



KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN
TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI**

FARUK TEKDEMİR

DANIŞMAN: YRD. DOÇ. DR. ÖZGE UZUN KAZMACI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, ŞUBAT, 2018

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

FARUK TEKDEMİR

DANIŞMAN: YRD. DOÇ. DR. ÖZGE UZUN KAZMACI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı'nda Yüksek Lisans derecesi için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İSTANBUL, ŞUBAT, 2018

Ben, FARUK TEKDEMİR;

Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.

ÖĞRENCİNİN ADI SOYADI

FARUK TEKDEMİR

TARİH VE İMZA

28.03.2018



KABUL VE ONAY

FARUK TEKDEMİR tarafından hazırlanan **ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI** başlıklı bu çalışma **10.01.2018** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Özge Uzun KAZMACI (Danışman)

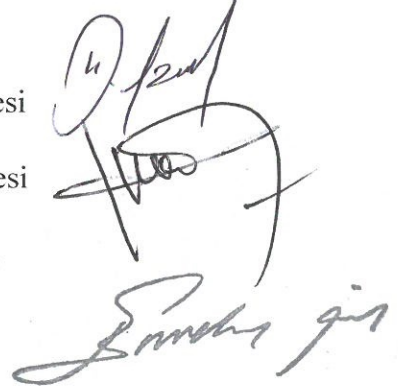
Kadir Has Üniversitesi

Prof. Dr. Hasan ERMAN

Kadir Has Üniversitesi

Doç. Dr. Emrehan İNAL

İstanbul Üniversitesi



Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Sinem Akgül AÇIKMEŞE

ONAY TARİHİ

10/1/18

İÇİNDEKİLER DİZİNİ

İÇİNDEKİLER DİZİNİ.....	i
KISALTMALAR DİZİNİ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KAVRAMI TANIMI VE UNSURLARI.....	3
A. Tanım.....	3
B. Kavram.....	5
C. Sözleşmenin Unsurları.....	6
1. Arsa Sahibinin Kararlaştırılan Arsa Payını Müteahhide Devretme Borcu.....	7
2. Müteahhidin Bağımsız Bölümlerden Oluşan Binayı Tamamlayıp Teslim Etme Borcu.....	7
3. Tarafların Anlaşması.....	8
II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ.....	10
A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	10
1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....	10
2. Atipik ve Karma Nitelikte Bir Sözleşme Olması.....	11
3. Sürekli-Anî Edim Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması.....	14
4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olması.....	18
B. Sözleşmenin Şekli.....	21
1. Sözleşmenin Resmi Bir Şekle Tabi Olması.....	21
2. Şekle Uyulmamasının Hüküm ve Sonuçları.....	27
III. SÖZLEŞMENİN DÜZENLENME BİÇİMLERİ.....	35
A. Arsa Paylarının Tamamının veya Bir Kısımının Müteahhide Devri.....	35
B. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devri.....	37
C. Arsa Sahibince Arsa Paylarının Satışının Vaadi ile Müteahhidin İnşaatı Yapma Taahhüdü.....	38

İKİNCİ BÖLÜM ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI.....	39
A. Genel Olarak.....	39
B. Edimin Muaccel Olması.....	41
1. İfa İçin Sözleşmede Belirlenmiş Vadenin Gelmesi.....	41
2. İfa İçin Vade Belirlenmemişse Makul Sürenin Geçmesi.....	42
C. Edimin İfasının Mümkün Olması.....	44

D. Mütcaahhidin Edimini Ycrine Getirmemiş Olması	53
E. Mütcaahhidin Gecikmesini Haklı Kılan Bir Sebebin Bulunmaması.....	57
F. Arsa Sahibi Tarafından İhtarda Bulunulması ve Ek Süre Tayini.....	62
II. MÜTEAHHİDİN KİSMİ TEMERRÜDÜ	66
III. MÜTEAHHİDİN İNŞAATA BAŞLAMA VE YAPIMI SİRASINDA TEMERRÜDÜ.....	68
A. Şartları	69
B. Sonuçları.....	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN
TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK	75
II. ARSA SAHİBİNİN AYNEN İFA VE GECİKME TAZMİNATI TALEBİ.....	76
A. Aynen İfa Talebi veya Arsa Sahibi Tarafından İnşaatın Tamamlanması	77
B. Gecikme Tazminatı Talebi ve Kapsamı	79
C. Cezai Şart Talebi ve Kapsamı	81
III. ARSA SAHİBİNİN İFA YERİNE TAZMİNAT TALEBİ	86
A. Genel Olarak.....	86
B. Müspet Zararın Kapsamı	88
C. Müspet Tazminat Miktarının Belirlenmesi.....	89
IV. ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE MENFİ ZARARINI İSTEME HAKKI	93
A. Genel Olarak.....	93
B. Menfi Zararın Kapsamı	99
C. Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi	101
D. Sözleşmenin Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	111
1. Genel Olarak	111
2. Sözleşmenin Geçmişe Etkili Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu	111
3. Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.....	128
SONUÇ.....	134
KAYNAKÇA	141

KISALTMALAR DİZİNİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu (818 sayılı eski Borçlar Kanunu)
bkz	: Bakınız
C	: Cilt
E	: Esas Numarası
f	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar Numarası
KMK	: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
m	: madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayfa
s	: sayfa
Sa	: Sayı
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu)
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

ÖZET

TEKDEMİR FARUK. *ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI*, YÜKSEK LİSANS TEZİ, İstanbul, 2018

Tezin konusu, müteahhit ile arsa sahibi aralarında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tanımı, şekli ve hukuki niteliği ile müteahhidin teslim borcunu zamanında ifa edememesi nedeniyle temerrüde düşmesi ve buna bağlanan sonuçlardır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada sıkça rastlanan ve doktrinde çeşitli tartışmalara yol açan sözleşme türü olduğundan inceleme konusu olarak tercih edilmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi noktasında, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine sözleşmenin ileriye etkili feshedilmiş olacağına ilişkin 1984 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı üzerinde durularak, konu doktrinde ileri sürülen farklı görüşler ile açıklanmış ve ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

Sözleşmede kararlaştırılan şekilde ve sürede inşaatın tamamlanarak teslim edilmemesi üzerine müteahhidin temerrüde düşmesinin koşulları ile müteahhidin temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik hakları kullanabilmesinin koşulları ve buna bağlanan sonuçlar detaylı biçimde incelenmiştir.

Tez; doktrinde konuya ilişkin ileri sürülen görüşler ve Yargıtay uygulaması çerçevesinde ele alınmak suretiyle, teori ve pratik arasındaki farklılıklar belirlenerek kişisel kanaatin aktarılmasıyla şekillenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı, Arsa Sahibi, Müteahhit, İnşaat, Temerrüt.

ABSTRACT

TEKDEMİR FARUK. *DEFAULT OF CONTRACTOR IN FLAT FOR LAND CONSTRUCTION AGREEMENT AND ITS CONSEQUENCES*, MASTER THESIS, Istanbul, 2018

The subject of the thesis is about definition, type and legal characteristics of the Flat for Land Share Construction agreement, signed between contractor and land owner; lapsing of contractor, who fails to realize his/her delivery liability on time, into the default and the results, that are affiliated to it. The Flat for Land Share Construction Agreement has been preferred as subject of the study since it is a type of agreement, which is very much common in practice and leads to various discussions in the doctrine.

At the point of determining the legal characteristic of Flat For Land Share Construction agreement, the subject has been explained with different opinions and discussed in detail by dwelling on Supreme Court Decision of Joint Chambers, dated 1984 related to the proactive termination of agreement upon renege of land owner on the agreement.

The conditions of Contractor's lapsing into the default upon not delivering the construction on time by completing it in the manner and period as defined in the agreement and the terms of using of rights of choice, which the land owner has, as a result of Contractor's lapsing into default and the consequences that are affiliated to it, have been reviewed in detail.

The Thesis has been formed by determining the differences between theory and practice and transmitting personal opinion by means of approaching it within frame of the Supreme Court application and suggestions related to the subject in the doctrine.

Key Words: Land Share, Land Owner, Contractor, Construction, Default

GİRİŞ

Günümüzde ilerleyen teknoloji, ekonomi, sürekli artan toplum ihtiyaçlarının yanında, kırsal kesimden sanayileşen kentlere doğru sürekli göçlerin meydana gelmesi, nüfusun orantısız ve plansız şekilde artması sonucunda, hızlı ve düzensiz kentleşme ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, inşaat sözleşmeleri nitelik, kapsam ya da çoğalan türleri ile toplum içinde geniş yer bulmuştur. Ancak, bu sözleşmelerin uygulanmasında ve sözleşmenin niteliği bakımından gerek teoride gerekse uygulamalarda uyumsuzlukların ve tartışmaların ortaya çıktığı bir gerçektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ülkemizde inşaat alanında en çok başvuru alan sözleşme türlerinden biridir. Ancak, sözleşmenin hukuki niteliğinin doktrinde tartışmalı olması nedeniyle uygulanacak hükümler bakımından bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bu yüzden, taraf menfaatleri göz önünde bulundurularak hakkaniyetsiz sonuçlara sebep olunmaması bakımından sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilerek uygulanacak kanun hükümlerinin belirlenmesi bu noktada önem taşımaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibi müteahhide arsa paylarını devretmeyi borçlanmakta, bunun karşılığında müteahhit ise bağımsız bölümler inşa etmeyi ve bu bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu bağlamda, bu çalışma üç bölümden oluşacak şekilde meydana getirilmiştir. Birinci bölümde; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili genel konular üzerinde durulmuş olup; sözleşmenin kavramı, tanımı, unsurları, hukuki niteliği, şekli ve düzenlenme biçimleri genel manada incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde; müteahhidin teslim borcunda temerrüdünün şartları, inşaata başlama ve yapımı sırasında temerrüde düşmesi ile müteahhidin kısmi temerrüdü ve sonuçları üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde ise; müteahhidin inşaata hiç veya zamanında başlamaması veya devam ettirmemesi ya da kararlaştırılan teslim günü gelmesine rağmen inşaatın tamamlanmamış olması nedeniyle temerrüde düşmesinin sonuçları olarak, arsa sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan seçimlik haklarının koşulları ve sonuçları ile

müteahhidin temerrüde düşmesi halinde, müteahhitten hak iktisap eden üçüncü kişinin hukuki durumu üzerinde durulmuş, doktrinde yaşanan tartışmalar ışığında; müteahhit, arsa sahibi ve üçüncü kişinin hukuki pozisyonları, hak ve menfaatleri Yargıtay'ın kararları ile Kanun sistematığıne uygun bir biçimde açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KAVRAMI TANIMI VE UNSURLARI

A. Tanım

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmazların değerinin ve inşaat maliyetlerinin hızlı bir artış gösterdiği ülkemizde sosyoekonomik bir takım gereksinimlerin neticesinde ortaya çıkmış bir sözleşme türüdür. Buna karşın, Borçlar Kanunu'muzda düzenlenmiş sözleşme türleri arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bulunmamaktadır. Bu yüzden, kanunumuzda herhangi bir tanıma da yer verilmemiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi doktrinde yer alan bir tanımda¹; arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında müteahhide devretmeyi taahhüt etmesi şeklinde tanımlanmışken; bir başka tanımda², arsa karşılığı, bağımsız bölümlerden oluşan çok katlı bir bina yapım sözleşmesi ile arsa sahibinin arsa üzerinde yapılacak binanın bir kısım bağımsız bölümlerini ve bunların arsa paylarını müteahhide devretmesi, buna karşılık müteahhidin de arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan çok katlı bina yapmayı taahhüt etmesi şeklinde tanımlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesi çerçevesinde, eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi

¹ **Erman**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 1, (**Erman**, İnşaat); **Şahin**, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 102; **Yener**, Mehmet Deniz: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 3, (**Yener**, Temerrüt).

² **Kaplan**, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 270.

üstlendiği sözleşmedir. Eser sözleşmesinin bu tanımından yola çıkılarak doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin; iş sahibi tarafından ödenen bedelin, yaptırılan inşaatın belirli bir kısmının yükleniciye devri şeklinde olduğu sözleşmeler olarak tanımlanmıştır³.

Yargıtay ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, arsa sahibinin sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek ve yüklenici edimini yerine getirdiğinde edimi karşılığı yükleniciye bırakılacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin tapusunu devretmekle yükümlü olduğu, sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmekle yükümlü olduğu sözleşmelerdir şeklinde tanımını yapmıştır⁴.

Görüldüğü üzere, doktrinde ve uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için oybirliğiyle kabul edilmiş bir tanım bulunmamaktadır. Ancak, genel anlamda, arsa sahibinin arsasının sözleşmeyle kararlaştırılan belirli paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmeyi vaat ettiği, müteahhidin ise, finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa üzerine inşa edeceği binanın sözleşmeyle belirlenen bağımsız bölümlerini arsa sahibine teslim etme borcu altına girdiği sözleşmelere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi adını vermek mümkündür⁵. Böylece, arsa sahibi, arsa payı devretmeyi taahhüt ederek arsası üzerinde birden fazla daire sahibi olmakta, müteahhit ise arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yaparak kendisine isabet eden bağımsız bölümleri satmak suretiyle hem inşaat bedelini karşılamakta hem de kâr sağlamaktadır.

³ Oy, Osman/**Haşal**, Tahsin Emre: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 25.

⁴ YHGK, E. 2004/14-551, K. 2004/571, T. 03.11.2004, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 15.07.2017; Bir başka kararındaki tanımlamayı ise şu şekilde yapmıştır: YHGK, E. 2012/13-592, K. 2013/65, T. 16.01.2013, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 15.07.2017: "... arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir."

⁵ **Altınkan**, Onur: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, İzmir 2015, s. 5; **Atamulu**, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 25; **Coşkun**, Gürkan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 25; **Erdaş**, Bayram: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2011, s. 9; **Erman**, İnşaat, s. 61; **Enli**, İsa: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 4; **Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş, İstanbul 2014, s. 555; **Yener**, Temerrüt, s. 3.

B. Kavram

Gerek uygulamada gerekse doktrinde bu sözleşmeler birçok farklı şekilde ifade edilmiştir. Doktrinde yazarların büyük çoğunluğunun arsa payı karşılığı inşaat ifadesini tercih ettiği görülmektedir⁶. Diğer bir kısım yazarlar ise, uygulamada daha çok kullanılan “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” ifadesini kullanmayı tercih etmişlerdir⁷. Bazı yazarlar da, her iki ifadeye de eserlerinde yer vermişlerdir⁸.

Yaygın olarak kullanılan bu iki ifadenin dışında özellikle noterler tarafından düzenlenen sözleşmelerin başlığı olarak “Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Satış Vaadi Sözleşmesi”, “Gayrimenkul Satış Vaadi Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” ve “Taşınmaz Satış Vaadi ve İnşaat Sözleşmesi” ifadeleri de kullanılmaktadır⁹. Gene, bu sözleşmeler ifade edilirken doktrinde kullanılan “arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi¹⁰”, “arsa payı karşılığında bağımsız bölüm yapma sözleşmesi¹¹” ve “arsa karşılığı bağımsız bölümlerden oluşan çok katlı binanın yapımı sözleşmesi¹²” ifadelerine de yer verildiği görülmektedir.

⁶ **Ayan**, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008; **Coşkun**, **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, (**Eren**, Özel), s. 591; **Erman**, Hasan: İnşaat (Arsa Payı Karşılığı) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, Der Yayınları, İstanbul 2012, (**Erman**, İnşaat ve Miras); **Erman**, İnşaat; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014; **Kaplan**; **Kırmızı**, Mustafa: Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014; **Kuntalp**, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971, www.kitalplar.ankara.edu.tr, Erişim Tarihi:03.12.2017; **Öz**, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013; **Şahin**, s. 25 vd.; **Yavuz**; **Yener**, Temerrüt.

⁷ **Kostakoğlu**, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011; **Oy/Haşal**; **Sütçü**, Nezi: Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

⁸ **Aydemir**, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016; **Duman**, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

⁹ **Gümüş**, s. 114; **Sütçü**, s. 27.

¹⁰ **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 59; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2014, s. 39; **Kaya**, Özgür Katip: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 1992, s. 5; **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 18.

¹¹ **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C: II, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 29.

¹² **Kaplan**, s. 270.

Yargıtay ise bazı kararlarında “kat karşılığı inşaat sözleşmesi¹³”, bazı kararlarında da “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi¹⁴” terimini kullanmaktadır.

Sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak ifade edilmesi, müteahhide inşaat karşılığında anlaşılan oranda “arsa payı” devredilmesinin taahhüt edilmesinden kaynaklanmaktadır. Medeni Kanunumuzun 1009. maddesinde şerh edilebilecek nispi haklar sayılırken bu sözleşme için “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır. 17.08.2013 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/1, c bendinde sözleşme için “arsa payı karşılığı inşaat” kavramı tercih edilmiştir¹⁵. Bu nedenle, söz konusu sözleşme türü için kanunun ifadesine bağlı kalınarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ifadesi bu çalışmada kullanılacaktır.

C. Sözleşmenin Unsurları

TBK'nın 1. maddesine göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun iradelerini açıklamaları ile kurulur. Bu bağlamda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa sahibinin kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini devretmesi, müteahhidin de bağımsız bölümlerden oluşan binayı tamamlayıp teslim etmesi hususunda tarafların anlaşması ile kurulur. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını aşağıdaki şekilde tespit etmek mümkündür.

¹³ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi terimine yer verilen kararlardan bazıları: Y. 1. HD, E. 2002/3679, K. 2002/5371, T. 29.04.2002, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017; YHGK, E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.04.2010, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017; Y. 15. HD, E. 2004/1107, K. 2004/2923, T. 26.05.2004, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017; YHGK, E. 2012/6-198, K. 2012/702, T. 10.10.2012, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017; Y. 14. HD, E. 2008/6588, K. 2008/11713, T. 15.10.2008, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017; Y. 13. HD, E. 2012/8687, K. 2012/11071, T. 24.04.2012, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017.

¹⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi terimine yer verilen kararlardan bazıları: Y. 14. HD, E. 2012/8365, K. 2012/9084, T. 02.07.2012, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017; Y. 15. HD, E. 2012/7767, K. 2013/1748, T. 14.03.2013, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017; YHGK, E. 2012/13-592, K. 2013/65, T. 16.01.2013, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017; Y. 23. HD, E. 2012/4892, K. 2012/6777, T. 19.11.2012, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 09.07.2017.

¹⁵ 07.06.1994 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü'nün 55. maddesinin c bendinde sözleşme için “kat karşılığı inşaat” ifadesi kullanılmıştı.

1. Arsa Sahibinin Kararlaştırılan Arsa Payını Müteahhide Devretme Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibine düşen asli yükümlülük, sözleşme ile kararlaştırılan arsa payını müteahhide devretmektir¹⁶. Aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça, müteahhit binadaki bağımsız bölümleri tamamlayıp teslim etmediği sürece, arsa sahibinden kararlaştırılan arsa payını müteahhide devretmesi beklenemez (TBK m. 497/1, 97). Arsa sahibi, bir veya birden fazla gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹⁷. Ayrıca, arsa sahibi tarafından üzerinde bina inşa edilecek arsanın müteahhide inşaat yapmaya elverişli biçimde teslim edilmesi gerekmektedir¹⁸. Buna göre, hukuki ve fiili imkansızlık sebebiyle arsa üzerinde bina inşa edilemeyecekse arsa sahibinin kendi edimini sözleşmeye uygun biçimde yerine getirdiğinden söz edilemeyecek, bu yüzden arsa sahibi müteahhitten binanın inşasına başlamasını ve neticeten karşı edim olan binanın teslimini talep edemeyecektir¹⁹.

2. Müteahhidin Bağımsız Bölümlerden Oluşan Binayı Tamamlayıp Teslim Etme Borcu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhide düşen asli yükümlülük, sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümlerden oluşan binayı tamamlayıp arsa sahibine

¹⁶ Atamulu, s. 29; Erman, İnşaat, s. 2.

¹⁷ YHGK, E. 1993/15-860, K. 1994/181, T. 30.03.2017, www.app.e-uyar.com, Erişim Tarihi: 20.08.2017; “Öncelikle, kooperatif ana sözleşmesinin ve ticaret sicili dosyasının getirtilerek, ana sözleşme ile yönetim kurulu üyelerine ne gibi yetkilerin verildiğinin ve bu yetkileri kimlerin ne şekilde kullanabileceklerinin belirlenmesinin, kooperatifin amacı ve bu amaç içinde kat karşılığı inşaat yapıp yapmayacağıının tesbitinin gerekeceği, kooperatif sözleşmesinin inikadından sonra müdür olarak tayin olunan Hayati tarafından imzalanan akitlere ve yapılan inşaat, kooperatifçe onay verilip verilmediğinin tartışılmasının gerekeceği, kooperatiflerde en yetkili organ genel kurul olup yasanın amir hükümleri dışında kooperatifle ilgili her konuda karar almaya yetkili olduğu, bu nedenle, vekilce gerçekleştirilen sözleşmelerin geçersiz olduğu kabul edilse bile, genel kurulca benimsenmişse artık bu akdin feshinin istenmesinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı, o halde, Genel Kurul’un bu işleme onay verip vermediğinin araştırılıp tartışılmasının gerekeceği...”

