. 172, dn. 14.

⁶⁴³ Kurt, Temerrüt, s. 348; Serozan, Dönme, s. 569; Erman, İnşaat, s. 172, dn. 15; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 565.

henüz maliki olmadığı arsa paylarına ilişkin olarak üçüncü kişilerle taşınmaz satımı sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdedebilir⁶⁴⁴. Diğer yandan, yüklenici sahip olduğu alacağı üçüncü kişiye devretme yetkisine de sahiptir. Bu hukuki işlemlerin her biri geçerlilik şekline tabidir. Uygulamada, taşınmaz satış sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebinden ayrı yapılmadığından, henüz arsa paylarının maliki olmayan yüklenici tapuda resmi biçimde taşınmaz satış sözleşmesi yapamamaktadır. Buna karşılık, yüklenici, noterde düzenleme biçiminde yapılacak olan bir senetle, henüz malik olmadığı arsa paylarının satışını geçerli biçimde üçüncü kişilere vaat edebilir (Noterlik K. m. 60)⁶⁴⁵. Arsa payı alacağının üçüncü kişilere devri için ise, devir (temlik) sözleşmesinin adi yazılı biçimde yapılmış olması yeterlidir (TBK m. 184/I; eBK m. 163/I).

Üçüncü kişi, arsa payının ve tamamlanacak bağımsız bölümün adına tescilini talep etmeye ilişkin alacağı yükleniciden temlik aldığı takdirde, iş sahibinden adına tescil talebinde bulunmasını isteyebilecektir. Ancak bunun için, yüklenici ile iş sahibi arasında akdedilmiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekle uygun olarak, noterde düzenleme biçiminde olması şarttır (TMK m. 706, TBK m. 237, Tapu K. m. 26)⁶⁴⁶. Bununla birlikte, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte, borç ilişkisinden doğup da henüz ifası gerçekleşmemiş olan borçlar sona erdiğinden, arsa paylarının yükleniciye devri borcu yahut bu alacak temlik edilmişse üçüncü kişiye karşı olan devir borcu sona erer.

Yüklenicinin aynı arsa payı üzerinde birden çok kişiye taşınmaz satış vaa dinde bulunması durumunda, önceki tarihli taşınmaz satış vaadi ile şahsi hak kazanan kişi, sonraki tarihte kazananlara nazaran önce gelir. Alacağın devrinde ise, ilk yapılan devir işlemi ile birlikte yüklenicinin o alacak üzerinde tasarruf yetkisi sona erer. Dolayısıyla, ilk temlikten sonraki tarihlerde aynı alacak üzerinde yapılan

⁶⁴⁴ Kurt, Temerrüt, s. 341; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 556-557.

⁶⁴⁵ Kurt, Temerrüt, s. 341; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 557.

⁶⁴⁶ Kurt, Temerrüt, s. 343-344; Şahin, Teslim Borcu, s. 294; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 560.

temlikler geçersizdir⁶⁴⁷. Aynı arsa payı veya bağımsız bölüm için yüklenicinin ilk yaptığı işlem taşınmaz satış vaadi, sonraki işlem alacağın devri ise, Yargıtay uygulamasına göre taşınmaz satış vaadi aynı zamanda alacağın temlik niteliği de taşıdığından, alacak hakkını önceki tarihli olan taşınmaz satış vaadi âkidi üçüncü kişinin kazandığı kabul edilmelidir⁶⁴⁸.

Alacağın devri durumunda aynı etkili dönme görüşü doğrultusunda devralan üçüncü kişinin sözleşmeden dönüldükten sonra arsa paylarının adına tescilini arsa sahibinden talep etmesi mümkün değildir. Bu sonuca yeni dönme görüşü kabul edildiğinde de varılır. Zira, üçüncü kişi temerrüde düşen yüklenicinin halefi konumundadır ve arsa sahibinin ona karşı da ödemezlik def'inde bulunma imkanı vardır.

Devri sırasında mevcut ve geçerli olan alacağı, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sona eren üçüncü kişi, yükleniciden, temlik sözleşmesini ihlâl ettiği gerekçesiyle uğradığı zararın tazminini TBK m. 112 uyarınca talep edebilir. Zira yüklenici, üçüncü kişi ile aralarındaki temlik sözleşmesinin hüküm doğurmasına, iş sahibi ile kendi arasındaki sözleşmede temerrüde düşüp iş sahibinin sözleşmeden dönmesine sebep olmak suretiyle engel olmuştur⁶⁴⁹. Böyle bir durumda üçüncü kişi, yükleniciye TBK m. 191 hükmündeki 'garanti sorumluluğu'nun ihlâl edilmesi sebebiyle de başvurabilir.

3.3.3. Dönme Hakkının Kullanımını Sınırlayan veya Kaldıran Görüşler ile Bu Kapsamda 25.01.1984 Tarihli YİBBGK Kararı

İş sahibinin, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle TBK m. 125/II'de düzenlenen dönme hakkını kullanması TBK 125/III'deki ifadeden anlaşıldığı üzere geriye etkili

⁶⁴⁷ Kurt, Temerrüt, s. 346; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 563-564.

⁶⁴⁸ Kurt, Temerrüt, s. 347; Ayan, Temerrüt, s. 309; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 564.

⁶⁴⁹ Kurt, Temerrüt, s. 346; Yener, Arsa Payı, s. 137; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 561.

sonuçlar doğurur. Ancak iş / arsa sahibinin TBK m. 125/II uyarınca sahip olduğu bu geriye etkili dönme hakkının sınırlandırılmasını ve hatta TBK m.125 kapsamında geriye etkili dönme görüşünün mümkün olmayıp yalnızca ileriye etkili feshin söz konusu olabileceğini savunan görüşler mevcuttur. Bunun sonucu olarak yargı kararlarında da uzun bir süre yeknesaklık sağlanamamış ve farklı uygulamalar gündeme gelmiştir. Bu noktada tartışmanın en yoğun olduğu husus, temerrüde düşen yüklenicinin hali hazırda inşaatın büyük kısmını meydana getirmiş olduğu durumlarla ilgilidir. Yoksa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibinin hiçbir şekilde TBK m. 125’de düzenlenen seçimlik dönme hakkını kullanamayacağı görüşü doktrinde azınlıktadır⁶⁵⁰. Bu görüş yalnızca, eser sözleşmelerinin tam olarak sürekli edimli bir borç ilişkisi meydana getirdiğini savunanlarca benimsenmiştir. Bu durumun sonucu olarak da, sürekli borç ilişkilerinde TBK m. 125 uyarınca geriye etkili dönme söz konusu olmamaktadır. Zira asli edim borcu, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, yüklenicinin meydana getirme fiilinin başlamasıyla her an ifa edilir olmaktadır⁶⁵¹. Bu bağlamda da iş sahibinin sözleşmeyi geriye etkili olarak feshi mümkün olmamaktadır. İleriye etkili fesih görüşünün kabulüyle inşaatın tamamlanan kısmı, yerine getirilmiş edim hüviyetinde sayılacağından yüklenici sözleşmedeki bedelin bu oranda ifasını isteyebilecektir⁶⁵².

Sözleşmenin ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu görüşünün benimsenmesi halinde ise sözleşmeden dönme mümkün olmakla birlikte, iş sahibinin talebiyle birlikte ileriye etkili feshin de mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁶⁵³. Geçmişe etkili dönmenin temel sonucu, sözleşmenin baştan itibaren ortadan kalkması ve yüklenicinin kısmen dahi sözleşmedeki bedele ilişkin bir talep ileri sürememesidir. Ayrıca, sözleşmeden dönmeyi kabul etmekle birlikte, belli somut olaylarda, temelde iyi niyet kuralına ve çıkarlar dengesine dayanarak ileriye etkili feshin kabul edilmesi

⁶⁵⁰ Bu görüşte: Erman, İnşaat, s. 215; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 155 vd.

⁶⁵¹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 156.

⁶⁵² Yener, Arsa Payı, s. 95; Öz, Dönme, s. 187; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 409.

⁶⁵³ Yener, Arsa Payı, s. 95; Kurt, Temerrüt, s. 384; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 351.

gerekip geçmişe etkili dönmenin uygulanmayacağını kabul eden görüşler (sürekli-geçici karmaşığı sözleşme görüşü) de mevcuttur.

Bu görüşlerin öne sürdükleri argümanlar çerçevesinde, sözleşmenin ileriye etkili feshinin mümkün olup olmadığının inceleme konumuz açısından teşkil ettiği önemi ve YİBBGK'nun konuyla ilgili içtihadını ifade edip, irdelemekte yarar vardır.

3.3.3.1. Sürekli Borç İlişkisi Mevcut Olduğundan Sözleşmenin İleriye Etkili Feshini Kabul Eden Görüş

Eser ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu ileri süren yazarlar yüklenicinin eseri meydana getirme unsurundan hareket etmektedirler. Buna göre, eser sözleşmesinde yüklenici yalnızca bir sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmemekte bununla birlikte sonucu gerçekleştirme doğrultusunda faaliyette bulunma yükümü altına da girmektedir. Bu faaliyetler yüklenici açısından bir iş görme edimi olduklarından, bu tür edimler içeren sözleşmelerin de sürekli borç ilişkisi doğurduğu savunulmuştur⁶⁵⁴. Bu görüşteki yazarlara göre⁶⁵⁵, eser meydana getirilirken yüklenicinin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini edimin dışında tutmak ve hazırlayıcı faaliyetler olarak görmek yerinde değildir. Tarafların kararlaştırdıkları ücret (bedel) yalnızca eserin değil, aynı zamanda eserin ortaya çıkartılmasına götüren faaliyetlerin de karşılığı olmalıdır. Bunun sonucu olarak da, TBK m. 123-125'deki koşulların gerçekleşmesi üzerine iş

⁶⁵⁴ Sungurbey, Zorunlu Yanıt, 173 vd.; Erman, İnşaat, s. 8; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 156. Serozan'a göre, "Eser sözleşmesinin hiçbir zaman sürekli sözleşme ilişkisi niteliğini taşımayacağını ileri sürmek de doğru değildir. Eser sözleşmesi esere kavuşacak alacaklının perspektifinden değil de sürekli edim eylemleriyle eseri yaratacak borçlunun perspektifinden bakıldığında sürekli sözleşme ilişkilerine özgü hukuksal sonuçların çerçevesine oturtulabilecektir." Yazar, eser sözleşmesinin ifasına yüklenicinin ifa faaliyetleri açısından bakıldığında sürekli borç ilişkisi oluşturduğunu söylemekte ancak çıkarlar dengesi gerektirdiği takdirde ani edimli borç ilişkisi kurallarının da uygulanabileceğini belirterek karma bir görüşe yönelmiştir. (Serozan, Dönme, s. 166).

⁶⁵⁵ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 166 vd. Kartal'a göre; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tipik bir sürekli borç ilişkisi doğuran kendine özgü bir sözleşmedir. Sürekli borç ilişkilerinin feshi halinde, bu fesih ancak ileriye etkili olacak biçimde hüküm ve sonuçlar doğurur. (Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 156-157).

sahibinin fesih hakkını kullanabileceği ve bu feshin ileriye etkili biçimde hukuki sonuç doğuracağı belirtilmektedir⁶⁵⁶. Bu durumda, eserdeki bozukluklara ilişkin olarak düzenlenmiş bulunan eBK 360. maddesinin, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi halinde de kıyas yoluyla uygulanarak, inşaat hangi oranda tamamlanmışsa iş sahibinin o oranda bedeli (arsa payını) ödeyerek sözleşmeyi feshedebileceği ifade edilmiştir⁶⁵⁷. Bu görüşü savunanların gerekçeleri şu temellere dayanmaktadır:

- Borçlar Kanunu'nda bu tür sözleşmelerin sona ermesi üzerine, o ana kadar devam eden ilişkinin, ifa edilen edimlerin hangi ölçü ve esaslara göre iade edileceği, iade kapsamının neleri içermesi gerektiği konularında bir hüküm bulunmamaktadır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sona ermesi halinde uygulanması öngörülen TBK m. 123-125 hükümlerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerle ilgili olmayıp ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerle ilgili olduğu gerek teoride gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin ise ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi geçmişe etkili biçimde feshi söz konusu olmaz. Bu durumda, sözleşmenin ancak fesih anına kadar yerine getirilen edimlere hukuki bir geçerlilik tanıyarak sona erdirilmesi mümkün olur⁶⁵⁸.

- Eski Borçlar Kanunu döneminde, ismarlayanın arsasına yapılmış olup da tamamlanan inşaatın ayıplı olması durumunda, iş sahibinin sözleşmeden dönemeyip ancak ücretin indirimini ve yüklenicinin kusuru halinde tazminat da isteyebileceğini öngören eBK m. 360/II ve III hükmünün kıyasen, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshine uygulanması gerektiği belirtilmişti⁶⁵⁹. Bu hükümlerin uygulanabilmesi için, eserde bütüne oranla önemli bir bölümün yapılması

⁶⁵⁶ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 162; Erman, İnşaat, s. 215.

⁶⁵⁷ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 162-163; Yener, Arsa Payı, s. 100.

⁶⁵⁸ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 175.

⁶⁵⁹ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 174; Şahin, Teslim Borcu, s. 297; Öz, Dönme, s. 17; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, C.IV, s. 466 vd., C.V, s. 541 vd.; Karahasan, Ö.B.İ., C.II, s. 369 vd.; Serozan, Dönme, s. 176-177; Yener, Arsa Payı, s. 100.

gerektiğinden, aksi durumlar için dönme hakkının kullanılabilceği sonucuna varılmaktaydı.

Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile, sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde kullanılabilcek seçimlik hakları belirleyen yeni bir madde ihdas edilmiştir (TBK m. 126). Bu maddede, doktrinde sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından kabul edilen geçmişe etkili dönmenin mümkün olmayacağı görüşü benimsenmiş ve alacaklının ancak aynen ifayı talep edebilme yahut sözleşmeyi ileriye etkili olarak sonlandırabilme imkanlarını kullanabileceği hüküm altına alınmıştır (TBK m. 126). Yeni düzenlemenin sonucu olarak bu görüş taraftarlarının eBK m. 360/II ve III hükümlerine kıyasen başvurma zorunluluğu da kalmamıştır.

- Edim konusu bakımından sürekli borç ilişkisi doğuran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin kurulması ile birlikte iş sahibi ile yüklenici arasında güven ilişkisi yoğunlaşmaktadır. Edim yükümüne başlanmakla, özellikle yüklenici açısından bir ifa durumu kurulmakta ve taraflar arasında sıkı kişisel ilişkiler doğmaktadır. Borçların bu güven ortamında ifa edilmesi sonucu, yerine getirilen edimler varlıklarını korumakta ve artık geri verilmeleri ya imkansızlaşmakta ya da taraf çıkarlarına aykırı düşmektedir. Bu durum sonucunda sözleşmenin ancak ileriye etkili olarak feshedilebilmesi gerekir. Zira taraflar, ani edimli borç ilişkilerinde olduğu gibi bir defa değil, sayısız denecek kadar sık karşı karşıya gelmekte ve bir güven ortamı içinde ifanın sürdürülerek tamamlanması düşüncesi etkin olmaktadır⁶⁶⁰.

- Sözleşmenin ileriye etkili sonlandırılması, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda dahi uygulanmalı ve sözleşmenin feshedilmesi üzerine, yüklenici yaptığı işle orantılı bedeli talep edebilmelidir. Yüklenicinin

⁶⁶⁰ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 175.

kusurunun bulunması sadece, iş sahibinin tazminat talep edebilmesi yönünden gereklidir⁶⁶¹.

3.3.3.2. Sürekli – Geçici Karmaşığı Bir Borç ilişkisi Mevcut Olduğundan Sözleşmenin İleriye Etkili Feshini Kabul Eden Görüş

Bu görüş, eser sözleşmesinin hem ani edimli hem de sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin özellikler taşıdığını belirtmektedir⁶⁶². Buna göre eser sözleşmesi, yüklenicinin teslim borcu açısından ani edimli, çalışma borcu açısından ise sürekli edimli sözleşme niteliğini haizdir. Bu görüş uyarınca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi esasında ani edimli olmakla beraber, yüklenicinin ediminin zamana yaygınlığı sebebiyle bu ilişkinin karma bir nitelik taşıdığı ve hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Özel hüküm bulunmayan bütün durumlarda eser sözleşmesine ani edimli borç ilişkisi hükümlerinin mutlak anlamda uygulanacağı söylenemez. Hakim somut olaydaki çıkarlar dengesini dikkate alarak, bazen ani edimli bazen de sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulayabilecektir⁶⁶³.

Bu görüşe göre, yüklenicinin teslim gününde yapıyı bitirememiş olmasına rağmen, yapılan kısım işin büyük bir bölümünü oluşturuyorsa ve sökülüp kaldırılması aşırı zarar verecekse, ancak ileriye etkili fesih söz konusu olabilir. Bu

⁶⁶¹ Yener, Arsa Payı, s. 99, 101.

⁶⁶² Erman, İnşaat, s. 8; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 11-12; Gökyayla, Ek İş, s. 17 vd.; Büyükyay, Eser Sözleşmesi, s. 219.

⁶⁶³ Serozan, Dönme, s. 177. Bu yönde Yargıtay 15. HD.'nin 30.05.1994 T., 5125 E/3380 K.: "(...) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 gün ve 3/1 sayılı kararında da belirtildiği gibi, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı özellik taşırlar. Dairemizin uygulaması da öteden beri bu yoldadır. Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa dahi yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması dürüstlük kuralına (MK m.2) uygun biçimde davranmaları esastır. Çıkan çekişmenin giderilmesinde de işin teknik yönü bakımından bilirkişiye başvurulması bir yana bırakıldığında değerlendirmenin öncelikle dürüstlük kuralı gözetilerek yanların müşterek amacına ve çıkarlar dengesine uygun yapılması gerekir. (...)" (YKD., Y. 1995, s. 442).

görüştteki SUNGURBEY'e göre⁶⁶⁴; eserin ayıplı olması haline ilişkin eBK m. 360/II ve III (TBK m. 475) hükümlerinin temerrüt halinde kıyasen uygulanması gerekir. Maddenin I. fıkrasına göre, eserdeki ayıp iş sahibinin kullanamayacağı veya kabule zorlanamayacağı kadar önemli değilse, iş sahibi sadece eserdeki değer eksikliği oranında bedeli indirmekle yetinecek veya onarım isteyebilecektir. III. fıkraya göre ise, iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup sökülüp kaldırılması aşırı masraf gerektiren eserlerde, ayıp önemli olsa dahi sözleşmeden dönme yasaktır. Söz konusu maddedeki bedel indirimi, kıyas yoluyla temerrüt haline de uygulanacak ve ayrıca işin niteliği ile dürüstlük kuralı da göz önünde bulundurulacaktır. Ancak bir üst bölümde de belirtildiği üzere, yeni BK'nda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin sonlandırılması halinde alacaklının haklarını düzenleyen bir madde (TBK m. 126) ihdas edildiğinden 818 sayılı eski BK döneminde savunulan kıyasen uygulanma fikrinin bugün için bir önemi kalmamıştır. Bu bağlamda eser sözleşmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurduğu görüşünde olanların, artık bu tip sözleşmelere doğrudan uygulanabilen bir hüküm mevcut olduğundan, ayıba ilişkin eBK m. 360 hükmüne zorlama bir yorumla kıyasen başvurma zorunluluğu ortadan kalkmıştır.

SEROZAN da dönmenin eser sözleşmelerinde ancak istisnai hallerde uygulanabileceğini belirtmekte ve temel olarak ileriye etkili feshi savunmaktadır⁶⁶⁵. Söz konusu görüşe göre, eser sözleşmesi kural olarak daima ileriye etkili şekilde sona erdirilebilir. Ancak, sözleşmeden dönülüp dönülemeyeceği meselesi her somut sözleşme bakımından ayrı ayrı çözümlenirken, işlenen malzemenin iş sahibine mi yoksa yükleniciye mi ait olduğu noktası önem teşkil etmektedir. Bilhassa malzemenin yükleniciye ait bulunduğu olasılıklarda, eser sözleşmesinin dönme eliyle

⁶⁶⁴ Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, C.IV, s. 466 vd.

⁶⁶⁵ Serozan, Dönme, s. 176 vd.

çözülmesi adaletsiz sonuçlar yaratacağından dolayı, ileriye etkili feshin uygulanması gerekir⁶⁶⁶.

Geçici – sürekli karmaşığı sözleşme görüşünün gerekçeleri şu esaslara dayanmaktadır⁶⁶⁷:

- Ani – sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi olan eser sözleşmesinde sürekli borç ilişkilerine ilişkin kuralların göz önünde bulundurulması gerekir. Eser sözleşmeleri ani edimli sayılsa dahi, işin niteliği bakımından, sürekli borç ilişkisine dair kuralların gerektiğinde dikkate alınması mümkündür. Sürekli borç ilişkileri ise, kural olarak, eski hale iadeye yönelik dönme yoluyla değil, ileriye etkili fesih yoluyla sona erdirilebilir.

- Eser sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi özelliği göz önünde tutularak getirilmiş hükümlerinden olan eBK m. 360/II ve III (TBK m. 475) hükümleri, her ne kadar eserin tamamlanmamış olmasına değil, ayıplı olmasına ilişkin ise de, yüklenici temerrüde düşmekle birlikte inşaatın büyük kısmı yapılmışsa, kıyasen olaya uygulanmalıdır. Zira bu hükmün konuluş sebebi bunu gerektirir.

- Özellikle, bedelin aynı olarak saptandığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, geriye etkili dönme görüşü hakkaniyete aykırı sonuçlar vermektedir. Zira, arsa payı olarak aynı şekilde kararlaştırılmış bedeli göz önünde tutarak ve bu arsa payının kendisinde kalacağına güvenerek bu uğurda çalışıp, emek harcayarak inşaatın büyük bölümünü gerçekleştiren yüklenicinin, sözleşmeden dönme üzerine “inşaatın yapılan kısmının yapım değeri” veya sebepsiz zenginleşme değeri üzerinden para alması ve tamamladığı kısma tekabül edecek olan arsa payından mahrum bırakılması güven ilkesine, hakkaniyete ve çıkarlar dengesine aykırıdır. Bu durumda, iş sahibinin yapının eksik kaldığı oranda yükleniciye

⁶⁶⁶ Serozan, Dönme, s. 177; Öz, Dönme, s. 192.

⁶⁶⁷ Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, C.IV, s. 457-497; Öz, Dönme, s.194-195; Serozan, Dönme, s. 175 vd.; Yener, Arsa Payı, s. 99; Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 217 vd.

bırakılacak arsa payından indirim yapması ve bu indirilmiş arsa payının yükleniciye verilmesi her iki tarafın çıkarını en iyi dengeleyen çözüm olacaktır.

- Yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmüş olması durumunda da varılan sonuç değişmez. Zira, kıyasen uygulanan eBK m. 360 (TBK m. 475) hükmü, iş sahibine, kusurlu olan yükleniciden -onarım ve bedel indirimi yanında- zararının tazminini isteme hakkı da tanımaktadır.

- Yüklenicinin işi yarıda bıraktığı durumlar ise, uygulamada da görüldüğü üzere daha çok yüklenicinin işe hiç başlamadığı ya da pek az bir bölümünü bitirdiği hallerde söz konusu olur. Bu durumda, iş sahibinin vadeden önce sözleşmeden dönmesini düzenleyen TBK m. 473/I hükmü uygulanır ve bu hüküm uyarınca sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönmek mümkündür. Yalnız, yüklenici eserin büyük kısmını tamamlamış fakat teslimi vadeye yetiştiremeyerek temerrüde düşmüşse hakkaniyet ancak ileriye etkili feshe olanak verir.

3.3.3.3. Ani Edimli Bir Borç İlişkisi Mevcut Olduğundan Sözleşmeden Dönmeyi (Geriye Etkili Feshi) Kabul Eden Görüş

Eser sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi doğurduğunu ileri süren görüş sahipleri eser sözleşmesinde yüklenicinin sonuç borcu altına girmesinden ve alacaklının ifaya olan çıkarının bir anda gerçekleşmesinden hareket etmektedirler⁶⁶⁸. Yüklenicinin eseri meydana getirirken yaptığı iş görme faaliyetinin ifanın gerçekleşmesi açısından bir fonksiyonu olmamakta, esas olarak ifa, eserin teslimi anında gerçekleşmektedir. İş sahibi ifa ile beklediği menfaate eserin teslimiyle ulaşmaktadır. Sözleşmelerin kurulması ile ifa edilmeleri arasında uzunca bir zaman

⁶⁶⁸ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 9; Öz, Dönme, s. 20; Ayan, Temerrüt, s. 46; Şahin, Teslim Borcu, s. 297-298; Aral, Ö.B.İ., s. 326; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 3; Eren, Genel Hükümler, s. 108; Karahasan, Ö.B.İ., C.II, s. 56; Kaya, Kat Yapımı Sözleşmesi, s. 22; Selimoğlu, Faruk Erem Armağanı, s. 686; Dirican, Cezai Şart, s. 5, 61; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 64; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26.

bulunması, o sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi yarattığı anlamı taşımaz⁶⁶⁹. Bu zaman diliminde ifaya hazırlık faaliyetleri söz konusu olur. Eser sözleşmesinde ifa, son bir eylem olan teslimle gerçekleşir. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü halinde, iş sahibinin TBK m. 125/II'ye (eBK m. 106) göre sözleşmeden dönmesinin daima geriye etkili sonuçlar doğuracağını savunan bu görüşe⁶⁷⁰ göre, yüklenicinin eserin büyük bölümünü meydana getirmiş olması da bu sonucu değiştirmez.

Bu görüşü savunan yazarların dayandığı esaslar şunlardır:

- İfa teslim ile gerçekleşeceğinden, inşaatın ulaştığı seviye ne olursa olsun, teslim olmadıkça yükleniciye meydana getirmiş olduğu kısımla orantılı bir ücretin (bedelin) verilmesi uygun olmaz⁶⁷¹. İleriye etkili feshin kabul edilmesi halinde, fesih anına kadar ifa edilen edimler geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yapılmış olacağından, yüklenici, inşaatı tamamladığı kısma orantılı olacak şekilde bedele (arsa payına) hak kazanır. Sözleşme bedelinin yapılan işle orantılı kısmının içinde yüklenicinin kârı da bulunmaktadır. İşte ileriye etkili feshin kabulü halinde, kusuru ile temerrüde düşmüş olan yüklenicinin bu şekilde sözleşme bedeline dahil olan kârın bir kısmını elde etmesi hakkaniyete aykırıdır⁶⁷².

- Kusuru ile temerrüde düşen yükleniciye de yaptığı kısımla orantılı bir bedel (arsa payı) verilirse, yüklenicinin şahsının önemli olduğu işlerde onun kusuru

⁶⁶⁹ Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 58; Öz, Dönme, s. 20-21; Aral, Ö.B.İ., s. 326; Şahin, Teslim Borcu, s. 298.