¹⁸ Y. 15. HD. E. 2002/761, K. 2002/2454, T. 13.05.2002, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 20.08.2017: “İnşaatın yapılacağı arsa üzerindeki Hazine payının satın alınması ve ipoteğin kaldırılması yükümlülüğü, sözleşmeye göre davalı arsa sahiplerine aittir. Hazine’nin karşılık yazısına göre, bu payın satın alınmasında bir engel bulunmamaktadır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu’nun 29.4.1999 tarihli yazısına göre de, inşaatın yapılacağı arsa sitalanı içerisinde değildir. Başka bir anlatımla, inşaatın yapılmasında objektif bir imkânsızlıktan söz edilemez. Bu durumda, sözleşme, davalılardan kaynaklanan kusur nedeniyle fesh edilmiştir.”

¹⁹ Atamulu, s. 29; Erman, İnşaat, s. 2.

teslim etmektedir²⁰. Müteahhidin salt arsa sahibine düşecek bağımsız bölümleri tamamlayıp teslim etmiş olması edimini yerine getirmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü bu sözleşmeyle amaçlanan, binanın bir bütün olarak tamamlanıp kat mülkiyetine çevrilmesi ve tarafların kendilerine ait olacak bağımsız bölümlere sahip olmasıdır. Nitekim, Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) incelendiğinde ancak bina tamamlandıktan sonra bağımsız bölümler oluşturulabilir (KMK m. 1) ve iskan alınabilir (KMK m. 12/a). Ancak bu durumda arsa sahibi menfaatine uygun biçimde tamamlanmış binayı teslim almak isteyecektir.

Diğer yandan, yalnızca müteahhide isabet edecek bağımsız bölümlerdeki eksiklikler, ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesine engel olabilecek nitelikte değil ise, yani müteahhide isabet edecek olan bağımsız bölümlerin iç bölmelerinin yapılmamış olması, oda kapılarının takılmamış olması, mutfak tezgah ve lavabosunun bulunmaması gibi eksikliklerin varlığı ana taşınmazın kat mülkiyetine geçişine engel teşkil etmediğinden, arsa sahibi kendisine isabet eden tamamlanmış bağımsız bölümleri teslim almaktan kaçınmaz, bu yüzden müteahhidin sorumluluğuna gidemez. Ancak, müteahhide ait olacak bağımsız bölümlerdeki eksiklikler ana taşınmazın kat mülkiyetine geçmesine mani oluyorsa, müteahhidin edimini yerine getirdiğinden söz edilemeyecektir²¹.

3. Tarafların Anlaşması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, niteliği gereği “synallagmatique”, yani tam iki tarafa borç yükleyen, her iki tarafı da borç altına sokan bir sözleşmedir²². Her sözleşmede olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı

²⁰ Altınkan, s. 10; Aral/Ayrancı, s. 367; Atamulu, s. 29; Ayan, Serkan, s. 25.; Eren, s. 615; Erman, İnşaat, s. 2-3; Gökyayla, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 9; Gümüş, s. 28; Öz, s. 144 vd.; Şahin, s. 43; Şahiniz, Cevdet Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 6; Yavuz, s. 1020.

²¹ Altınkan, s. 15; Aral/Ayrancı, s. 367; Ayan, s. 65 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 759; Eren, s. 615; Erman, İnşaat, s. 3; Gümüş, s. 28; Kaplan, s. 54 ve s. 75.; Öz, s. 145-146; Şahin, s. 47; Şahiniz, s. 7; Tandoğan, s. 125; Yakuppur, Sendi: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 64; Yavuz, s. 1020-1021; Yener, Temerrüt, s. 23-24; Zevkliler/Gökyayla, s. 502.

²² Altınkan, s. 11; Aral/Ayrancı, s. 333; Ayan, s. 39; Eren, s. 580-581; Büyükkay, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 42; Dirican, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 5; Erman, İnşaat, s. 3; Gümüş, s. 2; Şahin, s. 27; Yakuppur, s. 4; Yavuz, s. 1074; Yener, Temerrüt, s. 4; Zevkliler/Gökyayla, s. 489.

iradelerinin sözleşme konusu ve koşulları üzerinde uyuşmuş olması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibinin üstlendiği edim; sözleşme ile kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini müteahhide devretme²³ borcu altına girmesi, müteahhidin üstlendiği edim ise binayı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmesidir. Arsa sahibinin sözleşme ile kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini müteahhide devretme borcu, aslında müteahhidin üstlendiği edimin bir karşılığı, ivaz anlamındadır²⁴. Arsa sahibi, burada müteahhidin üstlendiği inşaat yapma borcunun karşılığı olarak para mahiyetinde bir bedel ödemek yerine arsa paylarını karşılık olarak vermektedir.

Tarafların sözleşmenin bütün unsurları üzerinde anlaşmış olmaları şart olmayıp, esaslı noktalar üzerinde iradelerinin uyuşmaları sözleşmenin kurulması bakımından yeterlidir(TBK m. 2/1). Tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış bulunmalarına rağmen, ileride yan edimler konusunda uyuşmazlığa düşmeleri halinde TBK m. 2/2 uyarınca hakim işin niteliğine göre karar verecektir²⁵.

Diğer yandan, tarafların irade beyanlarının mevzuatta öngörülen sınırlara da uyması gerekmekte olup, aksi durumda diğer sözleşmelerde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de geçersiz sayılacaktır. Örneğin, TBK'nın 26. maddesinde yer alan hukuka ve ahlaka aykırılık, TBK 27. madde de yer alan imkansızlık²⁶, TBK'nın 28. maddesinde yer alan

²³ **Kaya**, s. 8: Ancak taraflar arasında akdedecekleri sözleşme ile arsa paylarının üçüncü kişilere devrini kararlaştırabilir. Özellikle, müteahhidin maddi kaynak oluşturmak için bina henüz inşaat halindeyken bu yola başvurması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

²⁴ Y. 23. HD, E. 2012/2501, K. 2012/4840, T. 11.07.2012, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 20.08.2017: *"Görüldüğü gibi. kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibi belirli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girmektedir. Burada, arsa paylarının mülkiyetinin devri, yüklenici tarafından inşa edilecek binadaki belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibine tesliminin karşılığını ve sebebini teşkil etmektedir."*

²⁵ **Atamulu** s. 31; **Erman**, İnşaat, s. 3.

²⁶ Y. 15. HD, E. 1977/9771, K. 1977/1438, T. 29.06.1977, YKD. 1978, Sa. 5, s. 781-782, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 20.08.2017: *"...Davacıların anılan sözleşmenin yüklediği yapım borcunun muacceliyeti işaret edildiği üzere, olumlu sonucun alınması ile mümkündür. Ne var ki yapılan denemeden Türkiye'deki fenni olanaklarla böyle bir tecrübenin yapılamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ek sözleşmede kararlaştırılan mimari plan ve detayların yapılma borcu mümkün olmadığından davacıların sözü geçen borçtan kurtuldukları, Borçlar Kanunu 20 ve 117. maddeler göz önünde tutularak teminat mektuplarının serbest bırakılmaları gerekir."*

aşırı yararlanama (gabin)²⁷, TBK 30. madde ve devamında yer alan irade sakatlığı hallerinin varlığı halinde sözleşme geçersiz sayılacaktır.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, bir uyumsuzluk halinde sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağını tespit edilebilmesi bakımından önemlidir. Kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, bu yönüyle atipik nitelikte bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından “tam iki tarafa borç yükleyen, atipik, karma, sürekli-ani edim karmaşığı olan ve tapu kütüğüne şerh edilebilir” nitelikte bir sözleşmedir.

1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Arsa karşılığı inşaat sözleşmesinde hem arsa sahibi hem de müteahhit karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı konumunda olmaları sebebiyle sözleşme tam iki taraflı bir sözleşmedir. Müteahhit binayı tamamlayarak kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi, buna karşılık arsa sahibi de arsa paylarını devretmeyi üstlenmektedir. Tarafların bu edimleri üstlenme sebebi diğerinin mevcut olmasıdır. Dolayısıyla burada

²⁷ Y. 15. HD, E. 2006/4666, K. 2007/5275, T. 12.09.2007, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 20.08.2017: “...Dava konusu olayda, hataya düşürüldüğünü ileri süren ve gabine dayanan davacı, dosyada mevcut nüfus kayıtlarına göre 01.01.1931 doğumlu bir kadın olup, okur yazar olmadığı da noterde yapılan tespitlerden anlaşılmaktadır. Bu haliyle inşaat yapım işlerinde tecrübesiz bulunduğu tartışmasızdır. Tecrübesizlik BK'nın 21. maddesinde de belirtildiği üzere, gabinin sübjektif unsurlarındandır. Gabinin diğer şartı ise, karşılıklı edimler arasında açık nispetsizlik bulunmasıdır. Olayda sözleşme dışında elde edilen dairelerin adedi gözetildiğinde açık oransızlığın bulunduğu da ortadadır. Böyle bir paylaşımın hoşgörü sınırlarını aştığı, edimler arasında denge kurulamadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda paylaşımına ilişkin ek sözleşmenin kottan kazanılan dairelerle ilgili maddesinin iptali gerekmektedir.”.

karşılıklı (synallagmatique) bir borç ve alacak ilişkisinin var olması nedeniyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme meydana gelmektedir²⁸.

2. Atipik ve Karma Nitelikte Bir Sözleşme Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile amaçlanan husus tek başına taşınmaz satışı veya bağımsız olarak bir eser yapımı değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taşınmaz satışı ve eser sözleşmelerinin bağımsızlıklarını koruduğu ve birleşik sözleşme oluşturdukları da söylenemez. Çünkü, her iki tipik sözleşmeye özgün hükümlerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ayrı ayrı uygulanması mümkün değildir. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin oluşumunda eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesi bağımsızlıklarını koruyamamakta ve her sözleşmeye kendine özgü hükümlerin uygulanması ile sonucu varılamamaktadır²⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 207 ila 645. maddeleri arasında ve diğer kanunlarda tipik sözleşmeler düzenlenmiştir. Ancak, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince tarafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleme hakları da mevcuttur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle atipik bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hem satım

²⁸ Altınkan, s. 19; Aral/Ayrancı, Atamulu, s. 32; s. 333; Ayan, Serkan, s. 39; Büyükay, s. 42; Dirican, s. 5; Eren, s. 580-581; Erman, İnşaat, s. 4; Enli, s. 14; Güleç, Şafak: Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 24; Gökyayla, s. 17; Gümüş, s. 2; Kaplan, s. 272; Kaya, s. 18; Kırmızı, s. 627; Kurt, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 45; Sütçü, s. 34; Şahin, s. 103; Yakuppur, s. 4-5; Yavuz, s. 1073-1074; Yener, Temerrüt, s. 4; Zevkliler/Gökyayla, s. 489; YHGK, E. 2010/6-341, K. 2010/346, T. 23.06.2010, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.08.2017: “Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri eser (istisna) sözleşmelerinin özel bir çeşidi olup; kural olarak, karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. Eş söyleyişle, bu sözleşme ile taraflar yani arsa maliki ile yüklenici karşılıklı olarak arsa malikine ait taşınmazdaki payların devri karşılığında inşaatın sözleşme koşulları çerçevesinde imal edilerek teslimi yükümü altına girerler.”; Y. 15. HD, E. 1993/5253, K. 1994/764, T. 14.02.1994, www.hukukturk.net, Erişim Tarihi: 21.08.2017: “Her iki dava aynı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmakta olup karşılıklı edimleri içeren bu sözleşmeden dolayı her iki taraf karşılıklı olarak birbirlerinden edimlerinin ifasını istemişlerdir. Bu nedenle, bir tarafın edimi diğer tarafın alacağını oluşturduğundan her iki davanın birlikte görülüp hükme bağlanması edim ve karşı edim ilişkisinin zorunlu bir sonucudur.”.

²⁹ Altınkan, s. 18; Erman, İnşaat, s. 5-6; Kartal, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Matsa Yayınevi, Ankara 1993, s. 110; Yavuz, s. 1071; Yener, Temerrüt, s. 5.

sözleşmesine hem de eser sözleşmesine ilişkin hükümleri içermesi sebebiyle çift tipli karma bir sözleşmedir³⁰. Nitekim, Yargıtay da kararlarında bu sözleşmelere ilişkin olarak çift tipli veya iki tipli karma sözleşme deyimini kullanmaktadır³¹.

Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli akit tipleri için öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesiyle vücut bulurlar³². Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanması gerektiğine yönelik birden fazla teori bulunmaktadır³³. Bu teorilerden ilki olan çeşitli tiplerin birbirini götürmesi teorisine göre; karma sözleşmeye özel hükümlerin kıyas yoluyla uygulanamayacağı, uyumsuzluk halinde uygulanması gereken hükümlerin borçlar hukukunun genel hükümleri olduğu şeklindedir. Soğurma teorisine göre ise, önemli olan unsurun ait olduğu tip sözleşmeye ilişkin hükümlerinin karma sözleşmeye uygulanmasıdır. Bir diğer teori olan ve birleştirme teorisi olarak anılan teori ise, karma sözleşme kapsamındaki her edime, ait olduğu tipteki sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması şeklindedir³⁴. Kaplan³⁵, birleştirme teorisi uyarınca ihtilafın bağlantılı olduğu

³⁰ **Altınkan**, s. 17; **Aral/Ayrancı**, s. 59; **Atamulu**, s. 32; **Ayan**, Serkan, s. 31; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 39; **Büyükkay**, s. 37; **Coşkun**, s. 26; **Çelik**, Hülya: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 7; **Dirican**, s. 121; **Enli**, s. 14; **Eren**, s. 25; **Erman**, İnşaat, s. 4-5; **Gümüş**, s. 113; **Helvacı**, İlhan: Hukuki Mütalaalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 231; **Kaplan**, s. 271; **Kaya**, s. 16; **Kuntalp**, s. 81: “Yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerine bağımsız bölümler inşa etme taahhüdü karşılığında, arsa sahibinin arsanın belirli paylarının mülkiyetini yükleniciye devretme borcu altına girdiği sözleşmelere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri denir. Bu sözleşmeler, sözleşmede iş sahibi satım sözleşmesinin, yüklenici ise eser sözleşmesinin karakteristik edimini yerine getirmeyi taahhüt ettiğinden, çift tipli karma sözleşme niteliğindedir.”; **Kurt**, s. 37; **Kırmızı**, s. 627; **Sarı**, Suat: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHFİM, C. 64, Sa. 2, İstanbul 2006, s. 273-299, s. 276; **Tandoğan**, s. 28; **Yakuppur**, s. 5; **Yavuz**, s. 1071-1072; **Yener**, Temerrüt, s. 4-5; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 18-19.

³¹ Y. 15. HD, E. 1975/4714, K. 1975/5159, T. 25.12.1975, YKD, 1976, Sa. 3, s. 368, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.08.2017: “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 ulaşılmalıdır.”; YHGK. E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 09.06.1982, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.08.2017: “Görülüyor ki, davalının edimi (borcu) eser sözleşmesinin (İstisna Akdinin); Davacının karşı edimi ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin belirli özelliklerini taşımaktadır. Böylece taraflar arasında, (arsa payı karşılığında kat (apartman) yapım) diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır.”; Y. 15. HD, E. 1982/ 573, K. 1982/1184, T. 17.05.1982, YKD, 1982, Sa. 10, s. 1446, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.08.2017: “Taraflar arsa karşılığında kat yapımı konusunda anlaşarak sözleşme yapmış olup, bu gibi sözleşmeler iki tipli karma sözleşmelerdir.”.

³² **Altınkan**, s. 16-17; **Atamulu**, s. 33-34; **Erman**, İnşaat, s. 5; **Kaya**, s. 17.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erman**, İnşaat, s. 7; **Kuntalp**, s. 25 vd.

³⁴ **Aral/Ayrancı**, s. 63; **Ayan**, Serkan, s. 40; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 40; **Eren**, s. 29 vd.; **Erman**, İnşaat, s. 7; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk

sözleşme tipine ilişkin hükümlerin kat karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Doktrinde baskın olarak kabul edilen ve bir diğer adı yaratma teorisi olan kıyas teorisi. Bu teoriye göre; taşınmaz satışı ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması, bu hükümler arasında çatışma olması halinde sözleşmenin amacı ve tarafların menfaatlerinin dengesi gözetilerek hakkaniyete uygun karar verme ve bu bakımdan gerektiği takdirde sırasıyla Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ile örf ve adet hukukuna göre hüküm kurulması, bu da olmuyorsa Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca hukuk yaratılması şeklinde çözümlenmelidir³⁶.

Yargıtay; bazı kararlarında³⁷, sözleşmenin niteliğinin çift tipli karma sözleşme olması sebebiyle birleştirme teorisinin uygulanması gerektiğine işaret etmiş iken, diğer kararlarında³⁸ ise, hükümler arasında çatışma olması halinde kıyas teorisinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Fakültesi, İstanbul 1980, s. 61; **Helvacı**, s. 232; **Yavuz**, s. 28 vd.; **Yener**, Temerrüt, s. 5-6; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 20.

³⁵ **Kaplan**, s. 271.

³⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 64; **Ayan**, Serkan, s. 40-41; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 40; **Coşkun**, s. 26; **Eren**, s. 33; **Erman**, İnşaat, s. 7-8; **Feyzioğlu**, s. 62; **Gümüüş**, s. 117; **Helvacı**, s. 232; **Yener**, Temerrüt, s. 5-6; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 20.

³⁷ YHGK, E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 09.06.1982, YKD, 1982, Sa:10, s. 1385, www.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: 21.08.2017: “*Taraflar arasında arsa payı karşılığında kat yapımı diye nitelendirilen çift tipli bir karma sözleşme kurulmuş olup karma sözleşmeye her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Bu nedenle yapı yapma edimi için Borçlar Yasasının eser sözleşmesini düzenleyen maddeleri arsa payı mülkiyetinin devir borcu için satış vaadine ilişkin yasa hükümleri uygulanır.*”; Y. 15. HD, E. 1977/767, K. 1977/880, T. 14.04.1977, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.08.2017: “*Arsa payı karşılığında kat yapımında, inşaatçı davalının yüklendiği yapı yapma ediminin karşılığını arsa maliki olan davacı arsasının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye geçirmek suretiyle ödemektedir. Böyle olunca, arsa payı karşılığında kat yapımını, çift tipli bir karma sözleşme biçiminde nitelemek gerekir. İlk olarak da, çift tipli bu karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya uygulanması lazımdır.*”.

³⁸ Y. 15. HD, E. 1974/26, K. 1974/111, T. 12.02.1974, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.08.2017: “*Belirtelim ki, yurdumuzda giderek kentleşme sorunu, arsa payı karşılığında kat yapımı örneklerinin uygulamada görülmesi sonucunu doğurmuştur. Dava konusu olayda da, arsa maliki davalı ile davacı ve ortağı arasında yapılan sözleşme uyarınca 570/750 pay karşılığı 3 dairenin yapımı ve teslimi borcu yüklenilmiştir. Sözleşmeye göre, davalı, 570/750 pay mülkiyetini başka bir karşılığa gerek olmadan davacı ve ortağına geçirecek, onlarda da taşınmazda apartman meydana getirerek öngörülen 3 daireyi davalıya vereceklerdir. Görülüyor ki, arsa payı karşılığında kat yapımında, inşaatçının yüklendiği kendi gereçleriyle yapı yapma ediminin karşılığını arsa maliki, arsasının bir bölümünün mülkiyetini geçirerek ödemektedir. İnşaatçının yüklendiği yapı yapma ediminde, ağır basan yön, gereçlerin tesliminden çok anlaşmaya uygun belli bir eserin yaratılması (katların yapılması)dır. Bu nedenle, bu edim, eser (istisna) sözleşmesinin belirleyici özelliklerini ve buna karşılık, arsa malikinin karşı edimi, taşınmaz satımı sözleşmesinin belirleyici özelliklerini taşımaktadır. Böyle olunca, arsa payı karşılığında kat yapımını çift tipli bir karma sözleşme diye nitelemek gerekir. İlke*

Ezcümle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin atipik ve çifte tipli karma niteliğinde bir sözleşme olduğu, Yargıtay'ın da bu şekilde kabul ettiği, uyuşmazlık halinde uygulanacak hükümlerin tespitinde ise, ait olduğu tip sözleşmeye ilişkin hükümler arasında çatışma olması halinde sözleşmenin amacı ve taraf menfaatleri dengesi gözetilerek hakkaniyete uygun karar verme yöntemini benimsemiş kıyas teorisinin uygulanması gerektiği söylenebilmektedir.

3. Sürekli-Anî Edim Karmaşığı Bir Borç İlişkisi Doğurması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin süreklilik arz eden bir sözleşme türü olup olmadığı konusunda doktrinde farklı fikirler mevcuttur. Serozan³⁹, sürekli sözleşme ilişkilerinde edimlerin ansızın olmadığını, sürekli ya da dönemli olarak yerine getirildiğini ve bu sürekli/dönemli edimlerin birbirinden bağımsız sayılacağını belirtmiştir. Doktrinde yazarların bir bölümü ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli ve ani nitelikleri barındırdığını ve bu yüzden sürekli ve ani karması bir sözleşme olduğu fikrindedir⁴⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli veya ani olarak nitelendirilmesi, özellikle müteahhidin ifada temerrüde düştüğü durumlarda önem kazanmaktadır. Müteahhidin sözleşme ile kararlaştırılan teslim tarihi geldiğinde, bağımsız bölümleri üstlendiği edime aykırı düşecek şekilde arsa sahibine teslim edememesi, yani temerrüde düşmesi ihtimalinde arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirebilecektir. İşte böyle bir ihtimalde sözleşmenin ileriye etkili olarak mı, yoksa geçmişe etkili olarak mı sona ereceği sorunu gündeme gelmektedir. Sözleşmenin ani edimli olarak nitelendirilmesi halinde, geçmişe etkili olacak şekilde sözleşme sona erecek ve müteahhit o ana kadar yaptığı işin ve kullandığı malzemenin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir. Ancak, bu ihtimalde müteahhidin kendi kusuru sebebiyle sözleşme geriye etkili olarak sona ereceği ve bunda arsa sahibinin kusuru bulunmaması nedeniyle, müteahhidin menfi zararı ile müspet zararını arsa

olarak, çift tipli karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden herbirinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Şu da var ki, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmak gerekir.”

³⁹ Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 164.

⁴⁰ Altınkan, s. 21; Atamulu, s. 36; Ayan, Serkan, s. 44-45; Coşkun, s. 27-28; Erman, İnşaat, s. 8; Gökyayla, s. 17 vd.; Kırmızı, s. 627-628; Sütçü, s. 34-35; Zevkliler/Gökyayla, s. 491.

sahibinden talep edebilme imkanı bulunmamaktadır. Elbette ki, sözleşmenin arsa sahibinden kaynaklanan bir kusur sebebiyle geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde ise, müteahhit TBK'nın 125. maddesi gereğince menfi zararının giderilmesini isteme hakkına sahip olacaktır. Diğer yandan, sözleşmeye sürekli borç ilişkisi kuralları uygulandığında ise, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda sözleşme ileriye etkili olarak sonuç doğuracak ve müteahhidin ifası bakımından o ana kadar yerine getirilen kısmın varlığını koruyacağı kabul edilecektir. İşte bu nedenle sözleşmenin niteliği bakımından ani veya sürekli edimli olması büyük önem taşımaktadır⁴¹.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sözleşmenin ani veya sürekli edimli olduğuna kanaat getirebilmek için öncelikli olarak müteahhidin üstlendiği edimin mahiyetinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin ani edimli bir nitelikte olduğunu savunan görüşe göre⁴², müteahhidin üstlendiği edimin sadece binanın yapımı ve bağımsız bölümlerin teslimi olduğunu, bu yüzden inşaata yönelik faaliyetlerin müteahhidin borcu olmadığı, sadece ifaya hazırlık niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, bağımsız bölüm maliki olma

⁴¹ Eser sözleşmesi bakımından sürekli veya anî edimli borç ilişkisi ayrımı hakkında görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Altınkan**, s. 21-22; **Ayan**, Serkan, s. 41; **Atamulu**, s. 36-41; **Erman**, İnşaat, s. 9; **Kurt**, s. 45 vd.; **Seliçi**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, (Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri), s. 7; **Yavuz**, s. 1073.

⁴² **Aral/Ayrancı**, s. 334; **Ayan**, Serkan, s. 43 ve 46-47; **Dirican**, s. 5; **Eren**, s. 583; **Gümüş**, s. 3; **Helvacı**, s. 234; **Kaya**, s. 22-23; Seliçi, her ne kadar eser sözleşmesini ani edimli olarak kabul etse de, (Eski Borçlar Kanunu m. 106-108) TBK m. 125-126 çerçevesinde sözleşmeden dönme neticesi sözleşmenin geçmişe etkili ortadan kaldırmadığını, yani verilen bedelin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmasının güçlük arz edeceğini, aynı sözleşmeden doğan bir borcun ifası olarak yorumlanmasının yani inşaatı müteahhidin sözleşme gereği yapmış sayılması ve onun karşılığını alabilmesinin daha uygun olacağını söylemiştir. Kusur varsa olumsuz zarar tazmini ayrı tutulmalıdır. Bkz. **Seliçi**, Özer: İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, (Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu), s. 77-78; **Sütçü**, s. 34; **Şahin**, s. 105-106; **Yener**, Temerrüt, s. 7; **Yakuppur**, s. 64; **Yavuz**, s. 1072-1073; Ormancı, eser sözleşmesindeki ifaya hazırlık hareketlerinin zamana yayılmış olmasının sözleşmeyi ani edimli sözleşmelerden ayırdığını ve fakat, edimin kapsamının süreye bağlı olmaması ve ifa ile edimini yerine getireceği ve böylece sözleşmenin sona ereceği gerekçeleriyle sözleşmenin sürekli edimli de sayılmayacağını ifade etmiştir. Diğer yandan, eser sözleşmesinde uyarılma imkanının bulunması ve sözleşmede zaman faktörünün mutlaka devreye gireceği gerekçeleriyle, sözleşmenin anî edimli bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmenin de doğru olmayacağı görüşünde olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Ormancı**, Pınar Altınok: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi (6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Sözleşmelerin Feshi), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 42; Selimoğlu, sözleşmeyi canlı bir varlık olarak değerlendirerek, her canlı gibi sözleşmelerin de uzun ya da kısa bir yaşam süreleri olduğunu, bu sürelerin sözleşmenin ani ya da sürekli edimli olması noktasında bir kıstas oluşturmayacağını, önemli olanın ifaya olan menfaatin bir anda gerçekleşip gerçekleşmediği olduğunu vurgulayarak, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de arsa sahibinin menfaatinin binanın teslimi ile bir anda gerçekleşecek olması nedeniyle sözleşmenin ani edimli bir nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Selimoğlu**, Y. Engin: "Eser Sözleşmesi ve Kavramlar", Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Yayın No: 8, Ankara 1999, s. 685-693, s. 686.

amacında olan arsa sahibinin, ancak bu halde, yani bağımsız bölümlerin tamamlanıp teslim edildiği anda müteahhit ile sözleşme akdederken beklediği menfaatine ulaşacağı belirtilmektedir. Böylece, arsa sahibinin temerrüt gibi haklı bir sebebe dayanarak sözleşmeden döndüğünün varsayılması halinde, sözleşmenin geçmişe etkili olacak biçimde sona ereceği ve müteahhidin; o ana kadar yapılan işin karşılığı kadar bedeli sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca arsa sahibinden talep edebileceği ve fakat kendi kusuruyla sözleşmenin sona ermesine sebebiyet vermesi durumunda müspet ve menfi zararını talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Diğer yandan, sözleşmenin arsa sahibinden kaynaklanan bir kusur sebebiyle geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde ise, bu kere müteahhit TBK'nın 125. maddesi gereğince menfi zararının giderilmesini talep etme imkanına sahip olacaktır.

Sözleşmenin sürekli edimli bir niteliğe haiz olduğunu ve bu yüzden sözleşmenin sona ermesinin ileriye etkili olacak şekilde sonuç doğurması gerektiğini savunan görüşe göre, müteahhidin borcunun sadece bağımsız bölümleri tamamlayıp teslim etmek olmadığı, işin yürütülmesine ilişkin hazırlık faaliyetlerinin de borcun kapsamında olduğu varsayılmaktadır. Buna göre, müteahhidin sözleşme süresi içerisinde edimlerini kısım kısım ifa ettiği ve bu yüzden sözleşmenin sürekli bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir⁴³. Buna göre, arsa sahibinin temerrüt gibi bir nedenden ötürü sözleşmeyi feshetmesi durumunda, müteahhidin o ana kadar yerine getirmiş olduğu kısım varlığını koruyacaktır. Müteahhidin kendi kusuru sebebiyle sözleşmenin feshedilmiş olması durumunda TBK'nın 126. maddesi uyarınca müteahhit müspet zararını talep edemeyecektir. Ancak, arsa sahibinin kusuru nedeniyle

⁴³ **Serozan**, s. 166: Yazar, sonucun meydana getirilmesinin yolunun da hukuken önem taşıması, yüklenicinin yaptığı işin hazırlık faaliyeti olarak görülemeyeceği, alınan karşılığın sadece eser meydana getirmenin karşılığı olmayıp eseri oluşturan eylemlerin de karşılığı olduğu, sebepleri öne sürülerek, eser sözleşmesinin hiçbir zaman sürekli sözleşme ilişkisi niteliği taşımayacağını ileri sürmenin doğru olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda ani edim sonucu olarak eserin meydana gelmesini bekleyen arsa sahibinin perspektifinden değil de, yüklenicinin perspektifinden bakıldığında çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü hukuksal sonuçların doğması gerektiği görülecektir. Erman, İnşaat, s. 9: “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi âni edimli borç ilişkisi olarak nitelendirilemez. Gerçekten, eser (bina) meydana getirilirken müteahhidin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini edimin dışında saymak ve hazırlayıcı faaliyetler olarak görmek doğru olmaz. Bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesinden önce de, edimler zaman içinde ve bölümler halinde yerine getirilmektedir. Borçlar Kanunu da eser sözleşmesine ilişkin hükümleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kuralları göz önünde tutarak düzenlemiştir. Genellikle bu tür sözleşmelerde binanın belli aşamalara gelmesine göre edimler de peyderpey ifa edilmektedir. Örneğin, inşaatın belli bir seviyeye ulaşması durumunda arsa paylarının bir bölümü müteahhide geçmektedir ya da müteahhide ait olacak arsa paylarının tümü başlangıçta devredilmiş ve arsa sahibi lehine bunlar üzerine ipotek konulmuşsa, ipotek kısım kısım kaldırılmaktadır. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sürekli borç ilişkisi niteliğinin de bulunduğu kabul edilmek gerekir.*”

sözleşmenin feshedilmesi halinde ise, müteahhidin TBK'nın 126. maddesi uyarınca müspet zararını talep edebileceği kabul edilmelidir⁴⁴.

Uygulamada bu tartışmalar⁴⁵ Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı⁴⁶ ile çözülmüş ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hem ani hem de sürekli sözleşmenin özelliklerini taşıdığı ve ani-sürekli karmaşığı bir niteliğe sahip olduğu sonucuna varılmıştır. Böylece Yargıtay, kural olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin kabul edileceğini, ancak her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, olayın niteliğinin elvermesi durumunda hakkaniyet ilkesi de gözetilerek TMK 2. maddesine dayanılarak sözleşmenin sona ermesinin ileriye etkili olarak sonuç doğurabileceğine işaret etmiştir. Gerçekten de, inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olması halinde⁴⁷, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonuç doğurması dürüstlük kuralıyla

⁴⁴ **Erman**, İnşaat, s. 9; **Serozan**, s. 166; **Sütçü**, s. 34; **Kartal**, s. 5.

⁴⁵ Tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, Serkan, s. 41 vd.; **Öz**, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap, İstanbul 1989, (**Öz**, Dönme), s. 16 vd.; **Erman**, İnşaat, s. 8-9; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 7, 26 ve s. 115 vd.; **Serozan**, Dönme, s. 166.

⁴⁶ YİBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984, RG, Sa. 18325, s. 18, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.08.2017: “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «ani edimli» sözleşmeler gurubunda mütalâa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri «geçici - sürekli karmaşığı» bir özellik taşımaktadır. ... Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanununun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliiği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabileceği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK m.106-108 uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.”; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erman**, Hasan: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü -Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri-”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 58, Sa. 4-5-6, 1984, S. 209-219; Erman, 25.01.1984 YİBBGK Kararı'na paralel olarak bu sözleşmeyi sürekli-geçici karmaşığı niteliğinde görmektedir. Bkz. **Erman**, İnşaat, s. 8-9.

⁴⁷ Yargıtay, %90 ve üzeri kriterini getirerek inşaatın büyük oranda tamamlanmış sayılmasının ancak bu halde kabul edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Y. 23. HD, E. 2013/4203, K. 2013/3983, T. 11.06.2013,

bağdaşmayacak buna karşın sözleşmenin sona ermesinin ileriye dönük etki doğurması ise hakkaniyete daha uygun olacak ve müteahhit o ana kadar ki emeğinin ve harcamış olduğu zamanının karşılığını alabilecektir. Buna göre, müteahhidin bağımsız bölümlerin tamamlanması ve arsa sahibine teslimi edimlerini bir bütün olarak üstlendiği ve bu yüzden sözleşmenin sürekli–ani karmaşığı bir niteliğe sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir⁴⁸.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın da haklı görüşü ve istikrar kazanmış yerleşen içtihadı uyarınca sözleşmenin ani–sürekli karmaşığı⁴⁹ bir niteliğe sahip olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, hakkaniyetsiz sonuçlara sebep olunmaması bakımından her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmeli ve olayın niteliğinin elvermesi durumunda hakkaniyet ilkesi gözetilerek ve dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak sonuçlardan kaçınılarak bir çözüme varılması gerekmektedir.

4. Tapu Kütüğüne Şerh Edilebilir Olması

TMK 1009/1 maddesi uyarınca “Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerilim sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir”. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini tapuya şerh edilebilecek haklar arasında saymış, sözleşme ile müteahhidin taşınmaz üzerinde edindiği kişisel hakkının tapuya şerh verilmesi suretiyle,

www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.08.2017: “... davalının yaptığı inşaat seviyesi belirlenip, 25.1.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda T.M.K.nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Dairemizin, gerekse Yargıtay H.G.K.'nin kararlarında belirtildiği gibi, inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı”; YHGK, E. 2001/14-288, K. 2001/330, T. 04.04.2001, www.legalbank.com, Erişim tarihi: 22.08.2017: “Somut olayda inşaatı terk eden yüklenicinin inşaatı % 81 oranında ikmal ettiği, kalan % 19 oranındaki noksanlığın pek az bir boyutta kabul edilemeyeceği dolayısıyla bu noksanlığın tutarının parasal olarak karşılanması yoluyla tescil cihetine gidilmesinin söz konusu olamayacağı anlaşıldığından...”

⁴⁸ Altınkan, s. 27; Atamulu, s. 41; Büyükkay, s. 219; Erman, İnşaat, s. 9; Kaplan, s. 54; Kurt, s. 45 vd.; Sütçü, s. 35; Yavuz, s. 1090.

⁴⁹ İçtihadı Birleştirme Kararında “geçici–sürekli” ifadesi kullanılmışsa da, bu ifadenin “ani–sürekli karmaşığı” olarak anlaşılması gerekmektedir. Bkz. İnal, Emrehan: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk–İsviçre Medeni Hukuku, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1201-1216, s. 1206.

arsa sahibinin üzerine inşaat yapılacak taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde, müteahhidin sözleşmeden doğan kişisel hakkını üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu durumda müteahhidin kendi edimini ifa edip, sözleşmeyle kararlaştırılan kendisine isabet edecek olan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının devrini yeni malikten talep etmesi mümkündür⁵⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan nisbi hak şerhi, eski Medeni Kanun'da yer almayan yeni Türk Medenî Kanun'un 1009. maddesi ile getirilmiş bir şerhtir⁵¹. Bu şerhin fonksiyonu, arsa sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşme gereği müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu ihtimalde, müteahhit arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkını tapuya şerh ettirmişse, bu şahsî hakla ilgili borç ilişkisi “eşyaya bağlı borç” haline gelir. Şahsî hak taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebilir. Dolayısıyla müteahhit, bu şerhe dayanarak yüklendiği inşaat yapma edimini yerine getirmesi halinde arsa sahibi ile aralarındaki sözleşme gereği kendisine düşen bağımsız bölümlerin adına tescilini talep etme hakkını yeni malike karşı ileri sürebilir⁵².

Şerhin “munzam etkisi” sayesinde, müteahhit, şerhten sonra taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak (ipotek hakkı gibi) kazanan kişilere ve taşınmaz üzerine şerhten sonra haciz koyduran alacaklılara karşı bu hakkını ileri sürebilir. Örneğin, müteahhit, arsa sahibince taşınmaz üzerinde şerhten sonra üçüncü kişiler lehine tesis edilen ipotek hakkının terkinini talep edebilir⁵³.

⁵⁰ **Altınkan**, s. 63; **Erman**, İnşaat, s. 10; Y. 14. HD, E. 2006/11775, K. 2006/13813, T. 23.11.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Gerçekten yukarıda gösterilen yasa hükmü uyarınca arsa payı inşaat yapım sözleşmesinin, kayda sonradan malik olacak kişilere ileri sürülmesini temin amacıyla ve yüklenici yararına tapu kütüğüne şerhi olanaklıdır. Somut olayda terkin istenen 2.7.2002 tarihli şerh sözü edilen amacı sağlamaya yöneliktir.”

⁵¹ Bu şerh imkânı Tapu Kanunu m. 26'ya da eklenmiştir. Bu yeni düzenlemeden önce de Tapu Sicil Tüzüğü m. 55 bent c'de de arsa payı karşılığı inşaat hakkının şerh verilmesi imkânı tanınmaktaydı.

⁵² **Ayan**, Serkan, s. 301; **Kurt**, s. 424.

⁵³ **Kurt**, s. 424; **Öz**, İnşaat, s. 100.

Müteahhidin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönen arsa sahibi tapudaki şerhin terkinini müteahhitten talep edebileceği gibi, mahkemeden de bu yönde talepte bulunabilir⁵⁴.

Müteahhitten olan alacak hakkını tapuya şerh ettiren üçüncü kişi, sözleşmeden dönen arsa sahibine karşı şerh edilen şahsi hakkını ileri sürebilir. Bu ihtimalde, üçüncü kişinin iktisap ettiği hak şahsî bir hak olmakla birlikte, şerhle birlikte şerh verilen hakkın ilişkin olduğu borç, eşyaya bağlı borç haline gelmiş olup, bu şahsî hak taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebilir⁵⁵.

Öte yandan, müteahhit tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmemişken, arsa sahibinin taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde, müteahhit artık yeni malike karşı sözleşmeden doğan hakkını ileri süremeyecektir. Zira, yeni malikin, tapuya şerh edilmemiş olan sözleşmeye uyma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda, arsa sahibinin sözleşmeye aykırı bir şekilde kusurlu davranışı neticesinde müteahhidin kendi edimini ifa etmesi imkansız hale geleceğinden, inşaat uğruna yapmış olduğu tüm harcamalar ile uğradığı müspet ve menfi zarar kalemlerini arsa sahibinden talep edebilecektir⁵⁶.

Bir diğer ihtimalde, sözleşmenin tapuya şerh edilmiş olmasının yanı sıra, sözleşmeye konu olan arsa paylarının bir bölümünün henüz sözleşme ifa edilmemişken arsa sahibince müteahhide devredilmesi ve müteahhidin de kendisine devredilmiş arsa paylarını üçüncü kişilere satması durumunda önem kazanmaktadır. Buna göre, müteahhidin temerrüde düşmesi halinde, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve arsa sahibinin müteahhide

⁵⁴ Y. 15. HD, E. 2005/7594, K. 2006/7533, T. 21.12.2006, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 30.01.2018: “Somut olayda, davalı yüklenicinin, arsa sahiplerinin dönme iradesine karşı çıkması nedeniyle sözleşme yürürlükte sayılır. Dolayısıyla, sözleşmeden dönmeye mahkemenin karar vermesi gerekir... yüklenici BK`nın 106-108. maddeleri uyarınca temerrüde düşmüş olup, davacı taraf sözleşmeden dönmeye haklıdır. O halde mahkemece yapılması gereken iş; elatma isteminin, dönme iradesini de içerdiği gözönünde bulundurulurken, sözleşmenin geriye etkili biçimde feshine (dönme) ve davalı yüklenicinin yarattığı muarazanın ve elatmanın önlenmesine ve tapudaki şerhin de terkinine karar vermektir.”;

⁵⁵ Erman, İnşaat, s. 171-172; Kurt, s. 425.

⁵⁶ Altınkan, s. 63-64; Erman, İnşaat, s. 10; YHGK, E. 1997/15-157, K. 1997/444, T. 21.05.1997, www.app.e-uyar.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “...Kat karşılığı inşaat ve satış vaadi sözleşmeleri yürürlükte iken, arsa (iş) sahibinin arsayı 3. kişiye tapuda satış suretiyle temlik etmesinin ve yeni malikin ihtarname ile inşaatın durdurulmasını istemesinin, davacı müteahhit açısından ifayı imkansız hale getireceği ve sözleşmenin sona ereceği, davacı Kooperatifin, sözleşmenin sona ermesinde kusurlu olan akidi ve arsa sahibi davalıdan müsbet ve menfi zararının tazminini talep hakkının doğacağı, davalılar arasında yapılan protokolün davacıyı bağlamaması ve Eser Sözleşmesi'nin davacı ile Arsa Sahibi arasında yapılmış olması sebebiyle arsayı satın alan 3. kişinin davacı kooperatife karşı bir sorumluluğunun bulunmadığı...”.

devretmiş olduğu arsa paylarına ilişkin tapudaki kayıtlar, yolsuz tescil hükümlerine tabi olacaktır. Bu durumda, müteahhitten arsa payı satın almış olan üçüncü kişiler TMK 1027. maddesine göre iyiniyet iddiasında bulunamayacak, bu kere tapuya yapılmış olan şerh arsa sahibine bir koruma sağlayacak ve arsa sahibi üçüncü kişilere karşı da tapu iptal ve tescil davası açabilecektir⁵⁷. Ancak, sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi halinde müteahhitten tapuda hak iktisap etmiş üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılamayacağı yönündeki Yargıtay'ın yerleşik içtihatları nedeniyle, sözleşmenin tapuya şerh edilmesinin uygulamada pek de bir anlamı bulunmamaktadır⁵⁸.