⁶⁷⁰ Tandoğan, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 499; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 147 vd.; Öz, Dönme, s. 211; Öz, İnşaat, s. 76 vd.; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 89; Kurt, Temerrüt, s. 368; Yener, Arsa Payı, s. 96; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 159.

⁶⁷¹ Öz, İnşaat, s. 158; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 89; Kurt, Temerrüt, s. 368; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 160.

⁶⁷² Tandoğan, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 497; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 148; Öz, Dönme, s. 218; Kurt, Temerrüt, s. 368; Yener, Arsa Payı, s. 97.

bulunmaksızın eseri tamamlayamadığı hallerde ona yaptığı kısım la orantılı ücret isteme hakkı tanıyan TBK m. 486 (eBK m. 371) hükmünün bir anlamı kalmaz⁶⁷³.

- Eseri vadede tamamlayarak teslim etmediği takdirde, meydana getirdiği kısım la orantılı bir ücret kazanacağını bilen yüklenici, eseri zamanında tamamlamak için daha fazla çaba gösterir. Aksi durumda, yüklenici, işi istediği seviyede bırakıp içinde kârı da bulunan orantılı sözleşme bedelini alarak işten çekilmeyi tercih edebilir⁶⁷⁴.

- Fesih görüşünü savunanların, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde kıyasen uygulanmasını önerdikleri TBK m. 475(eBK m. 360) hükmü, iş sahibine sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetmesi imkanını tanımamaktadır. Temerrütten farklı bir kurum olan ayıplı ifayı düzenleyen TBK m. 475 hükmü böyle bir imkan sağlasa dahi, bu hükümlerin yüklenicinin temerrüdü durumuna kıyasen uygulanması doğru değildir⁶⁷⁵.

- Günümüzde inşaat sözleşmelerinde yüklenicilerin zayıf tarafı teşkil etmeleri gibi bir durum söz konusu olmadığından, ileriye etkili fesih görüşünde

⁶⁷³ Tandoğan, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 498; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 149; Kurt, Temerrüt, s. 368; Yener, Arsa Payı, s. 98; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 159.

⁶⁷⁴ Tandoğan, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 498-499; Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 150; Öz, Dönme, s. 218; Öz, İnşaat, s. 158; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 89; Kurt, Temerrüt, s. 368; Yener, Arsa Payı, s. 97.

⁶⁷⁵ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 150. Öz'e göre TBK m. 475/III (eBK m. 360/III) hükmünün amacı, ayıplı da olsa eseri tamamlayarak teslim etmiş olan yükleniciyi, geçmişe etkili dönmenin sakıncaları karşısında korumaktır. Oysa eseri teslimde temerrüde düşen yüklenicinin bu şekilde korunması gerekmez. Kanun koyucu temerrüde nazaran daha hafif bir durum olan ayıplı teslim halini yüklenici açısından korumaya değer görmüştür. Buna karşılık, daha ağır bir durum olan eserin tamamlanmaması durumunda yükleniciyi bilinçli olarak korumamış ve TBK m. 125'te (eBK m. 106-108) yer alan geçmişe etkili dönmeyi öngören genel hükümlerin uygulanmasını tercih etmiştir. Öyleyse bir kanun boşluğu söz konusu değildir. Bu itibarla, teslim edilen eserin ayıplı olması halini düzenleyen TBK m. 475 (eBK m. 360) hükmü, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü durumuna kıyasen dahi olsa uygulanamaz. (Öz, Dönme, s. 212-213. Bu yönde: Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 89; Kurt, Temerrüt, s. 382; Yener, Arsa Payı, s. 97; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 160).

savunulan gerekçenin aksine, kusuru ile temerrüde düşen yüklenicilerin özel olarak korunmasını gerektiren bir durum yoktur⁶⁷⁶.

- İleriye etkili fesih görüşüne göre, sözleşmenin feshi üzerine yüklenicinin arsaya ve yapıya paydaş kalması önemli sakıncalar doğurur. İnşaat sonradan iş sahibince tamamlansa ve yüklenici bu tamamlanmış yapıya ortak edilse dahi, arsa payı indirilirken çoğu zaman yüklenicinin işi yaptığı orana göre hak kazanacağı bir bağımsız bölüm bulmak güç veya imkansız olacaktır. Sözleşme yapılırken, inşaat bitince ortaya çıkacak bağımsız bölümler, bina içindeki yerlerine göre bir değerlendirmeye tabi tutularak, bir denge içinde yükleniciyle arsa sahibi arasında paylaşılır. İnşaat yarıda kalınca yüklenicinin alacağı bağımsız bölümler bakımından bu dengeyi kurmak güç veya imkansız olabilir. Yüklenicinin orantılı ücretini kısmen bağımsız bölüm kısmen para olarak vermek şeklindeki çözüm ise, hem aynen ödeme ilkesini tam gerçekleştirmeyecek hem de ortak mülkiyetin sakıncalarını gideremeyecektir. İş yarıda bıraktığı için kendisine olan güven tamamen kaybedilen ve kendisiyle davalı-davacı durumuna girilen yükleniciyle bir bağımsız bölümün ortak mülkiyetine sahip olmak da sakıncalı olabilir⁶⁷⁷.

- TBK’nda eser sözleşmesinin, diğer iş görme sözleşmelerinde (örneğin hizmet sözleşmesi) olduğu gibi haklı nedenle derhal feshin düzenlenmemiş olması da esasen sözleşmenin ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğunu ortaya koymaktadır.

⁶⁷⁶ Öz, Dönme, s. 218; Kurt, Temerrüt, s. 369; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 160. Tandoğan’a göre, çoğunlukla yükleniciler geçimini yalnız emekleri ile sağlayan sanatçı ya da zanaatçılar değil, mali bakımdan güçlü gerçek veya tüzel kişilerdir. Ayrıca, yüklenici gerçekleştirdiği çalışmanın karşılığını, geçmişe etkili dönme durumunda da almaktadır. Klasik dönme teorisi kabul edilmediğinde iş sahibinin sebepsiz zenginleşmesinin değeri, dönüşüm teorisi kabul edildiğinde de eserin objektif değeri iş sahibi tarafından yükleniciye verilmektedir. (Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 151).

⁶⁷⁷ Tandoğan, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 498; Yener, Arsa Payı, s. 98; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat, s. 161.

3.3.3.4. Yargıtay'ın Kabul Ettiği Görüş

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda, yüklenici inşaatı teslim borcunda temerrüde düştüğünde, iş sahibinin sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak feshedebileceğini kabul etmekteydi⁶⁷⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında⁶⁷⁹, iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlar bakımından da yüklenicinin eseri teslim borcunda kusuruyla temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin sözleşmeden geriye etkili olarak dönebileceğine hükmetmişti. Karara göre; borçlu temerrüdünü düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TBK m. 125 (eBK m. 106) hükmü mevcutken, yüklenicinin temerrüdü halinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin TBK m. 475 (eBK m. 360) hükmü kıyasen dahi olsa uygulanması mümkün değildi ve muhtemel sorunlara TBK m. 125 (eBK m. 106) çerçevesinde cevap aranmalı idi.

Yargıtay 15. HD. ile Yargıtay HGK arasında meydana gelen bu içtihat uyuşmazlığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda (YİBBGK) tartışılmış ve alınan içtihadı birleştirme kararında⁶⁸⁰ özetle şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Eser sözleşmesinde yüklenicinin kusuruyla eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinin sonuçları her ne kadar TBK'nda özel olarak düzenlenmiş değilse de, bu durumda, borçlu temerrüdünü düzenleyen genel hükümler olan TBK m. 123-125 (eBK m. 106-108) uygulama alanı bulur. Bu sebeple burada bir kanun boşluğu yoktur. Kıyasın ön şartı, olaya uygulanacak bir hükmün bulunmaması olduğuna göre burada kıyas mümkün olmamaktadır. İnşaat sözleşmeleri, yüklenicinin emek ve masraf

⁶⁷⁸ Dairenin içtihadına göre, yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdü halinde TBK m. 475/III (eBK m. 360/III) hükmü göz önünde tutuluyor ve yapılmış inşaatın kaldırılması aşırı zarara sebep olacaksa, iş sahibine sözleşmeden geriye etkili olarak dönme hakkı tanınmıyordu. Bu durumda, iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği bedelden indirim yapılıyordu. Bunun sonucunda da mütemerrit yüklenici inşaatın tamamladığı kısmıyla orantılı sözleşme bedelini iş sahibinden talep edebiliyordu. (Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 144, dn. 152).

⁶⁷⁹ Yargıtay HGK., 06.10.1982 T., 1982/15-356 E., 1982/817 K. (YHD, C. 5, S. 12, Aralık 1982, s. 1632 vd.).

⁶⁸⁰ Yargıtay İBK.'nun, 25.01.1984 T. ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı ilamın tam metni için bkz. YKD., 1984, C.X, S. 4, s. 501-517.

gerektiren edim borcu uzun bir zamana yayıldığından “geçici-sürekli karmaşığı” sözleşmelerdendir. Bu itibarla bu sözleşmelerde, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da göz önünde bulundurulması gerekir. Yüklenicinin inşaatı teslim etmede temerrüde düşmüş olduğu durumlarda, bazen inşaatın meydana getirilen kısmı öyle bir seviyeye ulaşmış olur ki; iş sahibinin TBK m. 125/II (eBK m. 106/II) uyarınca sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönmesi, borç zamanında ifa edilseydi iş sahibince elde edilemeyecek bir yararın sağlanması gibi adaletsiz bir sonuca sebep olur. İşte bu gibi istisnai durumlarda, TMK m. 2/II’deki hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye sokulup, sözleşmenin geçmişe etkili dönme yoluyla çözülmesi yerine, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde olduğu gibi ileriye etkili fesih yolunun kabulü ile adaletsizlik giderilebilir. Bunun sonucu olarak da, yüklenici, inşaatın meydana getirmiş olduğu kısma tekabül eden bedeli isteyebilir. Buna karşılık iş sahibi de, yüklenicinin kusuruyla sebep olduğu tüm zararların tazminini talep edebilir.

Kararın sonuç kısmında; eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak eBK m. 106-108 (TBK m. 123-125) hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekeceğine değinilmiştir. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK’nun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir.

Karardan anlaşıldığı üzere, dönme ve fesih görüşleri uzlaştırılarak orta bir yol bulunmak istenmiştir. Eser sözleşmeleri kural olarak ani edimli kabul edilirken, inşaat sözleşmeleri geçici – sürekli karmaşığı olarak nitelendirilmiştir. Kararda, ileriye etkili fesih ancak inşaatın gelmiş olduğu seviyenin geçmişe etkili dönmeyi adaletsiz kılacak derecede yüksek düzeye ulaştığı istisnai durumlar için kabul

edilmiştir. Bu istisnai durumlar dışında esas olan gene iş sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönebilmesidir⁶⁸¹.

Kararda görüldüğü üzere, inşaatın hangi seviyeye ulaştığında geçmişe etkili dönmenin yüklenici bakımından adil olmayan sonuçlar oluşturacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu bakımdan YİBBGK'nun kararının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki bu sorunu tamamıyla çözdüğünden söz edilemez⁶⁸². Bu içtihadı birleştirme kararından sonra verilen Yargıtay kararları incelendiğinde, ileriye etkili feshin kabul edilebilmesi için Yargıtay'ın önceleri inşaatın en az %65 oranında tamamlanmasını şart koştuğu görülmekteydi⁶⁸³. Ancak daha sonraları, Yargıtay'ın inşaatın %90 ve üzerinde tamamlanması şartıyla ileriye etkili feshi kabul eden kararları istikrar kazanmıştır⁶⁸⁴. Bugün için de Yargıtay'ın ileriye etkili feshin kabulü için inşaatın en az %90 oranında tamamlanmasını şart koşan uygulaması yerleşik hale gelmiştir.

Yargıtay ayrıca, inşaatın tamamlanma seviyesinin %95'i geçtiği durumlarda, iş sahibinin artık ifayı kabul etmek zorunda olduğunu ve sözleşmeyi ileriye etkili olsa da feshedemeyeceğini benimsemiştir. Bu durumda ancak, eksik kalan kısımların bedeli yükleniciden talep edilebilecektir⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 157-158; Kurt, Temerrüt, s. 374; Şahin, Teslim Borcu, s. 305.

⁶⁸² Hangi seviyeye gelmiş yapı bakımından geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönmenin dürüstlük kuralına aykırılık kabul edileceğinin kararda açıkça belirtilmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz.: Öz, Dönme, s. 220; Kurt, Temerrüt, s. 374.

⁶⁸³ İnşaatın %65'inin tamamlanmasını ileriye etkili fesih için yeterli gören Yargıtay HGK., 27.01.1988 T., 1987/15-509 E., 1988/48 K. için bkz. www.kazanci.com

⁶⁸⁴ Örneğin bkz. Yargıtay, 15. HD.04.06.1998 T., 2081 E. 2043 K. (Karaş, İnşaat, s. 467); Yargıtay 15. HD. 10.06.1999 T., 1658 E., 2437 K. (Karahasan, Ö.B.İ., C.II, s. 573); Yargıtay 15. HD. 01.12.1999 T., 1999/3337 E., 1999/4423 K. (Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 913); Yargıtay 15. HD., 14.01.2004 T., 2003/3057 E., 2004/88 K. (Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 890-891); Yargıtay 15. HD., 04.02.2005 T., 2004/7507 E., 2005/505 K. (Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 877-878).