B. Sözleşmenin Şekli

1. Sözleşmenin Resmi Bir Şekle Tabi Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla hem taşınmaz satışı sözleşmesi hem de eser sözleşmesi unsurlarını bir arada barındıran karma nitelikte bir sözleşmedir. Taşınmaz satış sözleşmesi, kural olarak resmi şekle tabii bir sözleşme tipi olup, taşınmaz satışı için öngörülen resmi şekil bir geçerlilik şartıdır. Nitekim, TMK'nın 706. maddesi uyarınca “taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır”. Buna karşılık, kanunumuz eser sözleşmeleri bakımından ise herhangi bir geçerlilik şekli öngörmemiştir⁵⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de hukuki niteliği bakımından karma bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmeyi oluşturan karşılıklı edimler bakımından şekil sorununun çözümlenmesi önem arz etmektedir. Buna göre, arsa sahibinin edimi, belirli arsa paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmek olduğundan, bu işlemin resmi şekilde yapılması zorunludur. Öte yandan, müteahhidin edimi ise, sözleşmede kararlaştıran bağımsız bölümlerden oluşan binayı tamamlayarak arsa sahibine isabet edecek bağımsız bölümleri kendisine teslim etmektir. Bu durumda, taraflardan birinin ediminin resmi şekle tâbi olması sebebiyle, arsa

⁵⁷ Altınkan, s. 64; Erman, İnşaat, s. 10-11.

⁵⁸ Bu çalışmada bkz. Üçüncü Bölüm, IV, D.

⁵⁹ Aral/Ayrancı, s. 341; Atamulu, s. 42; Ayan, Serkan, s. 32; Aydoğdu/Kahveci, s. 750; Dirican, s. 9; Eren, s. 591; Ertaş, Şeref: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, (Ertaş, Devir), s. 80; Gümüş, s. 7; Kırmızı, s. 633; Tandoğan, s. 28; Yakuppur, s. 14; Yavuz, s. 993; Zevkliler/Gökyayla, s. 483.

payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bütünü bakımından resmi şekil şartının kabul edildiği söylenebilmektedir. Çünkü, sözleşmeyi oluşturan taraf edimlerinden birinin kanun koyucu tarafından resmi şekil şartına bağlı olması, başka bir ifadeyle taşınmaz mülkiyetinin devrinin söz konusu olması nedeniyle, sözleşmenin bütünü bakımından da resmi şekil şartının bulunması gerekmektedir⁶⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekle uyulmaksızın düzenlenmesi halinde sözleşmenin kural olarak geçersizliği sonucu doğacak ve taraflar verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceklerdir⁶¹. Denkleştirici adalet prensibi

⁶⁰ **Aral/Ayrancı**, s. 341; **Ayan**, Serkan, s. 33; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 750; **Dirican**, s. 9; **Eren**, s. 591-592; **Erman**, İnşaat, s. 17; **Ertaş**, Devir, s. 86; **Gümüş**, s. 116; **Kırmızı**, s. 633; **Tandoğan**, s. 28; **Yakuppur**, s. 15; **Yavuz**, s. 1077; **Yener**, Mehmet Deniz: “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, İÜHFİM, C. 65, Sa. 2, 2007, s. 371-382, (**Yener**, Devir), s. 372; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 484; Y. 15. HD, E. 2007/1276, K. 2008/2431, T. 14.04.2008, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017; Y. 15. HD, E. 2010/6130, K. 2011/4828, T. 21.07.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.08.2017: “*Bilindiği üzere T.M.K.706, B.K. 213 ve Tapu Kanunu’nun 60. maddeleri uyarınca arsa payı devri taahhüdü içeren sözleşmelerin resmi şekilde yapılması geçerlilik şartıdır. Ne var ki somut olayda iddia edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi geçerlilik şekline uygun olarak varlığı kanıtlanamamıştır.*”; Y. 15. HD, E. 2003/2776, K. 2003/6201, T. 23.12.2003, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “*Davacı yüklenici, davalı ise arsa sahibidir. 5.12.1996 günlü sözleşme içeriği uyumsuzluk konusu değil ise de arsa payı devrini de öngören bu sözleşme adi yazılı şekilde düzenlendiğinden geçersizdir.*”; Y. 14. HD, E. 2011/14301, K. 2011/14964, T. 06.12.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.08.2017: “*Eser sözleşmesine dair sözleşme bir şekilde bağlı olmasa da arsa sahibi taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti eser bedeli olarak yükleniciye geçirmek zorunda olduğundan sözleşmenin tapu sicil müdürlüğünde veya noterlerce düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Kanun sözleşmenin geçerliliği (sıhhati) için resmi şekil aradığından emredici kural gereği istisnalar dışında olsa dahi adi yazılı sözleşme geçersizdir, davalılar arasında yapılan böyle bir sözleşmenin varlığı yöntemince kanıtlanmadan davacı yüklenicinin temlik işlemine dayanarak davalı arsa sahibini mülkiyet aktarımına zorlayamaz.*”; **Erman**, İnşaat, s. 20-21; **Erman**, Hasan: Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İÜHFİM, C. 50, Sa. 1-4, 1984, s. 505-517, (Erman, Karar İncelemesi), s. 514); Erman, resmi şekilde yapılmamış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, müteahhide arsa paylarının kendisine devrini talep etme hakkını vermeyeceğini, müteahhidin kendi ediminin tamamını veya büyük bir bölümünü dahi yerine getirmesi halinde karşı edim arsa paylarının devrini talep edemeyeceğini, ancak, başka bir şekilde sözleşme ayakta tutulabiliyorsa tarafların gerçek iradelerinin araştırılması yoluna giderek yapılan sözleşmenin tahvil yoluyla müteahhide ait olduğu kararlaştırılan dairelerin satış bedelinin eserin karşı edimi olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar, müteahhidin amacının uygulamada genellikle arsa payı veya daire almak olmayıp, bunların satışından elde edilecek para olduğunu, bu nedenle sözleşmeyi şekil eksikliği yönünden geçersiz saymak yerine, sözleşmede müteahhide devri kararlaştırılan arsa payının satış bedeline yani paraya dönüştürülmesini, böylece taraflar arasında inşa edilecek binanın belirlenen paylarının değeri karşılığında bir eser sözleşmesinin yapılmış olduğunun “tahvil” yoluyla kabul edilmesi gerektiğini, ve bu değer önceden belli olmadığı için de “takribi ücretle” yapılmış bir eser sözleşmesinin vücut bulacağını, böyle bir kabul de ise, eser sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı bulunmaması sebebiyle, artık taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli sayılması gerekeceğinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

⁶¹ Y. 13. HD, E. 1996/11384, K. 1997/1392, T. 25.02.1997, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “*Diğer taraftan, davalılar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olduğu için, yüklenicinin arsa sahibine karşı doğmuş bir şahsi hakkı yoktur. O nedenle, bu sözleşmenin yüklenicinin şahsi hakkının davacıya temlik sözleşmesi olarak kabulü de mümkün değildir. Hukuken geçersiz olan sözleşmeler taraflarına, geçerli*

gözetildiğinde, müteahhidin inşaat yapımında harcadığı miktarı yani imalat bedeli, mimari proje, statik proje, zemin etüdü ve işçilik bedeli gibi iyiniyetli olarak yaptığı faydalı giderleri geri isteyebilmesi hakkaniyete uygun olacaktır⁶². Ancak, her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Yani, şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması ve hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıması durumunda sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemeyecektir⁶³. Sözgelimi, müteahhidin geçersiz bir sözleşmeye rağmen edimini yerine getirmiş olması halinde, arsa sahibinin resmi şekil şartı noksanlığını ileri sürerek kendi edimi olan arsa paylarını devretmeye yanaşmaması açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır⁶⁴.

sözleşmelerde olduğu gibi hak ve borç doğurmaz. O sebeple, davacı ancak bu geçersiz sözleşme gereğince davalı yükleniciye verdiği satış bedelini haksız iktisap kuralları uyarınca geri isteyebilir.”; Y. 15. HD, E. 1979/947, K. 1979/1313, T. 30.05.1979, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Çift tipli karma sözleşme olan arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesinin geçerliliği resmi biçimde yapılmasına bağlıdır. Taşınmaz ya da pay mülkiyetinin geçirimine ilişkin anlaşmanın kamusal biçimde tapu kütük memuru tarafından düzenlenmesi zorunludur. Taşınmaz veya pay mülkiyetinin satış vaadi noterce düzenlenme biçiminde (re’sen) yapılmalıdır. Geçersiz bir sözleşmenin yerine getirilmemesi (ihlali) giderim borcu doğurmaz. Ancak geçersiz sözleşme uyarınca, sözleşenler verdiklerini, nedensiz zenginleşme kuralları uyarınca geri isteyebilirler.”; Y. 15. HD, E. 1991/4787, K. 1992/1081, T. 05.03.1992, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Şekil yönünden geçersiz düzenlenen akit, yapıldığı andan itibaren geçersiz olup, tarafları bağlamaz. Bu durumda taraflar verdiklerini karşılıklı olarak sebepsiz mal edinme hükümlerine göre geri isteyebilirler.”. Y. 15. HD, E. 1990/2433, K. 1990/361, T. 05.02.1990, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “anılan yasa hükümleri buyurucu nitelikte olduğuna göre, hilafına yapılan sözleşmelerin BK m.19 hükmünce geçersiz sayılmaları gerekir. Geçersiz sözleşmeye dayanılarak cezai şart ve tazminat istenemez. Geçersiz sözleşmeyi uygulayan tarafın uğradığı menfi zararlarını haksız iktisap hükümleri çerçevesinde diğer taraftan istemeye hakkı vardır.”.

⁶² Altınkan, s. 33-34; Erman, İnşaat, s. 18; Kırmızı, s. 634.

⁶³ Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 80-82; Coşkun, s. 184; Eren, s. 592; Ertaş, Devir, s. 86; Kırmızı, s. 640 vd.; Gümüş, s. 116, Tandoğan, s. 29 vd.; Yavuz, s. 1082 vd.; Yener, Devir, s. 372-373; Zevkliler/Gökyayla, s. 484-486; Yargıtay, inşaatın büyük oranda bitirilip bitirilmediğini kriter olarak almakta, tamamına yakını bitmiş olan inşaatlarda şekil eksikliğinin ileri sürülerek sözleşmenin geçersiz kılınmak istenmesini dürüstlük kuralına aykırı bulmaktadır. Örneğin, Yargıtay bir kararında, inşaatın %65 oranında tamamlanmış olması halinde dahi sözleşmenin dürüstlük kuralı çerçevesinde geçerli olamayacağını belirtmiştir: Y. 13 HD, E. 1996/11384, K. 1997/1392, T. 25.02.1997, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Davalı arsa sahibi ile diğer davalı yüklenici arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi, yasalarımızın öngördüğü şekil koşuluna uygun olarak resmi biçimde yapılmamıştır (MK.nun 634, BK.nun 213, Tapu Kanununun 26, Noterlik Kanununun 60. maddeleri). Öte yandan, yüklenici bu sözleşmede öngörülen edimini yerine getirip inşaatı tamamlamadığı, ancak % 65-68 seviyesine kadar getirebildiği için MK.nun 2. maddesi gözetilerek sözleşmeye geçerlilik tanınması da mümkün değildir. Hal böyle olunca, davalılar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuken geçersiz bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir.”.

⁶⁴ Y. 23. HD, E. 2013/3436, K. 2013/5497, T. 18.09.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: “Somut olayda, uyumsuzluk konusu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmış ise de, arsa sahiplerince tapu devri edimi yerine getirilmiş olmakla artık sözleşmenin tarafları bağladığının kabulü gerekir.”; YHGK, E. 1997/15-146, K. 1997/372, 30.04.1997 T, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: “Ancak geçerli bir sözleşme olmamakla birlikte taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse, yahut

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin Noterlik Kanunu'nun 60. ve 89. maddeleri gereğince noter önünde re'sen düzenleme biçiminde yapılması mümkün ve geçerlidir. Ancak tarafların kendi aralarında düzenlediği sözleşmenin noterce onaylanması şekil yönünden geçerli olmayacaktır. Zira, bu sözleşmenin noterde düzenlenme şeklinde yapılması gerekmektedir⁶⁵. Yargıtay'ın yerleşmiş kararları da bu yönde olup, tarafların kendi aralarında hazırladıkları sözleşmenin noterlikçe onaylanmasının sözleşmeyi şekil yönünden geçerli hale getirmeyeceğini, yalnızca Noterde düzenleme şeklinde yapılması halinde sözleşmenin geçerlilik kazanacağına işaret edilmiştir⁶⁶.

Doktrinde; taraflarca hazırlanan sözleşmenin noter kağıdına geçirilmemiş olmasına rağmen, noter tarafından tüm sayfaların damgalanması ve bu sözleşmenin kendi huzurunda taraflarca okunduğu ve tarafların iradelerine uygun olduğu şerhi taşıyorsa ve tarafların ve tanıkların kimlikleri ve imzaları huzurda noter kağıdına yazılmışsa, sözleşmenin geçerlilik kazanabileceği de savunulmuştur⁶⁷.

yüklenici inşaatı bitirmiş veya çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi de inşaatın devamı süresince karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse bu takdirde sözleşmenin hukuken geçersiz olduğu ileri sürülemez; zira bu, MK'nun 2. maddesi uyarınca iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz."; Y. 15. HD, E. 1994/3473, K. 1995/587, T. 07.02.1995, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: *"davacı yüklenicinin, sözleşme gereğince inşaatı tamamen yapıp bitirdiği ve davalı arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri teslim ettiği anlaşılmakta ise de; inşaatın bu haliyle henüz tasdikli projesinin yaptırılmadığı ve iskan ruhsatının da alınmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmeye göre, inşaatın tasdikli projesini ve iskan ruhsatını almak davacı yükleniciye aittir. Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de, yüklenici sözleşmede öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek MK.nun 2. maddesindeki iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz."*

⁶⁵ **Altınkan**, s. 35; **Aral/Ayrancı**, s. 342; **Atamulu**, s. 44-45; **Ayan**, s. 33; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 751; **Ertaş**, Devir, s. 80; **Gümüş**, s. 114-116; **Kırmızı**, s. 635; **Kaplan**, s. 271; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 484-486; **Yavuz**, s. 1078-1079.

⁶⁶ Y. 23. HD, E. 2013/3436, K. 2013/5497, T. 23.08.2017, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: *"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, T.M.K.nun 706, Borçlar Kanunu'nun 213, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır."*; Y. 15. HD, E. 2007/86, K. 2008/393, 24.01.2008 T. www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: *"taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmamıştır. Sözleşmenin sadece noterde tasdik ettirildiği anlaşılmaktadır. İnşaat yüklenici tarafından tamamlanmadığı gibi yükleniciye tapu devri de yapılmamıştır. Bu yönler dikkate alındığında taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı açıktır. Yapılan sözleşme yok hükmündedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin yok hükmünde olması durumunda taraflar, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiklerini geri alabilirler."*

⁶⁷ **Erman**, İnşaat, s. 19; **Ertaş**, Devir, s. 80.

Bir başka ihtimalde, taraflar arasında resmi şekilde yapılmış olan sözleşmenin sonradan değiştirilmesi ya da şartlarının ağırlaştırılması için yine resmi şekil şartının geçerli olması halidir⁶⁸. Gene, taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileride

⁶⁸ Y. 15. HD, E. 2010/2138, K. 2011/4447, T. 07.07.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: "Asıl sözleşmede davalının yapacağı imalata birim fiyatlara %20 kâr eklemek suretiyle bedelinin ödeneceği kabul edildiği halde iptali istenen ek sözleşmede iş bedeli birim fiyatların bir katı olarak artırılmak suretiyle uygulanacağı benimsenmiştir. Ek sözleşmedeki bu değişiklik asıl sözleşmeyi esaslı surette nakzeden bir husus olup Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca geçersizdir."; Y. 15. HD, E. 2007/5787, K. 2007/8251, T. 26.12.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: "Somut olayda, tescili talep edilen bağımsız bölümün asıl sözleşmedeki paylaşımına göre davalı yükleniciye ait olup bu bağımsız bölümün arsa sahibine verilmesini öngören tarihsiz ek sözleşmenin adi yazılı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle BK.nun 12. maddesi hükmü karşısında geçersiz bulunmaktadır."; **Ek sözleşme ile; sözleşmede bulunmayan cezai şart/gecikme tazminatı kararlaştırılmak istenirse veya sözleşmede bulunan bir cezai şartın/gecikme tazminatı tutarının artırılmasına ilişkin ek sözleşme yapılmak istenirse; bu ek sözleşmelerin geçerliği de, asıl sözleşme gibi resmî şekle tâbidir:** Y. 15. HD, E. 2005/6737, K. 2006/6400, 09.11.2006 T, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: "06.04.2002 tarihli ve taraflar arasında adi yazılı şekilde yapılan ek protokolün 10. maddesinde, yüklenici davalının 15.08.2002 tarihinde binanın iskanını almış vaziyette binayı tam ve sözleşme koşullarına göre teslim etmediği takdirde, geciktirdiği her ay için 5000 Euro cezai şartı davacı arsa sahibine ödemeyi yüklenici davalının kabul ettiği hükme bağlanmıştır. BK'nun 12. maddesi hükmü gereğince; borcun içeriğini genişleten veya yasal şekle bağlı olarak yapılmış sözleşmede var olan herhangi bir kaydı kaldıran veya değiştiren, sözleşmeden doğan borçları ağırlaştıran sözleşmelerin de asıl sözleşmenin yapıldığı şekle uygun olarak yapılması zorunludur. ... kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 4. maddesi hükmüyle kararlaştırılan "ifaya ekli ceza" tutarı, yanlarca adi yazılı şekilde yapılan 16.04.2002 tarihli ek sözleşmenin 10. maddesi hükmü ile artırılmış ise de, BK'nun 12. maddesi hükmü gereğince, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştıran bu ek sözleşme, asıl sözleşmenin tabi olduğu zorunlu şekil koşuluna uygun olarak yapılmış olmadığından davalı yükleniciyi bağlayıcı değildir."; YHGK, E. 2003/15-124, K. 2003/175, T. 19.03.2003 T, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: "Görülme ekte davadaki talep, ek sözleşmedeki bu cezai şart parasının tahsili istemine ilişkindir. ... somut olayda olduğu gibi, miktarının sonradan ayrıca belirleneceği açıklanmış olsa bile, bir sözleşmede tür ve miktarına açıkça yer verilmeyen bir seçimli cezai şartın sonradan kararlaştırılması, sözleşmenin cezai şart borçlusu aleyhine değiştirilmesi, dolayısıyla, sözleşmeye o yolda yeni bir hüküm eklenmesi niteliğindedir. Dolayısıyla, buna ilişkin işlemin, asıl sözleşmenin tabi bulunduğu şekle uygun olarak yapılması, geçerlilik şartıdır."; **TBK m. 13 gereğince, resmî şekilde akdedilmese geçersiz olan ek sözleşmede kararlaştırılan hususun taraflarca ifa edilmiş olması halinde; bu ifa sonrası ek sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez:** Y. 15. HD, E. 2005/7490, K. 2007/115, T. 17.01.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: "Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, arsa payının intikalini de içerdiğinden noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır. Resmi şekilde yapılan bu sözleşmelerin değişikliğini içeren ek sözleşmelerin de aynı şekilde BK.nun 12. maddesi uyarınca resmi şekilde yapılmaları zorunludur. Yasal düzenleme bu şekilde olmasına rağmen, Yargıtay uygulamasında, aslının tâbi olduğu şekil şartına uygun düzenlenmeyen ve bu nedenle geçersiz olan ek sözleşmelerin de tamamen ifa edilmeleri halinde geçersizliklerinin ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir."; Y. 15. HD, E. 2003/6868, K. 2004/3746, T. 05.07.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: "BK. 12. maddesi uyarınca resmi şekilde yapılan sözleşmenin adi yazılı sözleşme ile değiştirilmesi mümkün değildir. Ne var ki değişiklik sözleşmesi ifa edilmişse artık bunun geçersizliği ileri sürülemez. Uygulanmakla değişiklik sözleşmesi geçerli hale gelmiştir."; **Diğer yandan, taraflar, sözleşmede inşaatın süresi ve/veya inşaatın teslim tarihini kararlaştırmamışlarsa; inşaatın süresini ve/veya inşaatın teslim tarihini resmî şekle tâbi olmaksızın ek sözleşme ile belirleyebilirler:** Y. 15. HD, E. 2004/4510, K. 2005/1405, T. 14.03.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23/08/2017: "Yanlar arasında düzenleme biçiminde yapılan 30.7.1997 tarihli daire karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 6. maddesinde arsa sahibine ait dairelerin iskân ruhsatının kooperatif tarafından alınacağı ve dairelerin anahtar teslimi olarak teslim edileceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmede inşaatın süresi ve teslim tarihi ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. Kooperatif yönetim kurulu üyeleri 30.9.2000 tarihli "taahhütnamedir" başlıklı belge ile arsa sahibine ait dairelerden başlamak üzere inşaatı 2001 yılı inşaat

kurulmasına hükmeden bir ön sözleşme yapılmışsa, bu ön sözleşmenin de geçerli olması resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır⁶⁹. Nitekim, TBK 29. maddesi de “Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır” şeklindedir.

Sözleşmenin şekli bakımından incelenmesi gereken bir durum da, müteahhidin sözleşmeyle kararlaştırılan arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesi halidir. Bu durumda, müteahhidin arsa paylarına ilişkin mevcut hakkının kişisel bir hak olan alacak hakkı niteliğinde olduğu, arsa sahibi ile akdetmiş olduğu sözleşmeyle kararlaştırılan arsa paylarının henüz kendisine devredilmeden üçüncü kişilere devretmek maksatlı yapacağı sözleşmelerin ise alacağın temliki hükmünde olduğu Yargıtay’ca kabul edilmektedir⁷⁰. Başka bir ifadeyle, müteahhidin inşaat sırasında kendisine kredi temini amacıyla payına düşen bağımsız bölümleri kendi adına tescil yapılmadan üçüncü kişiye devretmesi halinde, söz konusu devri alacağın temliki olarak nitelendirilmek gerekir. Alacağın temliki adi yazılı şekle tabi olduğundan müteahhidin, arsa sahibi ile yapmış olduğu sözleşme ile payına düşen yeri adi yazılı sözleşme ile üçüncü kişiye devretmesi geçerlidir. Nitekim, TBK 184. maddesi gereğince, alacağın temliki sözleşmelerinin geçerliliğinin sadece yazılı şekil şartına bağlı

sezonu sonuna kadar bitireceklerini kabul ve taahhüt etmişlerdir. Taahhütnameyi imzalayanlar, sözleşmeyi imzalayanlarla aynı kişiler olup kooperatifi temsil ve ilzama yetkileri bulunmaktadır. BK.nun 12. maddesine göre, geçerliliği resmi şekle bağlı eser sözleşmelerini tâdil eden sözleşmelerin de resmi biçimde yapılması gerekir. Sözleşmenin tâdilinden maksat; tarafların ana sözleşmeyle yükümlendikleri borçları ağırlaştırıcı değişikliklerdir. Bu nitelikte olmayan, yani sözleşmeyi bozmayan ve değiştirmeyen fer'i ve mütemmim koşulların resmi biçimde yapılma zorunluluğu yoktur. Kooperatifi temsil ve ilzâma yetkili kişilerce adi yazılı olarak düzenlenen taahhütname, ana sözleşmedeki borçları ağırlaştırıcı nitelikte değişiklikleri içermediğinden geçerlidir ve kooperatifi bağlar. Taahhütnameye göre davacıya ait dairelerin 2001 yılı inşaat sezonu sonunda yani en geç 31.12.2001 tarihinde teslimi gerekmektedir.”.

⁶⁹ **Altınkan**, s. 35-36; **Atamulu**, s. 46; **Erman**, İnşaat, s. 19-20; **Gümüş**, s. 116-117; **Kırmızı**, s. 636-637; YHGK, E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.04.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “*Borçlar Kanunu'nun 22. maddesi hükmünde tanımlanan “sözleşme yapma vaadi” sözleşmesi yaparak; taraflar, ileride asıl sözleşme yapmak yükümlülüğü altına girebilirler. Sözleşme yapma vaadi sözleşmesi, bir “ön” sözleşmedir. Yasa iki tarafın yararı için, bu sözleşmenin geçerliliğini bir biçime bağlamışsa, bu biçim sözleşmenin yapılması vaadine de uygulanır.”.*

⁷⁰Y 3. HD, E. 2014/22074, K. 2015/2183, T. 12.02.2015, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “*Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye satılması, Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen “alacağın temliki” hükümlerine tabi bir işlemdir.”.*

olması hasebiyle, resmi şekil şartı aranmamaktadır⁷¹. Ancak, müteahhit ile arsa sahibi arasındaki sözleşme şekil eksikliği sebebiyle geçersiz ise, müteahhidin arsa paylarını devrettiği temlik alacaklısı üçüncü kişinin geçersiz sözleşme nedeniyle uğradığı menfi zararını karşılaması gerekecektir⁷².

2. Şekle Uyulmamasının Hüküm ve Sonuçları

a. Genel Olarak

TBK m. 12/2 gereğince; Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Kanun koyucunun tabirinden bu hükmün emredici nitelikte olduğu ve hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Yargıtay⁷³ ve doktrinde⁷⁴ kabul edilen görüşte bu şekildedir.

⁷¹ Altınkan, s. 36; Erman, İnşaat, s. 21; Gümüş, s. 118; Kırmızı, s. 638; Yavuz, s. 1079-1080; YHGK, E. 2013/5212, K. 2013/7076, T. 13.11.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Davacı ile davalılardan yüklenici şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihli hukuki işlem, alacağın temlik hükmündedir (BK. m. 161., TBK m. 183.). Zira yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca kazanacağı şahsi hakkını davacıya temlik etmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir temlikin geçerli olabilmesi için ise BK'nın 163. (TBK. m. 184.) uyarınca yazılı şekil şartı yeterli bulunmaktadır. Bu itibarla, davalılar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsedilebilmesi mümkün değildir.”

⁷² Erman, İnşaat, s. 21-22; Y. 3. HD, E. 2014/22074, K. 2015/2183, T. 12.02.2015, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “... davalı taraf, gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile inşaatını üstlendiği taşınmazdan bir adet daireyi davacıya satmış olup; tarafların, alıcı durumundaki davacı ve yüklenici durumundaki davalı olmasına göre; inşa halindeki taşınmazın satın alınması konusunda yapılan yazılı sözleşme geçerlidir. Bu sözleşme gereğince, davacı; toplam 54.500,00 TL ödemiş, daire kendisine teslim edilmemiş olup, dava dışı üçüncü kişiye satılmıştır. Bu haliyle, sözleşme geçerli olduğundan; davacının, menfi zarar talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekir. Menfi zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır.”

⁷³ YİBK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, RG, 21.12.1988, Sa. 2026, s. 27; www.dergipark.ulakbim.gov.tr, Erişim Tarihi: 23.08.2017; YİBK, E. 1944/14/ K. 1944/13, T:12.04.1944, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017, Y. 15. HD, E.1991/536, K. 1991/3137, T. 12.06.1991, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017; Y. 15. HD, E. 1990/4318, K. 1990/4382, T. 30.10.1990, , www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017; Y. 11 HD, E. 1983/206, K. 1983/269, T. 17.02.1983, , www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017; YHGK, E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 09.06.1982, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Davalının eser meydana getirme borcunu kapsayan sözleşmenin şekle bağlı olmamasına karşılık, davacı arsa sahibinin pay mülkiyetini davalıya devir borcu için, yasalarda öngörülen resmi şekle uygun bir sözleşmenin varlığı zorunlu olmaktadır... Anılan yasa hükümlerinin öngördüğü biçimde yapılmayan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Çünkü burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenledir ki, gerek mahkeme ve gerekse Yargıtayca doğrudan doğruya gözönünde tutulur. ...Öte yandan, olayımızda sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar da taraflarca tamamen yerine getirmiş değildir. Hal böyle olunca, MK. m. 2'de ifadesini bulan afaki iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle

Doktrinde savunulmakta olan bir diğere “kendine özgü (sui generis) geçersizlik görüşü” uyarınca, resmi şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz olmakla birlikte, bu geçersizliğin herkes tarafından ileri sürülemeyeceğini, yalnızca sözleşmenin tarafları veya onların külli haleflerince ileri sürülebileceğini, bu yüzden hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulamayacağı belirtilmektedir. Buna göre, bu görüşün kabul edilmesi halinde, sözleşme geçersizliği taraflarca ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁷⁵.

Kanımızca, TBK 12/2 maddesinin emredici bir hüküm olmasına göre⁷⁶, bu hususun hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira, kendine özgü (sui generis) geçersizlik görüşünün kabul edilmesi kanun koyucunun tabiriyle örtüşmemektedir.

sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural, ancak, sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir.” Bu karar daha sonra aynı Hukuk Genel Kurulunca 17.02.1984 tarihli ve E. 1983/15 – 359, K. 1984/121 sayılı kararı ile ortadan kaldırılmıştır. **Erman**, Karar İncelemesi, s. 510-517: Erman, bu görüşün kabul edilmesi halinde resmi şekilde yapılmayan sözleşme baştan itibaren geçersiz olduğu için tarafların verdiklerini geri alamayacaklarını, oysa sürekli bir borç ilişkisi meydana getiren eser sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceğini, burada tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerektiğini, bu tür sözleşmelerde yüklenicinin gerçek amacının belirlenen arsa paylarının mülkiyetini üzerine almak değil, bunların satışından elde edilen para olduğunu belirtmiştir.

⁷⁴ **Akkanat**, Halil: “Şekle Aykırılığın Sonuçlarının MK. M. 2 Hükümü aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, s. 1655-1668, s. 1660; **Akyol**, s. 76; **Altaş**: Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 143 vd.; **Büyükcay**, s. 56; **Duman**, s. 123; **Erman**, İnşaat, s. 22-23; **Fila**, Hürrem/**Eraslan**, Eyüp: “Bir Yargıtay Kararı ve Eleştirisi”, İBD, 1985, C. 59, Sa. 7-8-9, s. 661 – 685, s. 668; **Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 4, İstanbul 1992, s. 1175; **Kartal**, s. 64; **Kostakoğlu**, Cengiz: “Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil”, Yasa Hukuk Dergisi, 1984, C. 7, Sa. 7, s. 925-932, (**Kostakoğlu**, Şekil), s. 925; **Kılıçoğlu**, Ahmet: “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, AÜHFD, C. 38, Sa. 1-4, s. 209-222, (**Kılıçoğlu**, Şekil), s. 211-212; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 236; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**, Sümeyye Hilal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2011, s. 32 vd; **Karataş**, İzzet: Eser (İnşaat) Yapım Sözleşmeleri, Ankara 2009, s. 59.

⁷⁵ **Eren**, s. 293; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Kanunu Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 50; **Kanber**, Kemal: “Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 1996, Sa: 7, s. 14-17, s. 16.

⁷⁶ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 11. maddesini karşılamaktadır. Tasarının iki fıkradan oluşan 12. maddesinde, sözleşmelerin şekle bağlı olmaması ilkesi ile kural olarak geçerlilik şekli niteliğinde olmak üzere Kanunda öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin geçersizliği düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin kenar başlığında kullanılan “B. Akitlerin Şekli” ibaresi yerine, tasarıda “B. Sözleşmelerin şekli” ibaresi kullanılmıştır. Yine aynı kenar başlıkta kullanılan “I. Umumî kaide ve emrolunan şekillerin şümulü” ibaresi, tasarıda “I. Genel kural” şeklinde kısaltılmış; madde metni de arılaştırılmıştır. Tasarının 12. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ilk cümle hükmüyle, Kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin, kural olarak geçerlilik şekli olduğu belirtilerek, bu konudaki duraksamalar ortadan kaldırılmak istenmiştir. Aynı fıkranın son cümlesinde de, öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olduğu açıklanmıştır.

Bu nedenle, şekil eksikliği yönünden sözleşmenin geçersizliği iddiası taraflarca ileri sürülmemiş veya taraflardan biri tarafından ileri sürülse dahi sözleşmede kararlaştırılan edimler yerine getirilmiş ya da taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarına aykırı olup, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyor ise, artık sözleşmenin geçerli olduğunun söylenmesi gerekmektedir⁷⁷.

b. Şekle Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Haller

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması şarttır. Yani, resmi şekle riayet edilmeksizin düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersiz kabul edilecektir ve taraflar bu geçersiz sözleşmeye dayanarak karşı taraftan edimde bulunulmasını talep edemeyecektir⁷⁸. Bu halde, taraflar geçersiz sözleşmeye dayanarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceklerdir⁷⁹.

⁷⁷ **Erman**, Karar İncelemesi, s. 510-517; YHGK, E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 09.06.1982, www.hukuktürk.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “...öte yandan; sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar da, taraflarca tamamen yerine getirilmiş değildir. Hal böyle olunca, Medeni Yasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan, afaki iyiniyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kuralın ancak, sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir.”; Bu karar daha sonra aynı Hukuk Genel Kurulunca 17.02.1984 tarihli ve E. 1983/15 – 359, K. 1984/121 sayılı kararı ile ortadan kaldırılmıştır.; YHGK, E. 1991/15-396, K. 1991/511, T. 23.10.1991, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “...Olayda, davacı iş (arsa) sahibi tarafından tapuda davalı yüklenici şirkete arsa payı devir ve kaydı yapıldığı gibi davalı yüklenici inşaatı bitirerek davacı iş (arsa) sahibine dört adet bağımsız bölümü teslim etmiş ve böylece taraflar karşılıklı olarak ifada bulunmuşlardır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK. 2. Maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kurallarına aykırı olup, sözleşme artık geçerli hukuki sonuç doğurur...”; Y. 15. HD. E. 1994/3473, K. 1995/587, T. 07.02.1995, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de, yüklenici sözleşmede öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek MK.'nun 2.maddesindeki iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.”; Y. 15. HD. E. 1976/1335, K. 1976/3022, T. 17.09.1976, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: “Davaya dayanak yapılan sözleşme, 1512 sayılı Noter Yasasının 60. maddesinin 2. bendiyle öngörülen biçime uygun olarak düzenlenmemiş ise de, davacıların edimini yerine getirip, davalı da eseri teslim aldıktan sonra biçim eksikliğinin ileri sürülmesinin MK. 2 ile bağdaşmaması...”.

⁷⁸ **Atamulu**, s. 44-45; **Akkanat**, s. 1661; **Erman**, İnşaat, s. 22; **Karataş**, s. 66; **Sütçü**, s. 63; **YİBK**, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, RG, 21.12.1988, Sa. 2026, www.dergipark.ulakbim.gov.tr, Erişim Tarihi: 23.08.2017.

⁷⁹ Y. 13. HD, E. 1996/11384, K. 1997/1392, T. 25.02.1997, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017; Y. 15. HD, E. 1990/2433, K. 1990/361, T. 05.02.1990, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017; Y. 15. HD, E. 1979/947, K. 1979/1313, T. 30.05.1979, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Çift tipli karma sözleşme olan arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesinin geçerliliği resmi biçimde yapılmasına bağlıdır. Taşınmaz ya da pay mülkiyetinin geçirimine ilişkin anlaşmanın kamusal biçimde tapu kütük memuru tarafından düzenlenmesi zorunludur. Taşınmaz veya pay mülkiyetinin satış vaadi noterce düzenlenme biçiminde (re'sen) yapılmalıdır. Geçersiz bir sözleşmenin yerine getirilmemesi (ihlali) giderim borcu doğurmaz. Ancak geçersiz

Geçersiz bir sözleşmeye dayanarak talepte bulunulamayacağı gibi, sözleşmenin feshi ve iptali istemli dava da açılmaz⁸⁰. Mahkemeden ancak sözleşmenin geçersizliğinin tespit edilmesi talebinde bulunabilirler. Nitekim, Yargıtay, sözleşmenin feshi veya iptali amacıyla açılan davaların, sözleşmenin geçersizliğine yönelik bir talep olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir⁸¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil şartına uyulmaksızın düzenlenmesi geçersizlik sonucu doğurmakla birlikte, eğer şekil eksikliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemez⁸².

sözleşme uyarınca, sözleşenler verdiklerini, nedensiz zenginleşme kuralları uyarınca geri isteyebilirler.”; Y. 15. HD, E. 1991/4787, K. 1992/1081, T. 05.03.1992, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Şekil yönünden geçersiz düzenlenen akit, yapıldığı andan itibaren geçersiz olup, tarafları bağlamaz. Bu durumda taraflar verdiklerini karşılıklı olarak sebepsiz mal edinme hükümlerine göre geri isteyebilirler.”.

⁸⁰ Y. 15. HD, E. 2004/5895, K. 2005/4170, T. 11.07.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “...08.04.2002 tarihli sözleşme noterde düzenleme biçiminde yapılmadığından geçersizdir. Davalı yüklenici şirkete tapu devri yapılmadığından ve inşaatın önemli ölçüde yapılması da söz konusu olmadığından sözleşmelerin geçerli hale geldiklerinden de söz edilemez. Geçersiz bir sözleşme yok hükmündedir. Ortada geçerli bir sözleşme olmadığına göre, böyle bir sözleşmenin feshine de karar verilemez.”; YHGK, E. 1979/15-1613, K. 1982/565, T. 09.06.1982, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi:23.08.2017: “...taraflar arasında kurulan 18.5.1973 günlü ve 6248 sayılı sözleşme, noterlikçe re’sen düzenlenmemiş; taraflarca dışarıda yazılıp imzaları Hatay Birinci Noterliğince onanmıştır. O halde, az yukarıda yapılan açıklamalara göre, anılan sözleşme hukuken geçerli değildir. Oysa davacının borca aykırılık nedeniyle (fesh) isteyebilmesi, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmuş olmasına bağlıdır. Çünkü, hukuken hüküm ifade etmeyen, geçersiz bir sözleşmenin feshini istemekte hukuki yararın varlığından söz edilemez. Bu nedenle, davanın reddine karar verilmeliydi.”.

⁸¹Y. 15. HD, E. 2001/2953, K. 2001/4871, T. 30.10.2001, www.karara.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “... Batıl olan sözleşme esasen hiç meydana gelmemiş sayılır ve vücuda gelmemiş sözleşmenin iptalinden de söz edilemez. Bundan dolayı mahkemece sözleşmenin iptalinin hüküm altına alınması doğru olmamıştır. Ancak istemin kapsamında sözleşmenin geçersizliğinin tespiti talebi de varsayılacağından bu talebin hüküm altına alınması ile yetinilmelidir.”.

⁸² **Akyol**, s. 80; **Atamulu**, s. 48; **Ayazlı**, Pervin: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları-Hukukî Özellikleri-Şekil Sorunu)”, MÜHFHAD, Sa. 4, Ocak-Nisan 1987, s. 43-51, s. 49; Büyükkay, s. 58-59; **Erman**, İnşaat, s. 24; **Erman**, Karar incelemesi, s. 513-514; **Karataş**, s. 60-61; **Kaya**, s. 39; **Kostakoğlu**, Şekil, s. 929; **Sütçü**, s. 84; **YİBK**, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, RG, 21.12.1988, Sa. 2026, www.dergipark.ulakbim.gov.tr, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6 Haziran 1979 gün 14/190-799 sayılı kararı ile Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Kararlarına göre: “... Bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getireceği inancına iyi niyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu husus yasal himayeden yoksun kalır. Bu durumlarda sözleşmenin geçersizliğine dayanılarak akdin icrasından kaçınılamaz... olayın özelliğine göre cebri tescil davası kabul edilmelidir...”; Y. 13. HD, E. 1991/7217, K. 1991/10901, T. 02.12.1991, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: “...c) Yine taahhütlerini mutlaka ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse, artık sözleşmenin şekil yönünden

Ayrıca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekle aykırı olarak düzenlenmiş ve buna rağmen taraflar edimlerini yerini getirmişlerse, bu durumda sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması anlamını taşıyacak ve taraflar ifa etmiş oldukları edimlerinin iadesini talep edemeyecektir⁸³.

Başka bir ihtimâl de, taraflardan biri şekle aykırı sözleşmeye rağmen kendi edimini ifa etmişse, artık diğer tarafın bu sözleşmenin şekil eksikliği yönünden geçersizliğini ileri sürerek kendi karşı edimini ifa etmekten kaçınmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi ve hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşımasıdır. Sözgelimi, arsa sahibi geçersiz sözleşmeye rağmen kendi edimi olan arsa paylarını müteahhide devretmişse, müteahhidin kendi karşı edimi olan inşaatı tamamlamayıp, teslim etme yükümlülüğünü ihlal etmesi ve böylece şekil eksikliğini ileri sürmek suretiyle sözleşmenin geçersizliği iddiasında bulunması durumunda, müteahhidin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olduğu kabul edilecek ve artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemeyecektir⁸⁴. Ters bir durumda, müteahhidin

geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması anlamı taşır ve bu savunma yasal korunmadan yoksun kalır...”.

⁸³ **Atamulu** s. 50; **Aydemir**, s. 34; **Erman**, İnşaat, s. 24; **Karataş**, s. 50-52, **Kaya**, s. 41; **Kostakoğlu**, Şekil, s. 930; **Sütçü**, s. 90; YHGK, E. 1991/15-396, K. 1991/511, T. 23.10.1991, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “...Olayda, davacı iş (arsa) sahibi tarafından tapuda davalı yüklenici şirkete arsa payı devir ve kaydı yapıldığı gibi davalı yüklenici inşaatı bitirerek davacı iş (arsa) sahibine dört adet bağımsız bölümü teslim etmiş ve böylece taraflar karşılıklı olarak ifada bulunmuşlardır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi MK. 2. Maddesinde öngörülen objektif iyiniyet kurallarına aykırı olup, sözleşme artık geçerli hukuki sonuç doğurur...”. Y. 15. HD. E. 1994/3473, K. 1995/587, T. 07.02.1995, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de, yüklenici sözleşmede öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek MK.’nin 2.maddesindeki iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.”; Y. 15. HD. E. 1976/1335, K. 1976/3022, T. 17.09.1976, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 24.08.2016: “Davaya dayanak yapılan sözleşme, 1512 sayılı Noter Yasasının 60. maddesinin 2. bendiyle öngörülen biçime uygun olarak düzenlenmemiş ise de, davacıların edimini yerine getirip, davalı da eseri teslim aldıktan sonra biçim eksikliğinin ileri sürülmesinin MK. 2 ile bağdaşmaması...”; Y. 15. HD, E. 2002/2457, K. 2002/4795, T. 23.10.2002, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “...Yanlar arasındaki adi yazılı sözleşme geçersiz ise de, işin fiilen ikmal olunması ve arsa sahibince teslim alınarak bir kısım tapu paylarının yükleniciye devredilmesi karşısında akdin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.”; Y. 15. HD, E. 1981/942, K. 1981/1313, T. 03.06.1981, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “...Taraflar arasında haricen düzenlenmiş kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz ise de, inşaat tamamen yapılmış ve davacıya teslim hazır duruma getirilmiş bulunduğu tespit edilmesi nedeniyle bu durumda artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi afaki iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.”.