⁶⁸⁵ Yargıtay 15. HD.'nin 21.10.1999 T., 1999/2473 E., 1999/3735 K.: "(...) inşaatın gerçekleşen fiziki oranı % 93,75'tir. Eser bu oran itibariyle reddedilemeyecek düzeydedir. Davacı arsa sahipleri kalan kısımların tamamlanması için gerekli bedelin ödetilmesini talep edebilirse de, ulaşılan seviyeye göre sözleşmenin ileriye etkili olsa bile, feshi mümkün değildir. (...)" (Kostakoğlu, İnşaat

3.3.3.5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Yüklenicinin temerrüdü üzerine iş sahibinin bazı durumlarda sözleşmeden dönme hakkının kaldırılıp, sözleşmenin ileriye etkili biçimde sonlandırılabilmesi için sözleşmenin nitelik olarak sürekli borç ilişkisi doğurması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, ani edimli borç ilişkisi yarattığı kanısında olduğumuzdan dolayı sözleşmeden dönmenin mümkün olduğuna inanıyoruz. Yüklenicinin temerrüde düşmekte kusuru bulunup bulunmamasının dönme hakkının kullanılabilmesi noktasında bir önemi yoktur. Zira yüklenicinin kusuru, ancak, iş sahibinin mütemerrit yükleniciye yöneltebileceği tazminat talebinin bir şartıdır. Yüklenicinin temerrüdü halinde uygulanacak genel hüküm olan TBK m. 125/II (eBK m. 106/II) düzenlemesinden, borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olup olmamasına bakılmaksızın alacaklının dönme hakkını kullanabileceği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan yüklenicinin eseri tesliminde kusursuz olarak temerrüde düşmesi durumunda, kusursuz ifa imkansızlığına ilişkin TBK m. 486 (eBK m. 371) hükmünün kıyasen uygulanması sonucu feshin yalnızca ileriye etkili olabileceği görüşüne⁶⁸⁶ katılmamaktayız.

Eser sözleşmesi ve bu bağlamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin gerçek manada ani edimli birer sözleşme olduğu görüşündersek de Kanun

Hukuku, s. 891-892); Yargıtay 14. HD.'nin 23.11.2006 T., 2006/11752 E., 2006/13727 K. sayılı kararı ise, "(...) İnşaatın getirildiği %91 fiziki seviye eserin kabulü için arsa sahibinin zorlanacağı bir oran değildir. Dairemizin uygulamasına göre bu seviye en az % 95 olmalıdır.(...)" şeklindedir.

⁶⁸⁶ Söz konusu durumda feshin yalnızca ileriye etkili olabileceği görüşündeki yazarlar: Tandoğan, Ö.B.İ., C.II, s. 143; Öz, Dönme, s. 220; Öz, İnşaat, s. 158. Kurt'a göre ise iş sahibine tanınacak olan fesih hakkının ileriye yahut geriye etkili olarak kullanılabilmesi açısından yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur. Kusur yalnızca tazminat talebinin bir şartıdır. Ayrıca, yüklenicinin eseri teslim borcunda kusursuz olarak temerrüde düşmesi halinde feshin yalnızca ileriye etkili olarak gerçekleşebileceğini savunanlar bu sonuca TBK m. 486 hükmünün kıyasen uygulanması ile ulaşmaktadırlar. Yazar'a göre ise, şahsen ifası gereken eser sözleşmelerinde kusursuz ifa imkansızlığını düzenleyen TBK m. 486 hükmünün temerrüt durumuna kıyasen uygulanması yanlıştır. Kıyas, ancak olaya uygulanabilecek hiçbir kanun hükmü olmadığı halde başvurulabilecek bir yöntem olup yüklenicinin temerrüdü halinde uygulanacak hükümler TBK m. 123-125'te yer alan genel hükümlerdir. TBK m. 125/II hükmü de alacaklıya, borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunup bulunmadığına ilişkin bir ayırım yapmaksızın sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Yazar bu sebepten dolayı, yüklenicinin kusursuz olarak temerrüde düştüğü durumlarda da iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. (Kurt, Temerrüt, s. 377-378).

koyucunun Borçlar Kanunu'ndaki eser sözleşmesi ile ilgili hükümlerin bazılarını, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri nazara alınarak ihdas ettiğini düşünmekteyiz. Bunlar; eserdeki önemli olmayan bazı ayıplar için sözleşmeden dönme yerine onarım istenmesine veya bedelin ayıp oranında indirilmesine ilişkin TBK m. 475/I (eBK m. 360/II) hükmü, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda aşırı zarar gerekçesiyle sözleşmeden dönmeyi engelleyen TBK m. 475/III (eBK m. 360/III) hükmü, keşif bedelinin aşılması nedeniyle iş sahibine sözleşmeyi fesih olanağı veren TBK m. 482 (eBK m. 367) hükmü ve iş sahibine eser tamamlanmadan önce yapılan kısmın bedeli ile yüklenicinin zararını tamamen tazmin etmek kaydıyla sözleşmeyi her zaman feshetmek hakkı tanıyan TBK m. 484 (eBK m. 369) hükümleridir. Ayrıca, iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşmasını düzenleyen TBK m. 485 (eBK m. 370) hükmü ile yüklenicinin ölümü veya aczi üzerine eser sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen TBK m. 486 (eBK m. 371) hükümleri de bu kapsamda sürekli borç ilişkisine özgü düzenlemeler içeren maddelerdir. Ancak bu düzenlemeler eser sözleşmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin niteliğini değiştirmeyip, yalnızca, kanun koyucunun ani edimli olan sözleşmede tarafları bazı bakımlardan koruma ihtiyacı duyduğunu göstermektedir⁶⁸⁷.

Kanun koyucu eser sözleşmesini düzenlerken eserin tesliminden önceki ve sonraki dönemi ayrı ayrı dikkate almıştır. Eserin tesliminden önceki dönemde söz konusu olan yüklenicinin eseri meydana getirme borcu kapsamındaki düzenlemelerde sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere mahsus yukarıdaki düzenlemeler yer alsa da, eser sözleşmeleri tam olarak sonuç borcu doğuran sözleşmelerdendir. Bu bakımdan ifa ve alacaklı iş sahibinin ifaya olan menfaati tek bir eylem olan teslimle gerçekleşir. Bunun sonucu olarak ani edimli sözleşmelerden olan eser sözleşmelerine ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere mahsus olmak üzere ihdas edilen TBK m. 126 hükmünün uygulanma kabiliyeti yoktur. Ancak, yapılan inşaatın büyük bir kısmı tamamlanmış ve sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonlandırılması yüklenicinin

⁶⁸⁷ Şahin, Teslim Borcu, s. 305.

menfaatlerini ciddi biçimde zedeleyecekse bu noktadan sonra sözleşmenin ileriye etkili feshini kabul etmek gerekir⁶⁸⁸. Ancak bu sonuca, geriye etkili dönme hakkının ileriye etkili feshe tahvili şeklinde değil, hakkın kötüye kullanımı yasağının yaptırımı olan kötüye kullanılan hakkın hiç kullanılmamış olması anlamına gelmesinden yola çıkarak varıyoruz⁶⁸⁹.

Ayrıca, Yargıtay uygulamasında yerleşik hale geldiği üzere, dönme hakkının sınırlandırılması için varlığı aranan inşaatın ulaşılmış olması gereken seviye şartının (%90) kat'i olarak uygulanmasını değil, her inşaat sözleşmesinin kendine has özellikleri gözetilerek iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmediğinin somut durumlara göre irdelenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira her inşaat bakımından kesin (genel geçer) bir oran belirlenmesi, iyi niyetli olmayan yüklenicilerin işi belirlenen bu orana ulaştırıp gerisini tamamlaması noktasında umursamaz davranmasına yol açabilir⁶⁹⁰.

Değinilmesi gereken bir diğer husus da, tarafların, yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda iş sahibinin sözleşmeyi yalnızca ileriye etkili olarak feshedebileceğini kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 125 (eBK m. 106) hükmü emredici değil, düzenleyici bir hükümdür. Böyle bir durumda sözleşmede temerrüt halinde alacaklının seçimlik hakkını belirleyen bir hüküm olması halinde bu uygulanır ve iş sahibinin sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak feshedebileceği kararlaştırılmışsa buna itibar edilir⁶⁹¹. Ayrıca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, iş sahibine yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmeden

⁶⁸⁸ Bu görüşte: Şahin, Teslim Borcu, s. 305; Kurt, Temerrüt, s. 380; Yener, Arsa Payı, s. 104; Yaşar, Üçüncü Kişi, s. 313.

⁶⁸⁹ Bu görüşte: Kurt, Temerrüt, s. 383.

⁶⁹⁰ Şahin, Teslim Borcu, s. 304.

⁶⁹¹ Erman, İnşaat, s. 107; Kurt, Temerrüt, s. 379; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 350.

dönme yerine sözleşmeyi ileriye etkili feshetme hakkı da tanınmalıdır⁶⁹². İş sahibinin sözleşmeyi feshetmeyi tercih etmesi halinde, yüklenici inşaatın geldiği seviyeye takriben bedel alacağı olan arsa payının bir kısmına kavuşacağından, bu durum yüklenicinin de menfaatindedir.

3.3.4. Menfi Zararın Tazminini Talep Hakkı

3.3.4.1. Genel Olarak

TBK m. 125/III hükmü, borçlunun temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını ispat edememesi şartıyla, alacaklıya, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteme hakkı tanımaktadır.

Buna göre yüklenici inşaatı (bağımsız bölümleri) teslim borcunda temerrüde düşmüş ve iş sahibi de seçimlik hak olarak sözleşmeden dönmeyi tercih etmişse, iş sahibi ayrıca sözleşmenin hükümsüz kalması yüzünden uğradığı zararların giderilmesini isteyebilir.

Düzenlemede yüklenici aleyhine kusur karinesi söz konusu olup, menfi zararın tazminiyle sorumlu olmak istemeyen yüklenicinin temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Yüklenici mücbir sebep veya iş sahibinin risk

⁶⁹² Bu görüşte: Aral, Ö.B.İ., s. 361; Gümüş, Özel Hükümler, C.II, s. 90; Kurt, Temerrüt, s. 379-384; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 351. Yargıtay da, iş sahibi talep ettiği takdirde sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin ileriye etkili feshini tercih edebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay 15. HD.'nin bu yönde, 07.04.2004 T., 2003/4795 E., 2004/1968 K.: “(...) *Dava konusu olayda inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılmamaktadır. Dairemizin içtihatlarına göre ileriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılamayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne var ki davacı kendi istemiyle ileriye etkili feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir. (...)*” (www.kazanci.com).

alanından kaynaklı bir beklenmeyen halin teslimi mani olduğunu ispat ederek tazmin sorumluluğundan kurtulabilir⁶⁹³.

Menfi zarardan anlaşılması gereken, sözleşmenin kurulmasına, geçerliliğine ve ifasına ilişkin olarak karşı tarafta doğrudan uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasıdır. Yüklenici işi görürken iş sahibinin mal varlığı değerlerine verdiği tüm zararlar, sözleşmeden dönme üzerine menfi zarar tazmini olarak istenebilecektir. Bu zararın kapsamına, borçlunun borca aykırı davranışları neticesinde sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklının, bu sözleşmeyi yaptığı için uğradığı, yani dönmüş olduğu sözleşmeyi hiç yapmasaydı uğramayacak olduğu mal varlığı kayıpları girer⁶⁹⁴. Menfi zararın tazmini sorumluluk hukukunda, geçerli olmayan bir borç ilişkisine girmekten doğan zararların talep edilmesi ihtiyacından doğmuş olup, bu talepte ifa etmeme sebebiyle oluşabilecek menfaat kayıpları dikkate alınmaz⁶⁹⁵.

3.3.4.2. Menfi Tazminat Talebinin Kapsamı

Sözleşmeden dönen iş sahibinin ifaya olan menfaati dışında kalan ve borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak hükümsüz sayılması üzerine uğradığı tüm güven zararları menfi zararın kapsamına girer. Bu bağlamda menfi zararın kapsamı

⁶⁹³ Şahin, Teslim Borcu, s. 306; Yener, Arsa Payı, s. 77; Kurt, Temerrüt, s. 355-356; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 321.

⁶⁹⁴ Yener, Arsa Payı, s. 75; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 399; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 382; Şahin, Teslim Borcu, s. 306; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1296; Karahasan, Ö.B.İ., C.II, s. 545; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 485; Dirican, Cezai Şart, s. 61; Ayan, Temerrüt, s. 278; Karataş, İnşaat, s. 526; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 120; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 147; Kurt, Temerrüt, s. 355; Eren, Genel Hükümler, s. 1124; Öz, Dönme, s. 284-285; Buz, Dönme, s. 240-241; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 571-572; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 353; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 451; Bilge, İnşaat, s. 48. Bu yönde Yargıtay HGK.'nun, 05.07.2006 T., 2006/13-499 E., 2006/507 sayılı K.: "(...) Menfi zarar, uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar. (...)" (www.kazanci.com).

⁶⁹⁵ Yener, Arsa Payı, s. 75-76; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 408 vd.; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 147; Kurt, Temerrüt, s. 358; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 576; Eren, Genel Hükümler, s. 1126; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 712.

belirlenirken, alacaklının malvarlığının, sözleşmeden dönülmesi üzerine mevcut olduğu durum ile bu sözleşmenin hükümsüz kalacağını baştan öngörseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum arasındaki varsayımsal fark belirlenir⁶⁹⁶.