⁸⁴ **Atamulu**, s. 51; **Erman**, İnşaat, s. 25; Y. 15. HD, E. 2006/4103, K. 2006/5895, T. 17.10.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin, her ne kadar noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir ise de, davacı sonradan tapu müdürlüğünde kendisine ait arsa payını davalıya kayden intikal ettirmiş olduğundan; başka bir anlatımla şekil şartı sonradan gerçekleşmiş

sözleşme hükümlerine riayet ederek inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etme edimini yerine getirmesi durumunda, arsa sahibinin kendi karşı edimi olan müteahhide isabet eden arsa paylarının devrini ifa etmemesi ve şekil eksikliğini ileri sürerek sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasında bulunması hakkın kötüye kullanılması anlamını taşıyacaktır⁸⁵. Bu durum, müteahhidin kendisine isabet eden bağımsız bölümlere ilişkin olarak kendine finans sağlamak için üçüncü kişiler ile akdetmiş olduğu satış vaadi sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır⁸⁶.

Tarafların edimlerinin kısmen de olsa ifasına başlamaları başlangıçta geçersiz olan sözleşmeye bağlı kalma amacıyla olduklarını gösterir. Sözgelimi, şekil yönünden geçersiz bir sözleşme karşısında, müteahhit kendi edimi olan inşaatı tamamlama faaliyetlerine başlamış, arsa sahibi de kendi edimi olan arsa paylarını müteahhide veya onun göstereceği üçüncü kişiye devretmişse, tarafların karşılıklı güven çerçevesinde sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik hareketlerde bulunduğu söylenebilmektedir. Bu halde, ileride meydana gelen uyuşmazlık

bulduğundan, sözleşme artık geçerli hale gelmiştir.”; Y. 15. HD, E. 2003/6581, K. 2004/3267, T. 10.06.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017, “Ancak, Kat Mülkiyeti Kanuna tabi olmak üzere yapımına başlanan inşaat önemli ölçüde yapılmış veya adi sözleşmeye dayanarak tapu devri haricen yerine getirilmişse başlangıçtaki sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek MK'nın 2. maddesindeki iyiniyet kuralına uygun düşmez.”; Y. 15. HD, E. 1990/4445, K. 1991/1613, T. 01.04.1991, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “Resmi şekilde düzenlenmediği nedeniyle, geçersiz bulunan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicisi davalıya güvenerek paylarının tümünü tapuda intikal ettiren davacı arsa sahibinin artık sözleşmenin geçersizliğinden söz etmesi mümkün değildir.”; Y. 15. HD, E. 2003/2679, K. 2003/6105, T. 08.12.2003, www.kazancihukuk, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “Arsa sahibi olan davacılar ile davalı yüklenici arasında arsa payı devri karşılığı yapılan değişik tarihli adi yazılı sözleşmeler vardır. Ne var ki, adi yazılı bu sözleşmeler yükleniciye tapu devri suretiyle geçerli hale gelmiştir.”.

⁸⁵ Y. 15. HD, E. 1994/3473, K. 1995/587, T. 07.02.1995, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: “Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de, yüklenici sözleşmede öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek MK'nun 2. maddesindeki iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz. Ne var ki davacı yüklenici de tapu hissesinin devir ve temlikini isteyebilmesi için sözleşmede öngörülen tasdikli projeyi yaptırmak, iskan ruhsatını almak ve kat irtifakını kurmak edimlerini yerine getirmekle yükümlüdür.”; Y. 15. HD, E. 1981/942, K. 1981/1313, T. 03.06.1981, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “Taraflar arasında haricen düzenlenmiş kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçersiz ise de, inşaat tamamen yapılmış ve davacıya teslim hazır duruma getirilmiş bulunduğunun tespit edilmesi nedeniyle, bu durumda artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi afaki iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz.”.

⁸⁶ YİBK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, RG, 21.12.1988, Sa. 2026, www.dergipark.ulakbim.gov.tr, Erişim Tarihi: 23.08.2017; Y. 15. HD, E. 2003/6581, K. 2004/3267, T. 10.06.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017, “Ancak, Kat Mülkiyeti Kanuna tabi olmak üzere yapımına başlanan inşaat önemli ölçüde yapılmış veya adi sözleşmeye dayanarak tapu devri haricen yerine getirilmişse başlangıçtaki sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek MK'nın 2. maddesindeki iyiniyet kuralına uygun düşmez.”.

sonrası taraflardan birinin şekil eksikliği sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasında bulunması dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz⁸⁷.

Müteahhidin sözleşmeyle kendisine isabet eden bağımsız bölümleri arsa sahibince henüz kendisine devredilmeden üçüncü kişilere devretmek maksatlı yapacağı adi yazılı sözleşmeler, alacağın temlik hükmündedir⁸⁸. Buna göre, müteahhidin şekle aykırı düzenlenmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kendi edimini yerine getirmiş olması halinde, temlik alan üçüncü kişi alacağının ifa edilmesini arsa sahibinden de isteyebilecektir⁸⁹.

⁸⁷ **Atamulu**, s. 52-53; **Ayazlı**, s. 49; **Erman**, İnşaat, s. 29; **Kaya**, s. 42; **Kostakoğlu**, Şekil, s. 931; Y. 15. HD, E. 1984/679, K. 1984/1109, T. 30.03.1984, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “*Taraflar arasındaki... arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi haricen düzenlenmiştir. Başlangıçta şekil yönünden geçersiz bulunan bu sözleşmeye dayanarak kendisine teslim edilen 4 kat’a taşınmaz üzerine yüklenici davalı tarafından inşaatlara başlanmış ve dava tarihine kadar kaba inşaatları tamamlanarak % 50’yi aşan kısmı yapılmıştır, inşaatın devam eden bu süresi içinde yapılan inşaatın karşılığı olarak ve sözleşme ile davalıya ait olması gereken dairelerin bir kısmının davalıya ve davalının sattığı kişiler adına davacı tarafından tapuda ferağının verildiği anlaşılmaktadır. Bu suretle taraflar, şekle uygun olarak tanzim edilmemiş sözleşmeyi, edimlerini kısmen ve karşılıklı olarak ifa ederek kendileri için geçerli kabul etmişlerdir... Taşınmaz mal geçirimini taahhüt eden ve bu taahhüdün resmi şekilde yapılmasını öngören yasanın koruması altındaki davacının yükümlendiği tapudaki pay geçirimini kısmen ifa edip, akdin geçerliliğine ilişkin kabulü karşısında, duruşmada savunmasını tevsi ederek sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz”;*

Y. 15. HD, E. 1998/266, K. 1998/3930, T. 20.11.1986, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “*Geçersiz akdedilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa sahibi davalı yükleniciye bir kısım pay geçiriminde bulunmuş ve davalı da aynı sözleşmeye göre inşaatı yapmış olmakla, karşılıklı ve kısmen ifa edilen edimler nedeniyle tarafların sözleşme ile kendilerini bağlı saydıklarının kabulü gerekir.”;*

Y. 15. HD, E. 2004/7112, K. 4421, T. 20.7.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “*Ancak geçersiz olarak düzenlenen sözleşmeye göre tarafların karşılıklı ve büyük ölçüde edimlerini ifa etmeleri halinde sözleşmelerin geçersizliğini ileri sürmek iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Eldeki davada sözleşmeler ile devir sözleşmeleri ve taahhütname adi yazılı şekilde düzenlenmiş ise de, eser kooperatifçe teslim alınıp kullanıldığı ve taahhüt edilen villalardan 7 tanesi yükleniciye devredilmiş olduğundan sözleşmeler ve taahhütname geçerli hale gelmiştir.”;*

Y. 15. HD, E. 2003/6581, K. 2004/3267, T. 10.06.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.08.2017: “*Taraflar arasındaki 5.3.1998 günlü sözleşme adi yazılı düzenlenmiştir. Gerçekten, tapu devrini öngören bu sözleşme resmi biçimde yapılmadığından kural olarak geçersizdir. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanan inşaat önemli ölçüde yapılmış veya adi sözleşmeye dayanarak tapu devri haricen yerine getirilmişse başlangıçtaki sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek MK’nun 2. Maddesindeki iyi niyet kurallarına uygun düşmez.”.*

⁸⁸ Y. 3. HD, E. 2014/22074, K. 2015/2183, T. 12.02.2015, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.08.2017: “*Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye satılması, Yargıtay’ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu’nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen “alacağın temlik” hükümlerine tabi bir işlemdir.”.*

⁸⁹ Y. 14. HD, E. 2004/780, K. 2004/2600, T. 02.04.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 26.08.2017: “*...yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu’nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkını arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir.”.*

Başka bir ifadeyle, müteahhit ile arsa sahibi arasında akdedilmiş sözleşme şekle aykırı olarak düzenlenmesi nedeniyle geçersiz olmasına rağmen, müteahhidin kendi edimini ifa etmiş olması karşısında, müteahhitten bağımsız bölümü temellük etmiş olan üçüncü kişinin tescil talebine karşı, arsa sahibinin müteahhit ile akdetmiş oldukları sözleşmenin şekle aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı olup, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir⁹⁰.

Ezcümle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılmamış olması halinde geçersiz olduğu şüphesizdir. Ancak, uygulamada noter masrafları ödemek istemeyen taraflar karşılıklı güven çerçevesinde şekil şartına uymaksızın sözleşme akdedebilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uzun bir süreci kapsamaması ve başlangıçtaki olumlu ilişkilerin süreç içerisinde bozulması nedeniyle, taraflar sözleşmeyle kendilerine yüklenen borçlarından kurtulmak amacıyla dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan biçimde şekil eksikliğini ileri sürebilmektedir. İşte, bu gibi durumlarda hakkın özünün şekle feda edilmemesi, her somut olayın kendi içerisindeki özel durumların tespit edilerek çözüme kavuşturulması gerekmektedir⁹¹.

⁹⁰ Y. 14. HD, E. 1987/8592, K. 1988/7238, T. 08.11.1988, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 26.08.2017; Y. 1. HD, E. 1989/1154, K. 1989/4070, T. 03.04.1989, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 26.08.2017; Y. 14. HD, E. 1985/3901, K. 1986/492, T. 28.01.1986, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 26.08.2017: “Arsa mülki ile kat karşılığı inşaatı yüklenen arasındaki sözleşme haricen yapılmış olduğundan geçersiz ise de, arsa malikleri, yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından satışı yapılan alıcılara intikalini sağlamak için yükleniciye vekaletname vermekle ve vekilleri de gerekli işlemi yerine getirmekle sözü edilen sözleşmeyi geçerli kılmışlardır. Sözü edilen sözleşmeyi geçerli kabul ederek ifada bulunmalarına ve hatta aynı sözleşme doğrultusunda dava konusu dairesinin davacıya ferağı için vekaletname vermelerine rağmen, arsa maliklerinden birkaçının yüklenicinin kişisel hakkını temellük ederek ona halef olan ve bu hakkını kendilerine karşı ileri sürme olanağına sahip bulunan davacının tapu iptali ve tescili davasında sözleşmenin (müteahhit ile aralarındaki sözleşmenin) geçersiz olduğunu savunmaları dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.”

⁹¹ YİBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.08.2017: “hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır.”; YHGK, E. 1979/14-1641, K. 1981/146, T. 18.08.1981, www.app.e-uyar.com, Erişim Tarihi: 26.08.2017: “... her olayın özel koşulları içerisinde değerlendirilmesi ve bu olaylara en uygun kuralların saptanmasında elverdiği ölçüde hakkın özünün şekle feda edilmemesi gerekir.”

III. SÖZLEŞMENİN DÜZENLENME BİÇİMLERİ

TBK'nın 26. maddesinde düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğini; kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak veya sözleşmenin konusunun imkansız olmaması şartıyla özgürce belirleyebilmeleri mümkündür. Sözleşme içeriğinin özgürce belirlenebilmesi ve bu yüzden çeşitli türlerde sözleşmenin yapılabilir olması, bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu gerçeğini değiştirmez. Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin en çok rastlanan düzenlenme biçimleri aşağıdaki şekilde gruplandırılabilir⁹².

A. Arsa Paylarının Tamamının veya Bir Kısımının Müteahhide Devri

Bu şekilde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, arsa paylarının tamamını ya da bir kısmının mülkiyetini, sözleşmenin kurulmasına müteakiben tapuda müteahhide devretmektedir. Bu bağlamda, arsa sahibi, kat irtifakı⁹³ kurulmuş olan veya olmayan arsasından ileride bağımsız bölümlere özgülenecek belli payların mülkiyetini tapuda müteahhide devretmektedir. Bu ihtimalde, arsa sahibi, belirli arsa paylarının mülkiyetini başlangıçta müteahhide devretmek suretiyle edimini ifa etmektedir⁹⁴. Günümüzde kooperatiflerin, arsa sahibi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenleme aşamasında, T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'ndan kredi sağlanabilmesi için arsa paylarının tamamının mülkiyeti arsa sahibince kooperatife devredilmektedir⁹⁵.

Arsa paylarının tamamının veya belirli kısımlarının sözleşme kurulduğunda müteahhide devredilmesi ve böylece arsa sahibinin kendi edimini ifa etmesi, arsa sahibi açısından çeşitli sakıncalar doğurabilmektedir. Bu durumda arsa sahibinin haklarının korunabilmesi için müteahhide devredilen arsa payları üzerine arsa sahibi lehine teminat

⁹² Altınkan, s. 27; Erman, İnşaat, s. 11.

⁹³ Kat irtifakı, kat mülkiyeti kurma borcunun eşyaya bağlı borç hâline getirilip aynileştirilmesi olarak ifade edilmektedir. Bkz. Serozan, s. 52

⁹⁴ Altınkan, s. 28; Ayan, s. 39; Coşkun, s. 28; Erman, İnşaat, s. 12-13; Gümüş, s. 114-115; İnal, Emrehan, s. 1202; Kartal, s. 104; Kırmızı, s. 633; Yener, Temerrüt, s. 4.

⁹⁵ Erman, İnşaat, s. 12.

ipoteği konulmakta, buna karşın müteahhidin de haklarının korunması bakımından inşaatın belirli aşamalara gelmesiyle ipotek kısım kısım kaldırılmaktadır⁹⁶.

Arsa paylarının müteahhide devri tapuda satış şeklinde gerçekleştirilmiş olsa da, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olması karşısında,

⁹⁶ **Altınkan**, s. 28-29; **Ayan**, s. 39-40; **Coşkun**, s. 30; **Erman**, İnşaat, s. 12-13; **Gümüş**, s. 114-115; **İnal**, Emrehan, s. 1202; **Kartal**, s. 104; **Kırmızı**, s. 633; **Sarı**, s. 283; **Yener**, Temerrüt, s. 4; Y. 15. HD, E. 2005/7631, K. 2006/ 6983, T. 30.11.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.08.2017: “Yanlar arasındaki 21.10.1999 tarihli ve 13036 yevmiye numaralı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi zorunlu şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmiş olup; sözleşmenin koşullarına yönelik olarak taraflar arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin 13. maddesi gereğince; kural olarak, yükleniciler inşaatın temel ruhsatını aldıktan ve kaba kısmını ve karkasını bitirip çatısını kapattıktan sonra yasa ve sözleşme koşullarına uygun olarak yapılması gereken inşaatteki kendilerine verilmesi gereken bağımsız bölümlerin toplam payı olan arsanın tamamı (3) pay kabul edilerek 2/3 payının adlarına tescilini isteyebilirler. Ancak, sözleşmenin 16. maddesi hükmünde ise; sözleşmenin ve inşaatın teminatı olmak üzere; 1. derece ve 1. sırada inşaat teminat ipoteği arsa sahipleri lehine tesis edileceği; yüklenicilere de verilecek 160/240 (2/3 hisse) pay üzerine arsa sahipleri lehine tesis edilecek 3.000.000.000 TL. bedelli teminat ipoteğinin inşaatın ilerlemesine orantılı olarak peyder pey çözüleceği ve geriye kalan dükkân ve daireler üzerine aktarılacağı, inşaatın karkas ve kaba inşaatı tamamlanıp, çatısı tamamen kapatıldığında inşaat teminat ipoteğinden yüklenicilerin seçeceği (3) dairenin ipotek harici tutulacağı, ince sıvası tamamen bittiğinde ve doğramalar tamamen ısı camları ile birlikte takıldığında da diğer (3) daire üzerindeki ipoteğin kaldırılacağı ve nihayet iskan raporu alındıktan, cins tashihi ve kat mülkiyeti kurulduktan sonra ise, geriye kalan daireler ve dükkân üzerindeki ipotek kaydının terkin olunacağı kararlaştırılmıştır. Arsa sahiplerinin teminat ipoteği tesisi ile ilgili haklarının, yanlar arasındaki sözleşmenin değiştirilmesi sebebiyle veya bu haktan feragat etmiş olmaları sonucu ortadan kalktığı, davacılarca yasal delillerle kanıtlanmadığına göre; yanlar arasındaki sözleşmenin 16. maddesi hükmünde öngörüldüğü üzere, arsa sahipleri yararına teminat ipoteği tesis edilmeden davacıların paylarının ve bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin tesciline karar verilemez”; Y. 15. HD, E. 1988/3349, K. 1989/2577, T. 30.05.1989, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 27.08.2017: “Taraflar arasında düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 3 üncü Maddesi’nde, davalıların sahip olduğu taşınmazın % 70 payının müteahhide ferag edileceği kabul edilmiş ve aynı sözleşmenin 5 inci Maddesi’nde, tapuda müteahhide ferag edilecek hisselerin, üzerine yapılacak inşaatın teminatı olarak mal sahipleri lehine ipotek tesis edileceği kabul edilmiştir. Sözleşme maddelerinin birbirini tamamlayan ifadesinden, yükleniciye pay devrinin peşinen yapılacağı hususunun taraflarca kararlaştırıldığından kabulü gerekir”; Y. 15. HD, E. 1996/2702, K. 1996/3402, T. 17.16.1996, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.08.2017: “Taraflar arasındaki sözleşmenin 5 ve 6. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; üzerinde bina yapımı kararlaştırılan parseller tapu devrinin maliki olan davalılarınca ancak -tapu kaydına satılamaz şerhi konulduktan sonra yapılmasını öngördükleri, bu suretle tarafların sözleşmedeki edimin yerine getirilmemesi halinde arsa sahipleri yararına bir teminat sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Nevar ki, MK.nun 918. maddesince böyle bir şartın tapu kütüğüne tescilinin mümkün olmadığı açıkça ortadadır. Bu durumda, mahkemece tarafların sözleşmedeki amaçlarına uygun olarak davacı yükleniciye devri öngörülen taşınmazlar üzerinde arsa sahibi davalılar yararına teminat ipoteği tesis edilerek bu bölüm isteğinin kabulü gerekirken red olunması da doğru olmamıştır.”.

devir ile inşaat sözleşmesinin bir arada ve bütün olarak değerlendirilmesi gerekmekte olup, salt satış işlemi göz önünde tutularak hukuki bir değerlendirme yapılmaması gerekir⁹⁷.

B. Arsa Paylarının İnşaatın Ulaştığı Seviyeye Göre Kısım Kısım Devri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu biçimde düzenlenmesi, inşaatın belirli aşamalara ulaşması halinde, arsa sahibinin arsa paylarını kısım kısım müteahhide devretmesi⁹⁸ ya da üçüncü kişilere satış yapabilmesi ve böylece nakit ihtiyacını giderebilmesi bakımından müteahhide satış konusunda vekâletname vermesi şeklinde meydana gelmektedir. Bu halde, müteahhit, üçüncü kişi ile yapılan satış sözleşmesinde arsa sahibinin vekili olarak görünse de, satış bedelini kendisi aldığı için gerçekte satıcı da kendisi olmaktadır⁹⁹.

⁹⁷ **Altınkan**, s. 29; **Coşkun**, s. 29; **Erman**, İnşaat, s. 13; **Kartal**, s. 104; Y. 15. HD, E. 1989/2425, K. 1989/3191, T. 09.02.1989, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 27.08.2017: “Sözleşmeye göre davalı, davacı ve ölü annesinin arsasına bir inşaat yapacak ve buna karşılık bedel olarak da arsanın %50 hissesini devralacaktır. Sözleşmeye göre davalının %50 dışında bir hak talep etmesi mümkün değildir. Akdin intikadından sonra davacı (m), annesi (F)'ye ait %50 hisseyi davalıya satmış, ancak kendi hissesini üzerinde bırakmıştır. Davada çözümlenmesi gereken husus; bu satışın inşaat sözleşmesi gereği davalıya devri gereken %50 payın intikalini temin için mi, yoksa sözleşme dışı bir işlem mi olduğunun tespiti noktasında toplanmaktadır... Davalıya verilecek bedel arsanın %50 payıdır. Bu pay da sözleşmeden sonra tapuda davalıya intikal ettirilmiştir. Payın davacı ve annesinin paylarından %25'er nispetinde yapılmayıp, sadece bir hissedarın tüm payının devri yoluyla gerçekleştirilmesi arsa sahiplerini borçtan kurtarır. Bu husus arsa sahiplerini ilgilendiren bir iç meseledir. Davalıya hisselerin bu şekilde devredilmesi, işlemin satış olduğunu göstermez. Hayatın olağan akışı, sözleşme ile kararlaştırılan amaç, devirdeki gaye, açıkça tapudaki satışın sözleşmeyle arsa sahiplerine yüklenen pay devrinin geçirilmesini temine matuf bir tasarruftur. Bunun sözleşme gereği olmayıp, sözleşme dışı bir satış olduğunu iddia eden davalı yazılı bir belgeyle iddiasını ispat etmelidir. Tapuda işlemin satış olarak gösterilmesi, bu nedenle ve tek başına satış işlemi ispatı yeterli değildir.”