Menfi zararın içine, iş sahibinin ifa ile bağlantılı olan menfaat kayıpları, müspet zarar kalemleri olarak belirlenen elde edilemeyen eserin ekonomik değeri, bu eseri başkasına satma veya kiralama yoluyla elde edilebilecek kazançlar, eseri başkasına yaptırılması sonucu katlanılacak masraflar ve diğer ifaya bağlı çıkar kayıpları girmez⁶⁹⁷. Sözleşmede kararlaştırılan teslim borcunun ifa edilmemesi durumunda talep edilebilecek olan cezai şart da menfi zarar kapsamında istenemez.

Zarar çeşitlerine ilişkin temel sınıflandırma olan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr ayırımı menfi zarar bakımından da geçerlidir. Fiili zarar, mal varlığının aktifinin

⁶⁹⁶ Yener, Arsa Payı, s. 76; Öz, Dönme, s. 284-285; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1296; Şahin, Teslim Borcu, s. 306; Buz, Dönme, s. 241; Eren, Genel Hükümler, s. 1124; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 147; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 120; Ayan, Temerrüt, s. 278; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 452.

⁶⁹⁷ Yener, Arsa Payı, s. 76; Öz, Dönme, s. 285; Ayan, Temerrüt, s. 278; Şahin, Teslim Borcu, s. 307; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 342; Karataş, İnşaat, s. 528; Kurt, Temerrüt, s. 358; Yargıtay 15. HD.'nin 31.03.2009 T., 2008/1951 E./2009/1863 sayılı K.: "(...) Davacılar ile davalılardan A. E. Arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin (...) 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/633 Esas, 2007/59 Karar sayılı kararıyla geriye etkili olmak üzere feshine karar verilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 106. Maddesindeki seçimlik hakkını sözleşmeyi feshi doğrultusunda kullanan arsa sahibi sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan olumsuz zararlarını isteyebilir (eBK 108. m.). Somut olayda davacı hem dairelerin zamanında teslim edilmeme nedeniyle, hem de yasalara uygun inşaat yapılmaması nedeniyle zarara uğradığını belirterek istemde bulunduğuna göre, geç teslimine ilişkin zarar istemi sözleşmesinin ifasına bağlı olmakla, kısaca olumlu zarar niteliğinde bulunduğundan buna ilişkin istemin reddine karar verilmesi isabetli ise de, diğer zararlarının nelerden ibaret olduğu davalıya açıklattırılmadan istemin tümüyle reddi doğru olmamıştır. (...)" (Şahin, Teslim Borcu, s. 307, dn. 364); Yargıtay 15. HD.'nin 13.03.1992 T., 1991/4232 E./1992/1284 sayılı K.: "(...) Davacı iş sahibi kooperatif, davalı yükleniciye daha önce göndermiş olduğu ilk ihtarnamesinde, mehil de vermek suretiyle sözleşmeyi feshedeceğini bildirmiş ve mehil süresi içerisinde işe başlanılmadığı için yanlar arasındaki sözleşmeler feshedilmiş ve böylece sözleşmeden dönülmüştür. Davacı iş sahibi kooperatif tarafından davada ayrıca kira yoksunluğu da istenilmiştir. BK'nun 108. maddesi hükmü gereğince ancak menfi (olumsuz) zararını isteyebilir. Kira yoksunluğu ise müsbet (olumlu) zarar niteliğindedir. Bunu isteme olanağı bulunmadığından mahkemece kira yoksunluğuna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde kira yoksunluğuna da hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. (...)" (karar için bkz. www.yargitay.gov.tr).

Aksi görüş olarak menfi zararın tazmini ile birlikte müspet zarara ilişkin tazminat kalemlerinin de talep edilebileceği düşüncesi için bkz.: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel Hükümler, s. 1298; Serozan, İfa, s. 236; Serozan, Dönme, s. 589 vd.

azalması veya pasifinin artması şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak menfi zarar kapsamındaki yoksun kalınan kazanç (kâr), sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle uğranılan kazanç kaybı olmayıp, sözleşmenin hüküm ifade edeceği düşüncesiyle daha elverişli şartlarda üçüncü kişilerle sözleşme yapma fırsatlarının kaçırılmış olmasından kaynaklı zararlardır⁶⁹⁸. Bu bakımdan buradaki, “yoksun kalınan kâr (kazanç)” ifadesinin yansıttığı anlamın, müspet zarar ve gecikme tazminatındaki yoksun kalınan kâr (kazanç) kapsamından farklı olması ve karışıklığa yol açabileceği düşüncesiyle, “kaçırılan fırsatlar” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz. İş sahibi adına kaçırılan fırsatlar sebebiyle uğranılan zarar, mal varlığının aktifinin artması veya pasifinin azalmasına engel olunması şeklinde gerçekleşebilir⁶⁹⁹. Mal varlığının aktifinin azalması veya üçüncü kişilere karşı borç altına girme şeklinde oluşan zararların tazmininin kabulü için, bunların sözleşmeye güvenin normal sonucu olarak kabul edilebilmesi gerekir. Ayrıca iş sahibinin, dönülen sözleşme vesilesiyle kazanç elde edip etmediği değerlendirilip menfi zarar miktarından düşülmelidir⁷⁰⁰.

Fiili zarar kapsamına temel olarak;

- Sözleşmenin yapılması masrafları ve bu bağlamda noter, vergi veya pul, telefon, seyahat masrafları,⁷⁰¹
- İfa beklentisi içinde yapılan harcamalar (örneğin; arsası üzerine yapılacağına inandığı inşaat yüzünden evini yıkan iş sahibinin zararı),⁷⁰²

⁶⁹⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 1125; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 713; Buz, Dönme, s. 246 vd.; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 340-341; Öz, Dönme, s. 289; Öz, İnşaat, s. 37; Şahin, Teslim Borcu, s. 311; Ayan, Temerrüt, s. 279; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 304; Dirican, Cezai Şart, s. 62; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 121; Yener, Arsa Payı, s. 81-82; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 678; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 354; Ergezen, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 125; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 454.

⁶⁹⁹ Yener, Arsa Payı, s. 76-77; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 409 vd.

⁷⁰⁰ Yener, Arsa Payı, s. 77; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 147; Şahin, Teslim Borcu, s. 317; Buz, Dönme, s. 272-273; Kurt, Temerrüt, s. 362-363; Öz, Dönme, s. 300; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 576.

⁷⁰¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1124; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 712; Öz, Dönme, s. 287-288; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 485; Buz, Dönme, s. 243-244; Ayan, Temerrüt, s. 279; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 147; Şahin, Teslim Borcu, s. 309; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 120; Duman, Kat Karşılığı İnşaat, s. 96; Yener, Arsa Payı, s. 81; Kurt, Temerrüt, s. 360; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 573; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 453; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 353.

• İş sahibinin sözleşmeden dönmek amacıyla yaptığı harcamalar (örneğin; ihtar, ek süre tayini, dava açma ve vekalet ücreti için ödemek zorunda kaldığı giderler),⁷⁰³

• Sözleşmeden dönme yüzünden iş sahibinin üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan edimlerini ifa edememesi nedeniyle bu kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve tazminatlar⁷⁰⁴ ve

• İş sahibinin dönülen sözleşmenin tasfiyesi sebebiyle uğradığı zararlar⁷⁰⁵ girer.

Bu zarar kalemleri tahdidi olmayıp her somut olayda değişmesi ve yeni zarar kalemlerinin eklenmesi mümkündür. Bu tür zararların tazmininin sağlanabilmesi için önem arz eden husus, meydana gelen zararın sebebini, sözleşmeye duyulan güvenin boşa çıkmasının teşkil etmesi gerekliliğidir. Yani söz konusu olan menfi zarar kalemi ile sözleşmeye güven arasında illiyet bağının varlığı aranır⁷⁰⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından ifade edilmesi gereken bir husus da; iş sahibinin menfi zararı kapsamına, sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden mahrum kaldığı kira kayıplarının girmeyip, inşaatın yapılması için arsası üzerindeki evin yıkılması sebebiyle kirada oturduğu döneme ait kira giderlerinin girmesidir. Zira, sözleşmeden dönüldüğünde sözleşme yapılmıyaydı olması gereken eski malvarlığı durumunun tesisi amaçlanmaktadır. Bu bakımdan ev zamanında teslim

⁷⁰² Öz, Dönme, s. 288; Buz, Dönme, s. 244; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 147; Duman, Kat Karşılığı İnşaat, s. 97; Yener, Arsa Payı, s. 81; Şahin, Teslim Borcu, s. 309; Kurt, Temerrüt, s. 360; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 574; Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s. 353.

⁷⁰³ Eren, Genel Hükümler, s. 1125; Buz, Dönme, s. 245; Şahin, Teslim Borcu, s. 309; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 121; Yener, Arsa Payı, s. 81; Kurt, Temerrüt, s. 361; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 574; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 453.

⁷⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1125; Buz, Dönme, s. 245; Şahin, Teslim Borcu, s. 309; Uygur, İnşaat Hukuku, C.II, s. 486; Karahasan, Ö.B.İ., C.II., s. 548; Ayan, Temerrüt, s. 279; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 121; Yener, Arsa Payı, s. 80-81; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 712; Kurt, Temerrüt, s. 360-361; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 675-676; Aydemir, İnşaat Hukuku, s. 453.

⁷⁰⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 1125; Buz, Dönme, s. 245; Şahin, Teslim Borcu, s. 310; Ayan, Temerrüt, s. 279; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 147; Yener, Arsa Payı, s. 81; Kurt, Temerrüt, s. 361; Kırmızı, İnşaat Sözleşmesi, s. 574.

⁷⁰⁶ Şahin, Teslim Borcu, s. 310.

edilseydi getireceği kira miktarı, sözleşmeden dönme ile birlikte istenebilecek olan menfi zarar kapsamına girmez. Ancak, iş sahibinin aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebi yahut ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini talebi yollarından birini seçmesi halinde istenmesi mümkündür. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir⁷⁰⁷. Buna göre; sözleşmeden dönülüp menfi zararın istenilmesi halinde kural olarak müspet zarar ve bu kapsamda gecikme cezası ile kira tazminatı istenemez. Ancak taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde menfi zararın yanında gecikme cezası ödeneceğini de hüküm altına alabilirler⁷⁰⁸.

İş / arsa sahibinin dönülen sözleşmeye güvenmek suretiyle kendisi için daha elverişli olan sözleşmeleri yapma fırsatını kaçırmış olması halinde oluşan farka tekabül eden zarar, *kaçırılan fırsatlar* nedeniyle doğan zararı oluşturur. Menfi zarar kapsamına, dönülen sözleşmeye güven yüzünden iş sahibinin yükleniciye verdiği veya bu yüzden kullanımını sınırladığı şeyleri değerlendirememesi (semerelelendirememesi) yüzünden uğradığı kazanç kayıpları da girer⁷⁰⁹. Örneğin; arsa üzerindeki inşaat işleri yüzünden zirai faaliyet durmuşsa böyle bir zarar söz konusu olur. Bu şekildeki tazmin talebi için, iş sahibinin sözleşmeye güvenmeseydi kullanamadığı şeyden elde edeceği semere miktarını ispat etmesi gerekir. Aksi durumda, zaten herhangi bir semere elde edemeyecektiye bu tazminat istenemez⁷¹⁰.

İş sahibi 'başka bir sözleşme yapma' fırsatını kaçırdığını ileri sürerek bu nedenle uğradığı zararın tazminini talep ederken, sözleşme konusu arsayı borçluya vermeseydi ondan elde edeceği yararlar bulunduğunu öne sürerek talepte bulunamaz. Zira alacaklı iş sahibi kaçırdığı sözleşmeyi yapmış olsaydı dahi, sözleşme konusu

⁷⁰⁷ Bu yönde Yargıtay 15. HD.'nin 25.09.2008 T. 2007/7088 E., 2008/5681 K.: "(...) *Sözleşme feshedildiğine göre davacı arsa sahibi ancak BK'nın 108. maddesi gereğince menfi zararlarını talep edebileceğinden arsa sahibi tarafından açılan ve kira tazminatı talebine ilişkin olan asıl davanın reddi yerine (...) kira tazminatına hükmedilmesi doğru olmamış (...) kararın bozulması gerekmiştir. (...)*" (Yayınlanmamış Karar).

⁷⁰⁸ Şahin, Teslim Borcu, s. 311; Kurt, Temerrüt, s. 358-359.

⁷⁰⁹ Öz, Dönme, s. 290; Şahin, Teslim Borcu, s. 313; Yener, Arsa Payı, s. 83; Kurt, Temerrüt, s. 362.

⁷¹⁰ Öz, Dönme, s. 290; Şahin, Teslim Borcu, s. 313; Buz, Dönme, s. 252; Yener, Arsa Payı, s. 85.

arsanın zilyetliğini başka bir şahsa teslim edecekti ve dolayısıyla arsadan herhangi bir fayda (semere) elde edemeyecekti⁷¹¹. Bu bakımdan, bu faydadan (semere) mahrum kalma sebebiyle tazminat istenebilmesi için ‘aynı arsa için başka biriyle sözleşme yapma fırsatını kaçıрма’ sebebine dayanılmamalıdır.

Sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, kaçırmış olduğu fırsatları hala değerlendirme imkanına sahipse veya kaçırmış olduğu tekliften sonra daha iyi şartlarla başka bir sözleşme yapma fırsatını elde etmişse, artık menfi zarar kapsamında ileri sürülebilecek bir kar mahrumiyeti söz konusu olmaz⁷¹².