⁹⁸ **Altınkan**, s. 29; **Coşkun**, s. 30-31; **Erman**, İnşaat, s. 14; **Yener**, Temerrüt, s. 4; Y. 1. HD, E. 2007/5385, K. 2007/7545, T. 26.11.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.08.2017: “... ek 2. maddesinde tapu devrinin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kaba inşaatın ikmalinde % 25 payın, ince işlerin ikmalinde % 20 payın, inşaat iskan aşamasına geldiğinde ise kesin kabul yapılmak şartıyla kalan payın yüklenici kooperatife devir ve temlik gerekmektedir.”; Y. 15. HD, E. 1993/5125, K. 1994/3380, T. 30.05.1994, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.08.2017; “Sözleşmede bir yandan yüklenicinin edimini yerine getirmesi, diğer anlatımla eserin bitirilip teslimi beklenilmeksizin bağımsız bölümlerin arsa paylarının tespiti ve yüklenici paylarının devri öngörülmüş, öte yandan bu devir inşaatın belli bir seviyeye getirilmesi (çatunun kapanması) ve eserin teslimiyle kabul edilmesine değin ipotek tesisi koşuluna bağlanmıştır. Ferağın verilmesi için, yüklenicinin ihtarına karşın inşaatın o aşamaya ulaşmadığı ileri sürülmemiştir. Bilirkişi raporunda da, çatunun kapatıldığı belli olmuştur. O halde, ihtara rağmen ferağa dair edimini yerine getirmeyen arsa sahiplerinin mütemerrit duruma düştüğü gerçektir. Mahkemece yapılacak iş; sözleşme uyarınca ipotek karşılığı yüklenici payının adına tesciline karar vermek, ferağ için arsa sahiplerinin temerrüde düştüğü tarihte inşaatın bulunduğu seviyeye göre ferağ verilmiş olsaydı, eserin bitirilip teslim edilebilme tarihini saptamak, bu tarih sözleşmedeki teslim tarihini aşmıyorsa cezai şart isteminin reddine, aksi takdirde teslim tarihi ile işin bitirilebileceği tarih arasında geçen süreye hasren cezai şartın tahsiline karar vermektir.”

⁹⁹ Y. 15. HD, E. 1988/3482, K. 1989/2549, T. 29.05.1989, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.08.2017: “Taraflar arasındaki 08.09.1986 Tarihli sözleşmede, davacının yapacağı inşaatın karşılık, kendisine 55/100 arsa

C. Arsa Sahibince Arsa Paylarının Satışının Vaadi ile Müteahhidin İnşaatı Yapma Taahhüdü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamada en çok rastlanılan düzenlenme biçimi, bu sözleşme biçimidir. Bu sözleşme ile, müteahhit arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenerek, arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmekte, arsa sahibi de kararlaştırılan arsa paylarını müteahhide satmayı vaat etmektedir. Böylece, hem taşınmaz satış vaadi hem de inşaat yapımı tek bir sözleşme bünyesinde birleşmektedir¹⁰⁰.

payının verileceği öngörülmüş ise de, daha sonra taraflar arasında yapılan 11.09.1987 tarihli protokolün 2/a Maddesi'nde, inşaatın 5. normal katında tavan betonunun tamamen dökülmesinden sonra tahsis edilen dairelerden dördünün, (b) bendinde ise inşaatın dış sıvalarının tamamen bitirilmesi, astar sıvalarının tamamlanması, kapı ve pencere doğramalarının takılmasından sonra geri kalan 7 daireden ikisinin ipotekten ari olarak davacıya verileceği belirtilmiştir... Yapılan incelemede, inşaatın % 67'sinin tamamlandığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin taraflarca aynen ifası talep edilmiş olup, feshi yolunda herhangi bir girişim yapılmamıştır... İnşaatın bulunduğu aşamaya göre, davacı yükleniciye protokolde belirtildiği üzere hangi bağımsız bölümlerin verilmesi gerektiği saptanmalı ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin taraflar arasındaki sözleşmenin sanki fesih ve tasfiye edilmiş gibi hüküm kurması yanlıştır."

¹⁰⁰ Coşkun, s. 31; Gümüş, s. 114; Erman, İnşaat, s. 15; İnal, Emrehan, s. 1202; Kartal, s. 104-105.

İKİNCİ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Ayıplı ifa ve ifa imkansızlığı gibi borca aykırılığın bir çeşidi olarak karşımıza çıkan borçlunun temerrüdü, zaman bakımından ifası gereken ve yerine getirilebilme olanağı bulunan edimin, zamanında yerine getirilmemesi sonucu borçlunun içine düştüğü sorumluluk durumunu ifade etmektedir. Başka bir deyişle, borçlunun borcunu ifa etmesinde gecikmesini ifade eder¹⁰¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de müteahhidin temerrüdü ile müteahhidin arsa sahibiyle girdiği sözleşme ilişkisinde yüklendiği borcuna ilişkin durum kastedilmektedir. Dolayısıyla müteahhidin temerrüdü kavramı ile kastedilen, esasen borçlunun temerrüdünü ifade etmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin temerrüdü hakkında özel hüküm bulunmadığından, bu konuda Türk Borçlar Kanununun borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümleri olan 117-125. maddeleri uygulanır¹⁰². Buna göre, borçlunun mütemerrit

¹⁰¹ **Ayan**, Serkan, s. 91; **Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Konya 2015, s. 369 vd.; **Büyükcay**, s. 193 vd.; **Eren**, s. 1089; **İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 617; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (**Kılıçoğlu**, Genel, s. 700; **Nomer**, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s. 255 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 455; **Reisoğlu**, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 369; **Yener**, Temerrüt, s. 7.

¹⁰² YİBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984, RG, Sa. 18325, s. 18, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.08.2017: “*Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108.) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun*

sayılabilmesi için gereken koşulların; borcun muacceliyeti, alacaklının ihtarı, ifanın mümkün olmasına rağmen gerçekleşmemesi olarak sayılması mümkündür¹⁰³. Hukukumuzda borçlunun temerrüde düşebilmesi bakımından kusur şartı aranmamakta, ancak temerrüdün bazı sonuçları bakımından borçlunun kusurlu olup olmaması önem arz etmektedir¹⁰⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin teslim borcunu ifade temerrüdünün oluşması için, teslim tarihinin gelmesine rağmen müteahhidin eseri tamamlamamış veya tamamlamış olmasına rağmen teslim etmemiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, müteahhidin inşaatı tamamlamaması veya inşaatı tamamlamakla birlikte, teslimde gecikmesi müteahhidin temerrüdüne neden olur. Çünkü, bu iki durumda da ifa (aslî edim yükümlülüğü) henüz gerçekleşmemiştir¹⁰⁵.

Müteahhit, ancak arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümleri ve bunların yanında ortak kullanım alanlarını da tamamlamak ve teslim etmek, kendisine kalacak bağımsız bölümler bakımındansa eksikliklerin ana taşınmazın kat mülkiyetine dönüştürülmesine engel olacak nitelikte olmaması halinde borcunu ifa etmiş olacaktır¹⁰⁶.

106-108. maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğuna göre, hakimin görevi, herşeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde mümkündür. (MK.m.1)''.

¹⁰³ **Ayan**, Mehmet: s. 372 vd.; **Ayan**, Serkan, s. 94 vd.; **Büyükay**, s. 200 vd.; **Buz**, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Baskı, Ankara 1998, (**Buz**, Dönme), s. 100; **Coşkun**, s. 111; **Dirican**, s. 41 vd.; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, (**Eren**, Genel), s. 1092 vd.; **Erman**, İnşaat, s. 61 vd.; **Havutçu**, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Vedat Kitapçılık, İzmir 1995, (**Havutçu**, Müspet Zarar), s. 30 vd.; **İnal**, Tamer: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Seçkin Kitapçılık, Ankara 2014, s. 356; **Kaplan**, s. 89 vd.; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 658 vd.; **Kurt**, s. 89 vd.; **Nomer**, s. 276 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 471 vd.; **Öz**, Dönme, s. 153 vd.; **Öz**, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (**Öz**, İnşaat), s. 142 vd.; **Reisoğlu**, s. 369 vd.; **Şahin**, s. 139 vd.; **Yakuppur**, s. 74 vd.; **Yener**, Temerrüt, s. 8.

¹⁰⁴ **Ayan**, Mehmet, s. 373; **Ayan**, Serkan, s. 234; **Büyükay**, s. 203; **Eren**, Genel, s. 1098-1099; **Erman**, İnşaat, s. 79; **Havutçu**, Müspet Zarar, s. 29; **Kurt**, s. 183 vd.; **Nomer**, s. 281; **Oğuzman/Öz**, s. 481; **Öz**, Dönme, s. 154; **Öz**, İnşaat, s. 142; **Reisoğlu**, s. 372; **Şahin**, s. 182-184; **Yakuppur**, s. 74; **Yener**, Temerrüt, s. 37 vd.

¹⁰⁵ **Ayan**, Serkan, s. 92; **Erman**, İnşaat, s. 72; **Öz**, İnşaat, s. 145; **Öz**, Dönme, s. 168-169; **Şahin**, s. 166; **Yakuppur**, s. 83; **Yener**, Temerrüt, s. 23 vd.

¹⁰⁶ **Ayan**, Serkan, s. 93 ve s. 154; **Duman**, s. 525; **Erman**, İnşaat, s. 3; **Gümüş**, s. 117; **Kaplan**, s. 274.

B. Edimin Muaccel Olması

Borçlu temerrüdünün ilk koşulu borcun muaccel, aynen ifasının istenebilir olmasıdır. Muacceliyet, Kanunda tanımlanmış olmamakla birlikte, alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisini ifade eder¹⁰⁷. TBK m. 117 bu durumu “*Muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*” şeklinde ifade etmiştir. Buna göre borç muaccel olmadan borçlu zamana ilişkin sebeplerle mütemerrit olmaz.

Alacağın muaccel olacağı zaman taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, bir ihbar ya da kanun hükmü veya hukuki işlemin niteliğiyle de belirlenebilir¹⁰⁸. Taraflarca belirlenen süre ve süreye bağlı sonuçlar aksine bir hüküm olmadıkça tek yanlı olarak değiştirilemez, yalnızca tarafların anlaşmasıyla değiştirilebilir¹⁰⁹.

Borçlu bir vadeden istifa ediyorsa veya borç geciktirici şarta bağlı olup da bu şart gerçekleşmemişse ya da borçlu zamanaşımı def’ini yahut karşılıklı bir sözleşme söz konusuysa ödemezlik def’ini ileri sürerse veya borçlu hak düşürücü süreden yararlanıyorsa temerrüt söz konusu olmaz. Borçlunun ayıplı ifa teklifini reddeden alacaklının da borçluyu temerrüde düşürmesi mümkündür. Bununla birlikte, bölünebilir edimlerde edimin bir kısmının ifa edilmiş olması, henüz ifa edilmemiş kısım için borçluyu temerrüde düşürmeye ve bu kısım hakkında borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurmaya engel oluşturmayacaktır¹¹⁰.

1. İfa İçin Sözleşmede Belirlenmiş Vadenin Gelmesi

İfa zamanı genellikle sözleşmede belirlenir, bu tarih belirli bir takvim günü olabileceği gibi, tarafların sözleşmenin akdedilmesinden sonra geçecek belli bir sürenin sonu olarak da kararlaştırılabilir. Sözleşmede vade belirlenmiş ise, muacceliyetin gerçekleşmesi

¹⁰⁷ Duman, s. 553; Eren, s. 1092; İnan/Özge, s. 618; Kılıçoğlu, Genel, s. 701; Oğuzman/Öz, s. 456; Sütçü, s. 519; Yener, Temerrüt, s. 9.

¹⁰⁸ Altınkan, s. 133; Ayan, Serkan, s. 95-96; Büyükay, s. 201; Dirican, s. 43-44; Eren, s. 1093; Kaplan, s. 78; Kurt, s. 90 vd.; Öz, Dönme, s. 154; Öz, İnşaat, s. 142; Şahin, s. 164; Yakuppur, s. 71; Yener, Temerrüt, s. 9.

¹⁰⁹ Ayan, Serkan, s. 99.

¹¹⁰ Ayan, Serkan, s. 97-99; Büyükay, s. 20; Eren, Genel, s. 1093; Kurt, s. 91- 94; Oğuzman/Öz, s. 457; Öz, Dönme, s. 154; Öz, İnşaat, s. 142; Şahin, s. 164; Yener, Temerrüt, s. 9-10.

için herhangi bir ihtara veya ifa talebine ihtiyaç bulunmamaktadır. İfa için belirlenen tarih; sözleşmenin kurulması, bir takım izinlerin alınması veya arsadaki mevcut binanın yıkılması gibi birtakım olayların gerçekleşmesi, işe başlama veya inşaat sözleşmelerinde ruhsat alınması, arsanın tesliminden sonra belli bir sürenin geçmesi şeklinde bir olaya bağlı olarak belirlenebilir ve bu sürenin dolmasıyla eser borcu muaccel hale gelir¹¹¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin asli edimi sözleşmede belirlenen inşaatı tamamlamak ve arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümleri teslim etmektir. Buna karşılık arsa sahibinin edimi ise, sözleşmede belirlenen arsa paylarının mülkiyetini müteahhide geçirmektir¹¹². Buna göre, müteahhidin eser borcunun muaccel olması sözleşmede ifa için belirlenen tarihin gelmesi üzerine gerçekleşir. Öngörülemez bir nedenle eserin belirlenen tarihe yetişememesi ve eserin niteliği bakımından bu süre içinde tamamlanmasının imkansız olması borcun muaccel olmasına engel olmaz. Borçlunun temerrüde düşmesi kusuru bulunmasa dahi mümkündür. Borçlunun kusurunun bulunmaması temerrüdün tazminat gibi bazı sonuçlarını engelleyecektir. Müteahhit, TBK m. 97-98 hükümlerinde düzenlenen ifadan kaçınma hakkı veren def'ileri ileri sürebiliyorsa veya arsa sahibi alacaklı temerrüdüne düşmezse yahut gecikme arsa sahibine bağlanan nedenlerden kaynaklanıyorsa teslim yükümlülüğüne aykırı gecikme söz konusu olmaz¹¹³.

2. İfa İçin Vade Belirlenmemişse Makul Sürenin Geçmesi

TBK m. 90 hükmü uyarınca alacaklı kural olarak borçludan derhal ifa talep edebilir ve bu talep üzerine borç muaccel hale gelir. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde vadenin belirlenmemiş olduğu hallerde TBK m. 90 hükmü uygulanırken dürüstlük kuralı ve işin niteliğine göre makul bir süre verilmektedir. Bu süre belirlenirken, işin niteliği ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak müteahhidin işi olağan araçlar ve iş gücünü kullanarak tamamlayacağı zaman dikkate alınır¹¹⁴.

¹¹¹ Eren, s. 1096; Oğuzman/Öz, s. 456; Sütçü, s. 520; Yener, Temerrüt, s. 10.

¹¹² Erman, İnşaat, s. 61; Yener, Temerrüt, s. 9.

¹¹³ Yener, Temerrüt, s. 10

¹¹⁴ Altınkan, s. 134-135; Ayan, Serkan, s. 100-102; Büyükay, s. 202; Dirican, s. 42; Erman, İnşaat, s. 62; Yazar, İnşaat başlanması ve inşaatın tamamlanması için ne kadar sürenin gerekli olduğunun belirlenebilmesi

İnşaata başlama zamanının taraflarca belirlenmiş olması ve fakat tamamlanma süresinin belirlenmemiş olması halinde; taraflarca belirlenen inşaata başlama anından itibaren, sözleşme kriterlerine uygun bir şekilde yapılması gereken inşaatın teslim süresinin hesaplanarak inşaata başlanması gereken zamana eklenmesi suretiyle inşaatın tamamlanma süresi tespit edilecektir¹¹⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların edimlerini yerine getirme zamanı hakkında sözleşmede bir tarih kararlaştırılmamışsa, müteahhide inşaatı tamamlamak için verilecek makul sürenin geçmesiyle ve arsa sahibinin ifayı talep ettiği muacceliyet bildirimini ile borç muaccel hale gelir. Müteahhidin borcunun muaccel hale gelmesi bakımından sadece makul sürenin geçmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda arsa sahibinin makul sürenin dolmasından sonra ifayı talep etmesi de gerekmektedir¹¹⁶.

Arsa sahibinin hazırlık fiillerinden kaçınması veya inşaatı fiili olarak engellemesi ya da sözleşmeyle kararlaştırılmış ara ödemelerin arsa sahibince gerçekleştirilmemesi gibi arsa sahibinden kaynaklanan gecikmelerin vuku bulması, gene taraflarca sonradan ek işlerin

bakımından mahkemeden tespit talebinde bulunulmasının, ileride doğacak muhtemel uyuşmazlıklara engel olabileceğini savunmaktadır.; **Kurt**, s. 93-94; **Öz**, Dönme, s. 154-155; **Öz**, İnşaat, s. 143; **Şahin**, s. 165; **Yakuppur**, s. 71-72; **Yener**, Temerrüt, s. 11-13. Y. 15. HD, E. 1993/1191, K. 1993/4996, T. 02.12.1993, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.08.2017: “... akidde teslimi öngörülen kesin bir vade olmadığından vadenin geçmesi nedeniyle bir fesih sebebi düşünülemez. Sözleşmeye göre inşaat süresi imar durumu alındıktan sonra başlayacak olup, dava tarihine kadar geçen sürenin çok büyük bir bölümü, 7 parselde tevhidin mümkün olmamasının anlaşılması üzerine imar durumunun alınması ve yola terk işlemlerinin gerçekleştirilmesi yüzünden geçmiştir. Resmi mercilerden kaynaklanan bu gecikmede davalı yüklenicinin kusurlu bulunduğu kabul edilmesi mümkün bulunmadığı gibi, dosyada davalıya çekilen ihtarlarla akdin feshedildiği de davalıya bildirilmiş değildir. Bu yüzden BK.nun 106. maddesi gereğince mehil verilmeden ve davalının temerrüdü oluşturulmadan akdin feshi yapılamaz”; Y. 15. HD, E. 2003/767, K. 2003/3319, T. 18.06.2003, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.08.2017: “Yanlar arasındaki biçimine uygun düzenlenen 28.4.1994 günlü sözleşmede işin teslim tarihi kararlaştırılmamıştır. Kuşku yok ki, tarafların sözleşmelerinde bu hususu eksik bırakmaları yükleniciye eseri belirsiz sürede teslim hakkı vermez. Bu gibi durumlarda işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğini saptamak için o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakmak gerekir. Arsa sahiplerince yüklenicinin temerrüde düşürülüp düşürülmediği de önemlidir. Bu kısa açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; sözleşmeden sonra kooperatif inşaat faaliyetlerine başladığı, 27.7.1994 tarihinde ifraz işlemlerini tamamladığı inşaat ruhsatı alınması için gereken işleri de yaparak bu ruhsatı 5.9.1995 tarihinde aldığı görülmektedir. İşler olağan akışında yürürken ve ruhsatın alınmasından sonra, arsa sahipleri tarafından yükleniciye gönderilen 30.10.1995 tarihli ihtarın ve bundan sonra fesih için 23.1.1996 tarihinde dava açılmasının iyiniyetle bağdaşır bir yanı yoktur. Fesih davası devam ettiği sürece de yükleniciden işi sürdürmesi beklenemez. Arsa sahiplerince davalının kesinleşmesini beklemeden inşaatın başka bir yükleniciye yaptırılması da onların kötüniyetini gösterir ayrı bir davranıştır. Hal böyle olunca, yüklenici kooperatif fesihte haksız olan arsa sahibi davalılardan zararlarını isteyebilir.”

¹¹⁵ **Ayan**, Serkan, s. 101; **Kurt**, s. 117 vd.

¹¹⁶ **Erman**, İnşaat, s. 62; **Yener**, Temerrüt, s. 13.

yapılması konusunda anlaşılması gibi durumlarda inşaatın teslim edilmesi için belirlenen sürenin uzadığı kabul edilecektir¹¹⁷. Bunun gibi arsa sahibinden kaynaklanan veya ne arsa sahibi ne de müteahhitten kaynaklanmayan ancak inşaatın yürütülmesine engel olan objektif hallerin teslim süresini uzatacağı kabul edilmelidir. Bu durumda, müteahhit belirlenen sürede inşaatın teslim edilemeyeceğini derhal arsa sahibine bildirmelidir. Aksi takdirde, sürenin uzadığı kabul edilmeyecek ve müteahhit belirlenen zamanda inşaatı tamamlayıp teslim edemediği için temerrüde düşecektir¹¹⁸.

C. Edimin İfasının Mümkün Olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüdün gerçekleşebilmesi bakımından bir diğer şart borcun ifasının mümkün olmasıdır. Burada söz konusu olan, edimin ifasının mümkün olmaması veya sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan maddi veya hukuki imkânsızlıktır¹¹⁹. İmkânsızlık, ifanın yapılması gereken zamanda mevcut ve sürekli olmalıdır. Bununla birlikte, ifa imkânsızlığı müteahhidin kusuru sebebiyle dahi meydana gelse temerrüt söz konusu olmaz. Nitekim, kusurun varlığı temerrüdün sonuçları bakımından önemlidir¹²⁰. Buna göre, kusurlu imkânsızlığın var olması halinde TBK 122. madde uyarınca karşı tarafın

¹¹⁷ Altınkan, s. 135-136; Ayan, Serkan, s. 114 vd.; Dirican, s. 70, 208; Kaplan, s. 82; Kurt, s. 104 vd.; Öz, Dönme, s. 172; Öz, İnşaat, s. 149.