Güveni boşa çıkarılan iş sahibinin, kaçırdığı daha elverişli teklif ile yerine getirilmesini amaçladığı borç ilişkisinin hükümsüzlüğü yüzünden yeniden yapmak durumunda kaldığı sözleşmenin konusunun ve miktarının mutlaka aynı olmasına gerek yoktur. İş / arsa sahibinin içinde bulunduğu şartlar itibarıyla sözleşmenin konusunda veya miktarında yapmış olduğu değişiklikler onun kar mahrumiyeti talebinde bulunmasına engel değildir⁷¹³. Bu bağlamda dönülen sözleşmeye duyulmuş olan güven yüzünden değerlendirilemeyen farklı alanlardaki işler de ‘kaçırılan fırsat’ kapsamında ileri sürülebilir⁷¹⁴.

3.3.4.3. Menfi Zararın İspatı

Menfi zararın tazmininin istenebilmesi için, iş sahibinin uğradığı zararı ispat etmesi gerekir. Fiili zarar kalemlerinin varlığını ortaya koymak zor olmadığından pek bir güçlük çıkmaz. Burada, iş sahibinin malvarlığında meydana gelen fiili azalmayı

⁷¹¹ Yener, Arsa Payı, s. 86; Buz, Dönme, s. 252.

⁷¹² Yener, Arsa Payı, s. 84.

⁷¹³ Yener, Arsa Payı, s. 84.

⁷¹⁴ Yener, Arsa Payı, s. 86; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 316.

ve bu azalma ile dönülen sözleşmeyi yapması arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu ispat etmesi yeterlidir⁷¹⁵.

Kaçırılan fırsatların ispatı ise çeşitli güçlükler arz edebilir. Zira, burada kaçırılan fırsat farazi bir zarar olup ispatı güçtür⁷¹⁶. Sözleşmeden dönen alacaklı iş sahibinin somut bir şekilde sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını, kendisine yapılan başka bir teklifi reddettiğini ispat etmesinin gerekli olup olmadığı noktasında farklı görüşler vardır. Hakim olan görüşe göre bu sorunun cevabında geniş düşünölmeli ve alacaklının dönülen sözleşmeyi yapması yüzünden başka sözleşme teklifini reddettiğinin somut şekilde ispatı gerekmemelidir⁷¹⁷. Tazminat talep eden alacaklı iş sahibinin kaçırdığını ileri sürdüğü elverişli fırsatı ispat ederken, aynı tür sözleşmeyi rayiç bedelle yapma imkanını kaybetmiş olması gerekli ve yeterlidir. Aksi görüşe⁷¹⁸ göre ise, menfi zararının tazminini isteyen iş sahibi hiç olmazsa kaçırdığını iddia ettiği elverişli fırsatı, sonradan döndüğü sözleşme bağı olmasaydı gerçekten değerlendirecek olduğunu güçlü bir olasılık şeklinde ortaya koyabilmeli ve inandırıcı somut delillerle ispatlayabilmelidir. Ayrıca, iş sahibinin sözleşmeden döndükten sonra aynı işi başkasına daha fazla bedele yaptırmış veya yaptıracığı kesin olmalıdır. İş sahibi dönmüş olduğu sözleşmenin yapıldığı sıradaki ortalama sözleşme bedeli (mukabil arsa payı) ile dönme tarihindeki ortalama sözleşme bedeli (mukabil arsa payı) arasındaki farkı ispatlayarak bunu menfi zarar kapsamında talep edebilir. İş sahibi, dönülen sözleşme olmasaydı başka bir yükleniciyle sözleşme yapacağını da kanıtlamak durumundadır⁷¹⁹. Düşüncemize göre burada hakim görüş uyarınca hareket edilmelidir. Zira, bir sözleşme yapma fırsatının kaçırdığının tam ve kesin bir biçimde ispatı şart koşulursa, olayların çoğunda sözleşmeden dönen alacaklının,

⁷¹⁵ Buz, Dönme, s. 252; Şahin, Teslim Borcu, s. 314; Karataş, İnşaat, s. 541; Yener, Arsa Payı, s. 86; Kurt, Temerrüt, s. 363.

⁷¹⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1125; Buz, Dönme, s. 253; Ayan, Temerrüt, s. 279; Şahin, Teslim Borcu, s. 315; Yakuppur, Teslim Borcu, s. 123.

⁷¹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1125; Ayan, Temerrüt, s. 279; Şahin, Teslim Borcu, s. 315; Buz, Dönme, s. 253; Yener, Arsa Payı, s. 87; Kurt, Temerrüt, s. 364.

⁷¹⁸ Öz, Dönme, s. 290; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 147; Yener, Arsa Payı, s. 86-87.

⁷¹⁹ Ayan, Temerrüt, s. 280; Şahin, Teslim Borcu, s. 315.

menfi zarara dahil bulunan yoksun kalınan kâr niteliğindeki zararını tazmin etmesi mümkün olmayacaktır.

Yargıtay kaçırılan fırsatın ispatı noktasında, iş sahibi sözleşmenin yapıldığı zamanda başka bir yükleniciden teklif almış ise o tekliflerin, aksi halde o tarihteki rayiç bedellerin dikkate alınacağı kanaatindedir. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı⁷²⁰, “*Davalının yeniden sözleşme yapılması sonucu ilk sözleşme tarihi itibarıyla davacı yerine başkası ile sözleşme yapılırsa ne miktar bağımsız bölüm alacağı bulunmalı, bundan yeniden sözleşme yapması sonucu verilen daire sayısı farkı nedeniyle varsa uğradığı ve imar değişikliği sonucu 5970 ada 7 parselde oluşan kat kaybı sonucu uğradığı zararı, yine ikinci sözleşmede katlanmak zorunda kaldığı altyapı giderleri, imara uygun olması kaydı ile havuz yapmak durumunda kaldığında katılacağı masraf toplamı arasındaki fark, yeniden oluşturulacak uzman bilirkişi heyetine incelettirilmeli ve alınacak raporla saptanıp karşı davada hüküm altına alınmalıdır.*” şeklindedir.

3.3.4.4. Menfi Zararın Hesaplanacağı An

Sözleşmeden dönme üzerine istenecek menfi zararın tazmininde, tazminat hesabının hangi andaki ekonomik duruma göre yapılacağını belirlemek önemlidir. Uygulamada bazen tazminat davasının açıldığı tarih, bazen de zarar verici olayın gerçekleştiği tarih esas alınarak hesaplama yapılmaktadır⁷²¹. Tazminat alacaklısını, paranın aşırı değer kaybından kurtarmak amacıyla, her türlü zararın belirlenmesinde hakimın hüküm vereceği tarihteki duruma göre ve hükme yakın bir tarihte hesap yapması uygun olur. Doktrinde baskın olan görüş uyarınca kural olarak, menfi

⁷²⁰ Yargıtay 15. HD. 10.04.2008 T., 2007/189 E., 2008/2341 K. sayılı ilam için bkz. Şahin, Teslim Borcu, s. 316.

⁷²¹ Yargıtay İBK.'nin 28.11.1956 T., 1956/15 E., 1956/15 K.: “(...) Her davada açıldığı tarihte tespit edilen vaziyet hükme esas itihaz olunması iktiza etmesine (...)” (Yener, Arsa Payı, s. 90, dn. 357'den YİBK. Hukuk Bölümü C.4, s. 700); Yargıtay HGK.'nin 31.01.1979 T., 1977/15-693 E., 1979/68 sayılı K.'na göre ise: “(...) bilirkişi incelemesi yapılarak, eserdeki noksanlıkların dava tarihindeki piyasa rayiç fiyatlarına göre tespit ettirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. (...)” (Karar için bkz. Yener, Arsa Payı, s. 90, dn. 357).

zararın hesabı hüküm tarihi esas alınmak suretiyle yapılır. Buna göre menfi zarar tazminatının hesaplanmasında da, diğer zarar türlerinde olduğu gibi hüküm anının esas alınması daha isabetlidir⁷²². Fakat dönme hakkının kullanılması spekülasyon amaçlarıyla geciktirilmişse zararın hesabında iş sahibinin iyi niyet kuralları gereği dönme hakkını kullanması gereken anın esas alınması doğru olur⁷²³.

3.3.4.5. Menfi Zararın Tazmininde Zamanaşımı

Eser sözleşmelerinde zamanaşımını düzenleyen TBK m. 147/b.6'ya göre; yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, sözleşmeden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabidir. Zarar yüklenicinin ağır kusuru sonucu doğmuşsa, bu düzenlemenin dışında kalan ve TBK m. 146'da öngörülen on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu kapsamda zamanaşımı süresi de, menfi zararın tazmini talebinin muaccel olduğu an olan dönme hakkının kullanıldığı tarih ile işlemeye başlar⁷²⁴.

⁷²² Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 358; Barlas, Temerrüt, s. 131; Yener, Arsa Payı, s. 90; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, s. 351; Öz, Dönme, s. 298; Buz, Dönme, s. 275; Eren, Genel Hükümler, s. 1125; İnan, Genel Hükümler, s. 331.

⁷²³ Buz, Dönme, s. 275; Şahin, Teslim Borcu, s. 318-319.

⁷²⁴ Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 147; Öz, Dönme, s. 302; Buz, Dönme, s. 276; Şahin, Teslim Borcu, s. 363; Kurt, Temerrüt, s. 367.

SONUÇ

1- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belirli paylarını devretme yükümlülüğü karşılığında, yüklenicinin arsa üzerine bina inşa ederek sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa / iş sahibine teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Sözleşme kanunda ayrıntısıyla düzenlenmemesinden mütevellit isimsiz sözleşmelerden olup, çift tipli karma sözleşmeler grubuna girmektedir. Bu sözleşmeye uygulanacak kanun hükümleri, sözleşmenin edim yükümlülüklerine karakteristik özelliğini veren iki sözleşme olan eser sözleşmesi ile taşınmaz satım sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanmasıyla belirlenir. Geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şekle aykırılığın ileri sürülmesi bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması durumu teşkil edebilir. Özellikle yüklenicinin inşaatı büyük oranda veya tamamen meydana getirdiği hallerde iş sahibince şekle aykırılığın ileri sürülebilmesi Yargıtay kararları uyarınca da kabul edilmemektedir.

2- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri temelde iş görme borcu doğuran sözleşmelerden olup, hizmet ve vekalet sözleşmelerinin aksine taraflar arasında ani edimli bir borç ilişkisi oluşturur. Zira burada edim süreci değil, edim sonucu borçlanılmaktadır. İş sahibi açısından ısmarladığı eserin belirli bir oranının yapılması yeterli görülemez, ancak eserin tam olarak bitirilip teslim edilmesiyle arzulanan yegane amaca ulaşılmış olunur. Yüklenici, eseri meydana getirme faaliyetine başlaması ile birlikte asli edimini, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde olduğu gibi 'her bir an' ifa etmez. İfa, inşaatın bitirilip iş sahibine kalacak bağımsız bölümlerin teslimiyle tek seferde gerçekleşir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere mahsus 'haklı nedenle derhal fesih' imkanının eser sözleşmeleri açısından kanunda öngörülmemesi de sözleşmenin ani edimli olduğu düşüncesini destekler.

3- Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin bedel borcu, yüklenicinin eseri tamamlayıp teslim etmesiyle doğar. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin aksine ani edimli borç ilişkilerinde bedel borcu yapılan iş karşılığı belirli dönemlerde (periyodik olarak) değil, sözleşmenin amacına giden yolda son eylem olan teslimin gerçekleşmesiyle doğar. Taraflar arasında, iş sahibinin edim borcunu belirli devrelerde yerine getirmesinin kararlaştırılması bu sonucu değiştirmez. Zira, iş sahibinin bedel borcu olan belirli arsa paylarını yükleniciye devretme yükümlülüğü TBK m. 479 gereğince eserin kendisine teslimi ile muaccel olur.

4- Eser sözleşmesinin TBK sistematüğinde meydana getirme aşamasına ilişkin olarak haklı nedenle derhal fesih ve temerrüt imkanının düzenlenmemiş olması yüklenicinin ‘eseri meydana getirme’ ve ‘teslim’ olmak üzere iki ayrı asli edim borcunun değil, ‘teslim’den oluşan tek bir asli edim borcunun mevcudiyetini ortaya koyar. Bu kapsamda ‘işe başlama ve yürütme’ kenar başlıklı TBK m. 473 hükmü, meydana getirme aşamasındaki temerrüdü düzenlememektedir. Bu hüküm, yüklenicinin işe başlamaması yahut geciktirmesi gibi durumlarda iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanıyan özel bir düzenleme niteliğindedir. Burada temerrüdün genel sonuçlarına atıf yapılmayıp yalnızca ‘sözleşmeden dönme’ imkanından bahsedilmesi özel nitelikte bir hüküm olduğunu ortaya koyar. Bu durumda düzenleme içi boşluk olduğundan bahisle kıyasen de olsa genel kısımdaki ‘tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme’lerdeki temerrüde mahsus diğer seçimlik hakların iş sahibine tanınması mümkün olmamalıdır. Zira burada kanun koyucunun amacı iş sahibine yalnızca sözleşmeden dönme yolunu tanımaktır.

5- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde teslim fiili kural olarak diğer eser sözleşmelerindeki gibi olmakla birlikte, eserin tecelli ettiği yer arsa sahibinin mülkiyetinde olduğundan TMK gereği mülkiyetin ayrıca devri gerekmez. İnşaatın bitirilmesiyle iş / arsa sahibine teslim gerçekleşmiş olur. İnşaatın bittiğinin iş sahibince anlaşılmadığı hallerde yapılacak bildirimle teslim fiili gerçekleşir. Arsa sahibinin, bağımsız bölümü kullanmaya başlaması da bu kullanımın zorunluluktan ileri gelmesi hali dışında teslimin gerçekleştiğini gösteren bir karinedir.

6- Teslimin ek şartlara bağlanması, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında mümkündür. Örneğin, yüklenici tarafından yapı kullanma izin belgesinin alınması taraflar arasında edim borcuna dair esaslı nokta olarak belirlenebilir ve bu şart yerine getirilmeden inşaat eksiksiz olarak meydana getirilmiş olsa bile teslim gerçekleşmez. Teslim eserin kararlaştırıldığı şekilde eksiksiz olarak bitirilip ifa amacıyla iş sahibine sunulması anlamını taşır. Tamamlanarak teslim edilen eserin ayıplı olmaması teslimin bir ön şartı değildir. Eser ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış ve teslim edilmiş olabilir. Bu noktada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde eksiklik ile ayıp kavramlarının ayırt edilmesi bazen zorluk teşkil edebilir. Özellikle inşaatın kararlaştırıldan daha küçük yüzölçümünde olması durumunun hangi kapsamda olacağıın belirlenmesi gerekir. Burada, inşaat imal çalışmalarının, daha önce yapılmış işler bozulmadan devam ettirilmesi mümkün ise eksiklik, daha önce meydana getirilen bu kısımlara müdahale olmadan giderilmesi mümkün olmayan durumlarda ise ayıplı iş olduğunun kabulü gerekir. Bu farkın tesbiti uygulanacak kanun hükümlerinin farklı olmasından dolayı önem taşır.

7- Kabul ihtiva ettiği hukuki anlam ve sonuçları açısından teslimden farklıdır. Kabul, iş sahibinin teslim edilen eseri sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun

bulduğu anlamına gelen bir irade beyanı olup, zaman yönünden teslimden sonra ya da en erken teslimle birlikte gerçekleşebilir. Teslimin hukuki sonuçları ise genel olarak, karşı edim borcunun muaccel olması, yarar ve hasarın iş sahibine geçmesi ve ayıptan kaynaklı hakların ortaya çıkması şeklindedir.

8- Eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü hususu TBK'nun özel hükümler kısmında ayrıca düzenlenmediği için burada genel hükümlerde yer alan temerrüt hükümleri uygulama alanı bulur. Bu sebeple, eser sözleşmelerinde temerrüdün hüküm ve sonuçlarının düzenlenmemiş olması bir kanun boşluğuna işaret etmez. Yüklenicinin asli edim borcu olan teslimi, ifası mümkün olmak kaydıyla sözleşmede kararlaştırılan zamanda borca aykırı olarak gerçekleştirememesi durumunda kural olarak iş sahibinin ihtarıyla temerrüt gerçekleşir. Yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucu alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı imkanı dışında aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazmini ile sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini isteme hakkı mevcuttur.

9- Edimin ifası objektif olarak mümkün olduğu sürece aynen ifa yolunu tercih eden iş sahibi ikame (nama) ifa imkanına da sahip olup, eserin bizzat kendisi yahut başka bir yüklenici tarafından yerine getirilmesini talep edebilir. Borcun mutlaka sözleşmedeki yüklenici tarafından yerine getirilmesi şart değilse, arsa sahibi, açacağı ifa davası ile masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin kendisi yahut başka bir yüklenici tarafından yerine getirilmesini talep edebilir. Ancak, arsa / iş sahibinin ikame ifa isteyebilmesi için mutlaka ifa davası açmış olması gerekmez. Arsa / iş sahibi muaccel edimin yerine getirilmemesi üzerine doğrudan TBK m. 113/I hükmüne dayanarak açacağı dava ile ikame (nama) ifayı talep edebilir.

10- İş / arsa sahibi ek süre verilmesine gerek olmayan hallerde temerrütten itibaren, ek süre verilmesi gereken hallerde ise sürenin bitiminden itibaren mümkün olabilecek en kısa zaman içinde yapacağı bildirimle aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edebilir. Müspet zarar, yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri ile gecikme zararlarının toplamından oluşur. Bu seçimlik hakkın tercih edilmesi halinde sözleşme ilişkisi varlığını devam ettirdiği için iş sahibinin kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu husus, müspet zararın hesaplanmasına ilişkin ortaya konulan mübadele ve fark teorilerinden hangisinin tercih edileceğine göre belirlenecektir. Mübadele teorisi uygulandığında iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının tamamını yükleniciye devredecek ve yerine ifa edilmeyen inşaatın tam değerini tazminat olarak talep etme imkanına kavuşacaktır. Fark teorisinin uygulanması durumunda ise arsa sahibi, kendisine sözleşme gereği teslim edilmesi gereken bağımsız bölümlerin aynen ifadan vazgeçtiği tarih itibarıyla rayiç değerinden karşı edimi teşkil eden arsa paylarının değerini düşükten sonra kalan tutarı ve inşaatın tamamlanması için gerekli olan

tutarı isteyebilecektir. Bu teorilerden hangisinin uygulanacağına iş sahibi karar verebilmeli ancak özellikle yüklenici tarafından üçüncü kişilere pay devri yapıldığı durumlarda, bu kişilerin hak kaybının önlenmesi adına mübadele teorisi uygulanmalıdır.

11- Yüklenicinin temerrüdü üzerine aynen ifadan vazgeçen arsa / iş sahibi tarafından sözleşmeden dönme yolunun tercih edilebilmesi, sözleşme ani edimli borç ilişkisi doğurduğundan ötürü mümkündür. Karşı tarafa ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğuran sözleşmeden dönme bildirimini ile birlikte karşılıklı edimler son bulur ve dönme müessesesinin klasik teoride ifade ettiği anlam gereği sözleşme hiç yapılmamışçasına geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu kapsamda Yargıtay'ın yerleşik uygulaması haline gelen dönme hakkının kullanılmasının yalnızca dava yoluyla mümkün olabileceği görüşü kabul edilemez. Diğer yandan, taşınmaz mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerin sebebe bağlı (illî) olmasının sonucu olarak, o ana kadar yükleniciye devredilmiş arsa payları hukuki sebepten yoksun hale gelir. Bu durumda tapuda şekli tescil olmasına karşın yolsuz hale gelen tescilin düzeltilmesi arsa / iş sahibi tarafından TMK m. 1025 hükmü uyarınca talep edilebilir.

12- Sözleşmeden dönme ile birlikte o ana kadar yerine getirilmiş edimlerin iadesi yükümlülüğü imkansızlığa uğramış olabilir. Örneğin, yüklenici inşaatı gerçekleştirme amacıyla nakit ihtiyacını karşılamak için kendisine devredilmiş arsa paylarını inşaat tamamlanmadan üçüncü kişiye devretmiş yahut devrini vaat etmiş olabilir. Bu durumda yüklenicinin iade kapsamı belirlenirken TMK m. 993-995 hükümleri uyarınca iyiniyetin mevcut olup olmamasına göre bir ayırım yapılır.

Kural olarak iade borçlusunu iyiniyetli kabul eden görüş uyarınca iadeye ilişkin uygulanacak TMK m. 993 hükmü, haksız zilyedin iade konusu şeyi varlığına inandığı hakka uygun kullanması sonucu, iade talebinde bulunan şahsa karşı herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmadığını ve şeyin yok olmasından veya hasara uğramasından da sorumlu olmayacağını öngörür. İade borçlusunun iade konusu arsa paylarını iyi niyetli üçüncü kişiye tapuda devretmesi üzerine iade, yükleniciden ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bedel olarak talep edilebilir. Bu takdirde de, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun kapsamını düzenleyen TBK m. 79/I uygulama alanı bulur ve iade borçlusu iade konusu şey o an hangi durumda bulunuyorsa onu o haliyle iade alacaklısına vermekle yükümlülüğünden kurtulur.

İade borçlusu yüklenicinin iyi niyetli kabul edilip, iadeye konu arsa payını sözleşmeden dönmeden önce üçüncü kişiye devrettiği durumlarda iş sahibi adına meydana gelen bu adaletsizliğin önlenmesi gerekmektedir. Bu, TMK m. 993'de geçen "karineyle mevcut hak ve iyi niyet" kavramlarının sözleşmeden dönmenin şartlarına uygun şekilde değerlendirilmesi yoluyla mümkün olur. Buna göre;

yüklenicin 'varlığına inandığı hak'ka dayanabilmesi ve iyi niyetli kabul edilmesi ancak kendi edimlerini yerine getirmesi halinde mümkün olur. Haksız zilyet her zaman için karineyle mevcut hakkını kullandığı iddiasında bulunamamalıdır. Dönme beyanına kadar kural olarak iyi niyetli sayılan zilyedin iş sahibine karşı sorumluluktan kurtulabilmesi için, arsadan kendisinde bulunduğu iyi niyetle inandığı hakka uygun olarak davranması lazımdır. Yüklenici açısından varlığına inanılan hak mülkiyet hakkıdır ancak bu hakkın elde edilebilmesi inşaatın sözleşmede öngörülen şekilde tamamlanıp teslim edilmesine bağlıdır. Bu durumda, kendi edimini ifa etmeden arsa payını üçüncü bir kişiye devreden yüklenicinin, varlığına inandığı hakkına uygun hareket ettiği kabul edilmemeli ve devrettiği arsa payı değer karşılığının tamamı ile sorumlu tutulmalıdır.

13- Yargıtay'ın uygulaması uyarınca yüklenicinin inşaatı tesliminden önce kendisine yapılan pay devrinin avans niteliğinde olması ve bu tescillerin yükleniciye aynı haklar sağlamayacağı görüşünün kabulü, aynı hakların ve tapu sicilinin hukuki nitelikleri ile bağdaşmaz. Öyle ki, Yargıtay inşaat tamamlanmadan yükleniciden pay devralan üçüncü kişileri de, genel geçer şekilde kötü niyetli kabul edip koruma dışı bırakmaktadır. Yargıtay'ın bu uygulamasının gerekçesi ise, yüklenici adına tescil olsa dahi arsa paylarına hak kazanılmasının inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi şartına bağlı olması ve üçüncü kişinin gereken özeni göstermeyip böyle bir durumda yükleniciden pay devralmasının onun sicile iyi niyetle güvenini ortadan kaldırmasıdır. Bu uygulamanın akabinde, sözleşmeden dönen iş sahipleri aynı hakka dayalı tapu iptal ve tescil taleplerini doğrudan üçüncü kişilere karşı da kullanabilmekte ve üçüncü kişiler de TMK m. 1023'ün iyi niyetli aynı hak kazanımını koruyan hükmünden yararlanamamaktadır.

Yargıtay'ın bu uygulaması taşınmazlar üzerindeki aynı hakların devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin şarta bağlanamayacağı ilkesine aykırı olduğu gibi TMK'nda sicile iyi niyetle güvenerek aynı hak kazanılabileceğini öngören 1023. madde hükmü ile de bağdaşmaz. Ayrıca, yüklenicinin edim borcuna karşılık arsa paylarını devralmış olması dolayısıyla üçüncü kişinin bu durumu araştırıp öğrenmesi gereğini ona yüklemek kanunda iyi niyetin kabulü için aranmayan bir şarttır. Kaldı ki, üçüncü kişinin, edim karşılığı olarak arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye devredilmiş olduğunu bilmesi TMK m. 1023 anlamında iyi niyeti ortadan kaldırmamalıdır. İş sahibi ile yüklenici arasında yapılan sözleşme üçüncü kişiye yapılan devrin hukuki sebebi değil saikidir. Arsa / iş sahibi, yükleniciye olan borcunu ifa saikiyle, söz konusu bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmektedir. Bu saikin de sonradan ortadan kalkması geçerli devre hiçbir etki yapmamalıdır. Zira, devrin hukuki sebebi arsa sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılan satış sözleşmesidir. Bu satış sözleşmesinde bir sakatlık olmadığı sürece tapuda yapılan temlik geçerli kalmalıdır. Arsa sahibi kendi edim borcunu, inşaatın teslimine bırakmamakla bir risk

altına girmiştir ve bu riskin sonuçlarına da katlanmalıdır. Burada üçüncü kişinin iyiniyetinin varlığı TMK m. 3 hükmü çerçevesinde istisna değil karinedir.

14- Arsa / iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce üçüncü kişinin yükleniciden kazanmış olduğu alım, önalım ve satış vaadinden kaynaklı nisbi hakları ise, TMK m. 1023 ve 1025'in koruma kapsamına yalnızca aynı hakları alması sebebiyle arsa / iş sahibine karşı bir anlam ifade etmez. Bu durumda üçüncü kişi sahibi olduğu nisbi haklarından doğan alacağa kavuşamaması sebebiyle uğradığı zararın tazminini TBK m. 112 hükmü uyarınca yükleniciden talep edebilir.

15- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bazı durumlarda, yüklenicinin temerrüde düşmesine binaen iş sahibince, kendisine tanınan kanuni dönme hakkının kullanılması adaletsiz bir sonuç doğurup, hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilir. Örneğin, yapılan inşaatın büyük bir kısmı tamamlanmış olup da sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonlandırılması yüklenicinin menfaatlerini ciddi biçimde zedeleyecekse sözleşmenin yalnızca ileriye etkili feshini kabul etmek gerekir. Ancak bu sonuca 25.01.1984 tarihli ve 3/1 sayılı YİBBGK kararında belirtildiği üzere geriye etkili dönme hakkının ileriye etkili feshe tahvil edilmesi şeklinde değil, hakkın kötüye kullanımı yasağının yaptırımı olan kötüye kullanılan hakkın hiç kullanılmamış olmasından yola çıkarak varılmalıdır. Dolayısıyla, TMK m. 2 hükmü uygulanarak iş / arsa sahibine istisnai durumlarda sözleşmeden dönme hakkının tanınmaması yerinde ise de, kullanılan dönme hakkının ileriye etkili feshe dönüştürülmesi doğru değildir. Böyle bir durumda, iş / arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını hiç kullanmamış sayılmalı ve inşaatı kabule zorlanmalıdır. Eksik iş bedelleri ve gecikme tazminatı ise yükleniciden talep edilebilmelidir.

Ayrıca, Yargıtay uygulamasında yerleşik hale geldiği üzere, dönme hakkının sınırlandırılması için varlığı aranan inşaatın ulaşılmış olması gereken seviye şartı (%90) kat'i şekilde uygulanmamalıdır. Her inşaat sözleşmesinin kendine has özellikleri gözetilerek iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmediği somut durumlara göre irdelenmelidir. Zira her inşaat bakımından kesin (genel geçer) bir oran belirlenmesi, iyi niyetli olmayan yüklenicilerin işi belirlenen bu orana ulaştırıp gerisini tamamlaması noktasında umursamaz davranmasına yol açabilir.

16- Sözleşmeden dönme ile birlikte iş / arsa sahibi, menfi zararlarını yani, eğer sözleşme yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğu zararları yükleniciden talep edebilir. Ancak menfi zararlar birlikte ya da onun yerine geçmek üzere müsbet zararın tazminini talep edemez. Menfi zarar kapsamında fiili zararlarla birlikte yoksun kalınan kârın da istenilebilmesi mümkün olup alacaklının dönülen sözleşmeyi yapması yüzünden başka sözleşme teklifini reddettiğinin somut şekilde ispatı, zarara uğrayan açısından çoğu zaman mümkün olmayacağından gerekmemelidir.

KAYNAKÇA

AKKANAT, Halil: **Alacaklı Temerrüdü Dışında, Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996 (Kısaltma: Alacaklı Temerrüdü).

AKKANAT, Halil: “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 1-49 (Kısaltma: İfada Gecikme).

AKKANAT, Halil: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 63-76 (Kısaltma: Fazla İnşaat).

ALTAŞ, Hüseyin: **Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK mad. 368)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002 (Kısaltma: Eserin Telef Olması).

ALTAŞ, Hüseyin: “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 97-110 (Kısaltma: Sözleşmeden Dönme).

ARAL, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000 (Kısaltma: Ö.B.İ.).

AYAN, Serkan: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008 (Kısaltma: Temerrüt).

AYDEMİR, Efrail: **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009 (Kısaltma: İnşaat Hukuku).

AYDINCIK, Şirin: **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (Kısaltma: Nama İfa).

BARLAS, Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 (Kısaltma: Adi Ortaklık).

BARLAS, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992 (Kısaltma: Temerrüt).

BAYGIN, Cem: **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 1999 (Kısaltma: İstisna Sözleşmesinde Ücret).

BİLGE, Koray: **İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sebepleri ve Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009 (Kısaltma: İnşaat).

BİLGE, Necip: **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971 (Kısaltma: Borçlar Özel).

BUZ, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998 (Kısaltma: Dönme).

BUZ, Vedat: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, **İlhan Öztrak’a Armağan, AÜSBFD**, Y. 1994, C.49, S.1-2, s. 23-40 (Kısaltma: İmkansızlık).

BÜYÜKAY, Yusuf: **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

CANBOLAT, Ferhat: **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009 (Kısaltma: Ayıba Karşı Tekeffül).

COŞKUN, Gürkan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010 (Kısaltma: Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu).

DARENDE, İhsan M.: “**Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmenin Üçüncü Şahıslar Üzerindeki Etkisi**” (Yayınlanmamış Makale, Kısaltma: Sözleşmeden Dönme).

DAYINLARLI, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, 4. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, 2008 (Kısaltma: Temerrüt).

DİRİCAN, Gökhan: **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Kısaltma: Cezai Şart).

DUMAN, İlker Hasan: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005 (Kısaltma: Kat Karşılığı İnşaat).

DUMAN, İlker Hasan: **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006 (Kısaltma: İnşaat Hukuku).

DUMAN, İlker Hasan: “**Nama İfaya İzin**” (Yayınlanmamış Makale).

DURAL, Mustafa: **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK m. 117)**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1976 (Kısaltma: İmkansızlık).

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012. (Kısaltma: Genel Hükümler).

EREN, Fikret: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATİDER**, 2. Bası, Ankara, 2001, s. 63-89 (Kısaltma: Müteahhidin Borçları).

EREN, Fikret: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATİDER**, 2. Bası , Ankara, 2001, s. 49-58 (Kısaltma: İnşaat Sözleşmeleri).

ERGEZEN, Muaz: **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007 (Kısaltma: Sözleşmeyi Sona Erdime Hakkı).

ERGÜNE, Mehmet Serkan: **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınları, 2007.

ERMAN, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, İstanbul, DER Yayınları, 2007 (Kısaltma: İnşaat).

ERMAN, Hasan: **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1979 (Kısaltma: Beklenilmeyen Haller).

ERMAN, Hasan: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)”, **İBD.**, Y.1984, C.58, S.4-6 (Kısaltma: Müteahhidin Temerrüdü).

ERZURUMLUOĞLU, Erzan: **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013 (Kısaltma: Ö.B.İ.).

GÖKYAYLA, K. Emre: **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009 (Kısaltma: Ek İş).

GÜLEÇ, Şafak: **Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009 (Kısaltma: Beklenilmeyen Haller).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Kısaltma: Özel Hükümler, C.II).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (Kısaltma: Özel Hükümler, C.I).

GÜNAY, Cevdet İlhan: **Cezai Şart**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

GÜNEL, Mustafa Cahit: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004 (Kısaltma: İnşaatteki Ayıp).

GÜRPINAR, Damla: **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2006 (Kısaltma: Eser Sözleşmesinde Ücret).

GÜRSOY, Kemal T. / EREN, Fikret / CANSEL, Erol: **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1984.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991.

HAVUTÇU, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, DEÜHF Yayınları, 1995 (Kısaltma: Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini).

HELVACI, Serap: “Kat İrtifakı İle Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması” **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan**, İstanbul, İÜHF, Mitos Yayınları, 1995, s. 287-292 (Kısaltma: Kat İrtifakı).

İNAN, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1979 (Kısaltma: Genel Hükümler).

KANBER, Kemal: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu”, **ABD.**, Y. 1997, S. 3, s. 36-47. (Kısaltma: İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluk).

KAPLAN, İbrahim: **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013 (Kısaltma: İnşaat Sözleşmeleri).

KARA, İlhan: **Tüketici Hukuku**, Ankara, Engin Yayınevi, 2012.

KARAHASAN, M. Reşit: **İnşaat İmar İhale Hukuku, Cilt I**, İstanbul, Beta Yayınları, 1997.

KARAHASAN, M. Reşit: **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II**, İstanbul, Beta Yayınları, 2002 (Kısaltma: Ö.B.İ., C.II).

KARATAŞ, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009 (Kısaltma: İnşaat).

KARATAŞ, İzzet: **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşlemlerinden Kaynaklanan Davalar, Açıklamalar – Yargıtay Kararları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009 (Kısaltma: Taşınmaz Satış Vaadi).

KARTAL, Bilal: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi**, Ankara, 1993 (Kısaltma: Kat Karşılığı İnşaat).

KAYA, Özgür Katip: **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1993 (Kısaltma: Kat Yapım Sözleşmesi).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012 (Kısaltma: Genel Hükümler).

KIRMIZI, Mustafa: **Açıklamalı İctihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Şen Matbaa, 2014 (Kısaltma: İnşaat Sözleşmesi).

KOCAAĞA, Köksal: “İnşaat Sözleşmelerinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?” **TBBD.**, S. 74, Y. 2008, s. 149-157 (Kısaltma: Götürü Tazminat).

KOCAAĞA, Köksal: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan ‘İlave İş’ Ve ‘İlave Bağımsız Bölüm’ Sorunu” **TBBĐ.**, S. 85, Y. 2009, s. 86-104 (Kısaltma: İlave İş).

KOSTAKOĞLU, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2008 (Kısaltma: İnşaat Hukuku).

KUNTALP, Erden: **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1971.

KURŞAT, Zekeriya: “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 751-776 (Kısaltma: İmkansızlık).

KURT, Leyla Müjde: **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012 (Kısaltma: Temerrüt).

KURU, Baki / ASLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

NOMER, Haluk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006 (Kısaltma: Genel Hükümler).

OĞUZMAN, M. Kemal: **Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların İfasi, İfa Edilmemesi, Sona Ermesi**, 3. Baskı, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1979 (Kısaltma: Borçlar Hukuku).

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 6. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009 (Kısaltma: Genel Hükümler).

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları” **GÜHFD**, C. III, S. 1-2, Y. 1999, s. 60-117 (Kısaltma: Gecikme Cezası).

ÖNEN, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yargı Yayınevi, 1999 (Kısaltma: Genel Hükümler).

ÖZ, Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1989 (Kısaltma: Dönme).

ÖZ, Turgut: **İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat**, 2. Bası, İstanbul, Yamaner Yayınları, 2006 (Kısaltma: İnşaat).

ÖZEN, Burak: **Haksız Zilyedlikte İade**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003 (Kısaltma: İade).

REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2011 (Kısaltma: Genel Hükümler).

REİSOĞLU, Safa: **Eşya Hukuku: Zilyetlik – Tapu Sicili - Kadastro**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1984 (Kısaltma: Eşya Hukuku).

SELİÇİ, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1977 (Kısaltma: Sürekli Borç İlişkileri).

SELİÇİ, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1978 (Kısaltma: Müteahhidin Sorumluluğu).

SELİMOĞLU, Yaşar Engin: “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, **Av. Dr. Faruk Erem Armağanı**, TBB Yayınları, Ankara, Y. 1999, s. 685-693 (Kısaltma: Faruk Erem Armağanı).

SELİMOĞLU, Yaşar Engin: **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010 (Kısaltma: Eser Sözleşmesi).

SEROZAN, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006 (Kısaltma: İfa).

SEROZAN, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Kısaltma: Dönme).

SUNGURBEY, İsmet: “Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt)”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Şubat 1982, S.2, s. 173-194 (Kısaltma: Zorunlu Yanıt).

SUNGURBEY, İsmet: **Medeni Hukuk Sorunları**, Dördüncü Cilt, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1980.

SUNGURBEY, İsmet: **Medeni Hukuk Sorunları**, Beşinci Cilt, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1984.

ŞAHİN, Turan: **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012 (Kısaltma: Teslim Borcu).

ŞENOCAK, Zarife: **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, 1995 (Kısaltma: İfa Yardımcıları).

ŞENOCAK, Zarife: **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002 (Kısaltma: Ayıbın Giderilmesi).

ŞENYÜZ, Doğan: **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2006 (Kısaltma: Borçlar Hukuku).

TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 (Kısaltma: Ö.B.İ., C.I/1).

TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Kısaltma: Ö.B.İ., C.II).

TANDOĞAN, Haluk: “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1970, s. 315 vd. (Kısaltma: İstisna Akdi).

TANDOĞAN, Haluk: “Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler”, **BATİDER**, Haziran 1981, C. XI, S. 1, s. 1-49 (Kısaltma: Arsa Üzerinde İnşaat).

TANDOĞAN, Haluk: “Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt Yanıt)”, **Yasa Hukuk Dergisi**, Nisan 1982, S.4, s. 493-499 (Kısaltma: Zorunlu Yanıt Yanıt).

TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal: “Joint Venture”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988, s. 143-176.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: **Eşya Hukuku**, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1978.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I ve II**, 5. Bası, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1985 (Kısaltma: Genel Hükümler).

TUNÇOMAĞ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, İÜHF Yayınları, Baha Matbaası, 1963 (Kısaltma: Cezai Şart).

TUNÇOMAĞ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976 (Kısaltma: Genel Hükümler).

TUNÇOMAĞ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977 (Kısaltma: C.II Ö.B.İ.).

TURANBOY, Asuman: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, **AÜHFD.**, C. 41, S. 1-4, Y. 1989-1990, s. 151-189 (Kısaltma: Mesuliyet).

UÇAR, Ayhan: **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 (Kısaltma: Ayıba Karşı Tekeffül).

UYGUR, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Birinci Cilt**, Ankara, Adil Yayınevi, 1998 (Kısaltma: İnşaat Hukuku, C.I).

UYGUR, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku, Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, İkinci Cilt**, Ankara, Adil Yayınevi, 1998 (Kısaltma: İnşaat Hukuku, C.II).

UYGUR, Turgut: **Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 6**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 (Kısaltma: C.VI).

UYGUR, Turgut: **Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 7**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 (Kısaltma: C.VII).

YAKUPPUR, Sendi: **Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009 (Kısaltma: Teslim Borcu).

YAŞAR, Halis: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları” **TBB Dergisi**, 2012, S.102, s. 289-322 (Kısaltma: Üçüncü Kişi).

YAVUZ, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012 (Kısaltma: Özel Hükümler).

YENER, Mehmet Deniz: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2011 (Kısaltma: Arsa Payı).

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

ZEVKLİLER, Aydın: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yenilenmiş 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004 (Kısaltma: Ö.B.İ.).

ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013 (Kısaltma: Ö.B.İ.).

www.kazanci.com

www.yargitay.gov.tr