¹¹⁸ Altınkan, s. 136; Ayan, Serkan, s. 133 vd.; Kurt, s. 116; Öz, Dönme, s. 54.

¹¹⁹ Erman, İnşaat, s. 64-65: Yazar, sözleşmenin kurulmasından önceki bir imkânsızlık halinde sözleşmenin TBK 27 uyarınca yapıldığı andan itibaren geçersiz olduğunu, böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme kurallarına göre verilen şeylerin iadesinin söz konusunu olacağını belirtmiştir; Y. 15. HD, E. 1981/331, K. 1981/1050, T. 07.05.1981, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: Yargıtay, taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinin önceden çıkarılmış afet işlerine ilişkin yönetmelik gereğince yerine getirilmesi imkansız bulunmakla baştan itibaren geçersiz olduğunu, taraflar ileri sürmese bile hakimin geçersizliği doğrudan doğruya göz önüne alması gerektiğini, sözleşme geçersiz olduğundan taraflar için borç veya alacak doğurmazsa da, davalı yüklenici edindiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermek ve kusurlu ise, davacının geçersiz sözleşmeye güvenmesi sonucu uğradığı menfi zararını ödemek zorunda olduğunu belirtmiştir; Y. 15. HD, E. 1988/4461, K. 1989/2129, T. 27.04.1989, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: "...sit alanı içerisindeki bir arsa üzerinde inşaat yapılmasının üstlenilmesi..."; Y. 15. HD, E. 1977/2133, K. 1978/307, T. 21.02.1978, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: "...binanın iki parselin birleştirilmesi suretiyle meydana gelecekteki parsel üzerine yapılmasının üstlenilmesi, fakat söz konusu iki parselin imar mevzuatı yönünden birleştirilme olanaklarının bulunmaması..."; Y. 15. HD, E. 2002/ 4195, K. 2002/ 4758, T. 21.10.2002, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: "...İmar durumu kesinleşmeyen bir yere ilgili belediye inşaat için izin veremeyeceğinden böyle bir inşaat yapılmasını öngören sözleşme konusu da hukuken imkânsızdır. Hükümsüz sözleşmeye dayanarak gecikme tazminatı ve yoksun kalınan kâr adı altında istemde bulunulmayacağı gibi, geçen uzunca süre nedeniyle feshedilmiş sözleşmenin aynen ifası da istenemez. Ancak taraflar, nedensiz zenginleşme kuralları çerçevesinde birbirlerine verdikleri şeyleri veya malvarlıklarına kattıkları değerleri geri alabilirler."

¹²⁰ Ayan, Serkan, s. 151 vd.; Buz, Dönme, s. 103; Erman, İnşaat, s. 64-66; Reisoğlu, s. 299; Oğuzman/Öz, s. 463-464.

bu yüzden uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekmekte olup¹²¹, buna karşın kusursuz imkansızlık halinde ise TBK 136. madde uyarınca tarafların karşılıklı edimleri sona ermektedir¹²².

Kusursuz ifa imkânsızlığı, borçlunun sorumlu olmadığı bir ifa imkânsızlığıdır ve tarafların borçları ve sözleşme ilişkisi TBK 136. madde hükmü uyarınca sorumluluk meydana getirilmeden ortadan kalkmış olur. Kusurlu imkânsızlık halinde ise, borca aykırılığa dair genel hüküm olan TBK 112. maddesi gereğince karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararın tazmini gerekir. Sözleşmenin kurulmasından önceki imkânsızlık objektif nitelikteyse sözleşme TBK m. 27 uyarınca geçersiz olur ve sözleşmenin kendisi geçersiz olacağından borçlunun temerrüde düşmesini de bertaraf edecektir¹²³. Bu durumda artık borç ilişkisi sona erer. Bu

¹²¹ Y. 15. HD, E. 1981/825, K. 1981/1234, T. 25.05.1981, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “...ilgili merci tarafından davacı kooperatif arsasına inşaat izni verilmesi mümkün olmaması nedeniyle, sözleşme konusunda ifa imkânsızlığı ortaya çıktığından ve bu imkânsızlığın sözleşmenin kurulması sırasında da mevcut bulunması dolayısıyla, objektif yönden imkânsız olan edimin (borcun) BK'nun 20.maddesi uyarınca borç ilişkisi esasen meydana gelmemiştir. Bu itibarla, taraflarca düzenlenen bu eser sözleşmesi bütül olduğundan, taraflar için hüküm ifade etmeyecek ve nedensiz zenginleşme kuralları içinde taraflar, birbirlerine verdikleri şeyleri istirdat etmek hakkını hâiz olacaklardır. Ancak, olayda yüklenicinin gerekli basireti göstermemesi ve sözleşmenin kusurlu hareketi sonucu kurulmasına sebep olmasından dolayı, davacı işveren kooperatifin, gerçekleştireceğine güvendiği bu sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulmasına güvenilen aynı sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğradığı menfi (olumsuz) zararı, davalı yükleniciden isteyebilmesi gerekir. Zira, burada işveren kooperatifin, davalı yükleniciye karşı gösterdiği güven, olumsuz zararın kaynağını teşkil etmektedir.”.

¹²² Y. 15. HD, E. 2001/4351, K. 2002/454, T. 31.01.2002, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “İmar yasalarıyla buyurucu nitelikte hükümler getirilerek şehirleşmede kargaşanın, alt yapıda sıkıntının, çevrede kirliliğin önüne geçilmesi kısaca toplum yararının korunması amaçlanmıştır. Kamu düzeninden olan hükümlerin mahkemece doğrudan göz önünde tutulması zorunludur. İdare Mahkemesince yapı izni ile inşaatın dayanağı nazım ve uygulama imar planındaki değişikliklerin iptaline karar verilmiş, bu karar kanun yollarından geçerek kesinleşmiştir. Kamu düzenine aykırılığı mahkeme kararı ile saptanmış inşaatı devam edilmesi yükleniciden beklenemez. Sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu objektif olanaksızlık nedeniyle davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemez.”.

¹²³ Altınkan, s. 137-138; Ayan, Mehmet, s. 373-374; Ayan, Serkan, s. 155; Buz, Dönme, s. 101; Kurt, s. 123; Oğuzman/Öz, s. 479; Öz, Dönme, s. 155 vd.; Öz, İnşaat, s. 143-144; Şahin, s. 143; YHGK, E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.4.2010, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “İfa imkansızlığı ortaya çıkış nedenlerine göre bazı ayırımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayırımlardan birisi de objektif imkansızlık (daimi imkansızlık) - geçici imkansızlık ayırımıdır. Şayet ifa imkansızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkansızlık denilmektedir. Objektif imkansızlıkta sözleşme esasen B.K. md.20 uyarınca bütümlü batıldır (geçersizdir) ve ayrıca feshi gerekmez. Halbuki geçici imkansızlıkta akdin ifası (icrasının istenmesi) bir hadisenin gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak o hadise tahakkuk ederse akdin icrası istenebilir.”; Y. 15. HD, E. 2005/1974, K. 2006/2012, T. 05.04.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “Dava konusu olayda davacılar a ait taşınmazda dava dışı yüklenici kat karşılığı inşaat yapmayı üstlenmiş, tapu kaydı kendisine devredilmiş ancak edim ifa edilemediğinden sözleşme feshedilmiş, tapu kaydının da yeni yüklenici davalı şirkete devri kararlaştırılmıştır. Davalı yüklenici ile haricen kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış bu defa aynı tapu kaydı önceki yüklenici tarafından davalıya devredilmiştir. Ancak, bu yere inşaat yapımı için gerekli ruhsat alınamamıştır. Davacılar a ait parsel açısından sözleşmenin yapıldığı aşamada

nedenle inşaatın tamamlanması borcu objektif olarak imkânsızlaşırsa artık borç ilişkisi sona erdiği için borçlu temerrüdü söz konusu olamaz. Fakat inşaatın tamamlanmasının objektif olarak imkânsızlaştığı tarihe kadar ortaya çıkan temerrüt sonuçları saklı kalır. Diğer yandan, inşaatın tamamlanmasının imkânsızlaşmasının müteahhidin temerrüdünü ortadan kaldırması ve o ana kadarki temerrüt sonuçlarının saklı kalmasında, imkânsızlığın arsa sahibinin¹²⁴ veya yüklenicinin hâkimiyet alanından kaynaklanması arasında bir fark bulunmamaktadır¹²⁵.

Şayet, söz konusu imkansızlık subjektif nitelikteyse, sözleşme hükümsüz olmayacak, ancak borç imkansızlık nedeniyle ifa edilemeyeceği için kusurlu veya kusursuz imkansızlık hükümleri uygulanacak olup, müteahhit borcun ifasının kendisi bakımından imkansız olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde sözleşmeyi kurmuş ise kusurlu kabul edilecektir. Ancak, müteahhide subjektif imkansızlık hali bakımından kusur isnat edilemiyorsa, müteahhit arsa sahibinin zararını tazmin etmek durumunda kalmayacaktır¹²⁶.

objektif imkansızlık bulunmaktadır. Bu haliyle sözleşme geçersizdir. Geçersiz sözleşmeye dayanarak kaçırılan fırsat kapsamında olumsuz zarar istenemez. Ancak geçersiz sözleşmeye rağmen taraflar kendi edimleri yönünden ifada bulunmuşlarsa sebepsiz zenginleşme ilkeleri doğrultusunda işlem yapıp iade edilmesi gerekir.”; Y. 15. HD, E. 2001/2101, K. 2001/4508, T. 11.10.2001, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “Dosyada yer alan Beykoz Belediye Başkanlığının 3.2.1999 günlü karşılık yazısından taraflar arasındaki sözleşme ile üzerine inşaat yapılması kararlaştırılan taşınmazların imar planında spor alanı olarak gösterildiği, öte yandan, 29.6.1999 günlü Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu yazısından ise taşınmazda eski eser kalıntıları bulunduğu bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle sözleşme konusunun imkansız bulunduğu, bu imkansızlığın da sözleşmenin yapılmasından önce var olan objektif imkansızlık olduğu ortadadır. Bu durumda Borçlar Kanunu 20/1. maddesi uyarınca sözleşme batıl olduğundan...”

¹²⁴ Arsa sahibinin sahip olduğu arsayı üçüncü bir kişiye satması hâlinde, arsayı satın alan üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürmesinin, inşaat sözleşmesinin devamını imkânsızlaştırdığı ve bu durumda arsa sahibinin kusurlu olduğu da kabul edilebilir. Bu halde, müteahhit, arsa sahibine başvurarak zararının tazminini talep edebileceği gibi; yeni malik iyiniyetli olsa bile, yasal ipoteğin tescilini talep edebilir. Çünkü doktrinde kabul edildiği gibi, bu durumda müteahhidin alacağı eşyaya bağlı borç niteliği taşıdığından, yeni malikin iyiniyetli olması durumunda bile, TMK. m. 1023 uygulama alanı bulmaz ve müteahhit bu hakkını kullanabilir: **Ayan**, Serkan, s. 135; **Ertaş**, s. 536; Y. 15. HD, E. 1996/367, K. 1996/2127, T. 15.04.1996, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Davacı müteahhit ile davalı arasında yapılan ... sözleşme, davalı O.O.’nun arsa tapusunu diğer davalı Ö.B.’ye temlik etmesi ve onun da davacıyı arsadan çıkarmak için ihtarname çekmesi(yle)...sona ermiştir. Sözleşmenin sona ermesinde davalı O.O. kusurludur. O hâlde davacının ... tüm harcamalarının ... tespiti ile ...(bu sebeple) maruz kaldığı alacak kaybının ... hesaplanarak, davalı O.O.’dan tahsiline karar verilmesi gerekir. Eser sözleşmesinin davacı ile O.O. arasında yapılması nedeniyle, davacının zararından davalı Ö.B. sorumlu olamaz.”

¹²⁵ **Ayan**, Serkan, s. 135; **Öz**, Dönme, s. 156; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 44.

¹²⁶ **Ayan**, Mehmet, s. 374; **Büyükkay**, s. 204; **Dirican**, s. 46; **Erman**, İnşaat, s. 64; **Oğuzman/Öz**, s. 479; **Öz**, Dönme, s. 156; **Öz**, İnşaat, s. 143-144; **Şahin**, s. 142; **Yakuppur**, s. 83; **Reisoğlu**, s. 372; **Sütçü**, s. 520-521; **Yener**, Temerrüt, s. 13; Y. 15. HD, E. 1981/331, K. 1981/1050, T. 07.05.1981, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.08.2017: “...Taraflar arasında kurulmuş bir inşaat sözleşmesi, önceden çıkarılmış olan bir Afet İşlerine İlişkin Yönetmelik gereğince yerine getirilmesi imkansız bulunmakla BK.’nun 20/1 maddesi gereğince

Yargıtay bir kararında “...kamu düzenine aykırılığı mahkeme kararıyla saptanmış inşaata devam edilmesi yükleniciden beklenemez. O halde sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu objektif imkansızlık nedeniyle davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyeceği açıkken...” şeklinde karar vermiştir¹²⁷.

Yakuppur¹²⁸, borcun muacceliyetinden ve müteahhidin temerrüde düşmesinden sonra ortaya çıkan imkânsızlık halleri bakımından müteahhidin, temerrüt ile imkânsızlık arasındaki süre bakımından borçlunun temerrüdü hükümleriyle sorumlu olması gerektiğini, temerrüt sırasında ortaya çıkan imkansızlık durumu ile temerrüt arasında illiyet bağı bulunmadığının müteahhitçe ispat edilmediği sürece, müteahhidin kusuru olmasa dahi sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir¹²⁹. Buna karşın, doktrinde objektif imkansızlık hali dışındaki imkansızlık durumlarında temerrüdün varlığının kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹³⁰.

Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen imkânsızlık halleri bakımından müteahhidin kusurlu ya da kusursuz olması temerrüt hükümlerine başvurulabilmesi bakımından bir fark yaratmamakta, müteahhit kusurlu dahi olsa, imkânsızlık mevcut olduğu sürece temerrüde düşürülememektedir. Ancak, müteahhidin kusurlu olup olmaması, temerrüde düşme bakımından fark yaratmasa da, arsa sahibinin zararının giderilmesi bakımından önem arz etmektedir. Buna göre, müteahhidin kusuru sonucu imkânsızlık halinin oluşması durumunda, müteahhitçe arsa sahibinin zararının tazmin edilmesi gerekecek, aksi halde tarafların birbirlerinden aldıklarını iade etmeleri söz konusu olacaktır¹³¹.

baştan itibaren batıldır...”; Y. 15. HD, E. 1994/2577, K. 1994/797, T. 15.02.1994, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.08.2017; Y. 15. HD, E. 1978/2133, K. 1978/307, T. 21.02.1978, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.08.2017: “...Sözleşme uyarınca, bina iki parselin birleşmesi sonucu oluşacak tek parsel üzerine yapılacağına göre, İmar Yasası ve Yönetmeliği yönünden parsellerin birleştirilmesi olanaksız ise, taraflar arasında kurulan eser sözleşmesi konusunun olanaksızlığı nedeniyle geçersiz olur ve taraflar sözleşmeyle bağlı tutulamazlar.”.

¹²⁷ Y. 15. HD, E. 2002/4351, K. 2002/454, T. 31.01.2002, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.08.2017.

¹²⁸ Yakuppur, s. 83.

¹²⁹ Aynı görüş için bkz. Reisoğlu, s. 372; Yener, Temerrüt, s. 14.

¹³⁰ Ayan, Serkan, s. 155 vd.; Eren, Genel, s. 1092; Kurt, s. 124.

¹³¹ Altınkan, s. 138; Ayan, Mehmet, s. 374; Dirican, s. 46; Erman, İnşaat, s. 66; Öz, Dönme, s. 156; Öz, İnşaat, s. 143-144; Şahin, s. 142.

Uygulamada sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen imkânsızlık hallerinden en sık görüleni hukuki imkânsızlık halleridir¹³². Hukuki imkânsızlık; borcun ifasının bir hukuk kuralı nedeniyle yasaklanması veya borçlunun böyle bir kuralın uygulanması nedeniyle ifada bulunamamasıdır. Sözleşme kurulduktan sonra inşaatın imar düzenine aykırı hale gelmesi, imar değişikliği nedeniyle inşaatın sözleşmede kararlaştırılan şekilde yapılamaması, kararlaştırılan kat sayısının azalması, inşaat ruhsat talebinin reddedilmesi sonradan gerçekleşen hukuki imkânsızlık halleridir¹³³.

Sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra, edimin ifası geçici olarak imkânsız hale gelebilir. Şöyle ki, sözleşmeye konu olan iş başlangıçta imkânsız olmayıp, sonradan yetkili idari birimler tarafından durdurulabilir. Bu durdurma kararı idare mahkemesince dava neticesinde iptal edilirse, eser ifa edilebilir hale gelir ve artık imkânsızlık ortadan kalkar. Bu durumda geçen süre müteahhit için temerrüde konu teşkil etmeyecek, inşaatın teslim tarihi burada geçen süre kadar uzatılacak ve bu süreye tarafların tahammül etmesi gerekecektir¹³⁴.

¹³² Y. 15. HD, E. 1995/6469, K. 1966/1340, T. 13.03.1996, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “Taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapıldığı 18.4.1986 tarihinde akdın ifasında bir imkansızlık bulunmamakta iken, Anayasa Mahkemesinin 11.12..1986 günlü karar ile 3194 sayılı Yasanın 47. maddesinin Anayasanın 2 ve 56. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmesi ile imkansızlık meydana gelmiştir.”

¹³³ **Erman**, İnşaat, s. 68-69; **Yener**, Temerrüt, s. 16; Y. 15. HD, T. 05.05.1998, 548/1844, (**Erman**, İnşaat, s. 69, Dipnot No: 15): “imar tadili sözleşme düzenlendikten sonra ve tarafların iradeleri dışında yapılmış, sözleşmeyle kararlaştırılan 40 daire yerine 30 bağımsız bölüm inşası için ruhsat alınabilmiştir. Davalı arsa sahibine sözleşmedeki paylaşım miktarı kadar daire verilemeyeceği ortadadır. Başka bir deyişle edimlerin yanların iradesi dışında kalan bir nedenden ötürü yerine getirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Akdin yerine getirilme imkansızlığı ortaya çıktığından, yanlar ancak almış oldukları şeyi geri vermeye mecbur olduğu gibi borcun ifasından önceki zararları diğer taraftan isteyebilir.”; Y. 15. HD, E. 2011/616, K. 2011/7961, T. 27.12.2011, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “Mahkemece sözleşmede davacılar 3 dubleks dairenin verilmesi öngörülmüş iken yüklenicinin bu edimini yerine getiremediğinden dolayı davacılar yararına dubleks dairenin bedeline hükmedilmiştir. Oysa sözleşme tarihi itibarıyla dubleks daire yapımı mümkün iken belediyece alınan sonraki tarihli bir karar ile dubleks daire yapımına imkan tanınmamıştır. Böylece yüklenici de kendisine ait dubleks daireleri yapamamıştır. BK'nın 117. maddesi uyarınca sonradan ortaya çıkan bu imkansızlık karşısında davalıdan bu edimini yerine getirmesi beklenemeyeceğinden dubleks dairelerin bedeline hükmedilmesi yerinde olmamıştır.”; Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 15. HD, E. 2011/7526, K. 2012/6981, T. 08.11.2012, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017; Y. 15. HD, E. 2007/2163, K. 2007/5035, T. 20.7.2007, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017.

¹³⁴ **Yener**, Temerrüt, s. 17-18; Y. 15. HD, E. 2002/1412, K. 2002/2969, T. 03.06.2002, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “Sözleşme yapılırken taşınmazın mevcut vasfı itibarıyla imara müsait olmadığı taraflarca bilinmektedir. Bunun içindir ki sözleşmenin 6.maddesinde inşaatın başlama tarihi olarak ilgili mercilerden bina yapılabilir anlamını taşıyan ön izin belgesinin alınması, imarla ilgili işlemlerin tamamlanması koşulu getirilmiştir. Bu koşulun tahakkukunun zamana bağlı olduğu kabul edilerek inşaata başlanması için belli bir tarih kararlaştırılmamıştır. Geçici imkansızlığın varlığı sözleşme anında kabul edildiğine göre istikrar kazanmış Yargıtay İçtihatlarınca bu imkansızlığın ortadan kaldırılması için yanların

İnşası devam eden bir binanın yıkılması imkânsızlık oluşturmaz, ancak sözleşmede kararlaştırılan sürenin geçmesi müteahhidin temerrüdüne neden olabilir. TBK m. 483 hükmüne göre, eser teslim edilmeden önce beklenmedik bir olay nedeniyle yok olursa arsa sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe müteahhit, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez, malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur. Bu durumda, inşaata gelen hasar müteahhide ait olacak ve müteahhit sözleşmeyle belirlenen arsa paylarının bir kısmını veya tamamını tapuda devir almışsa, bunları geri vermekle yükümlü olacaktır. Müteahhit, arsa sahibi teslim almada temerrüde düşmedikçe bir bedel veya yapmış olduğu masrafları da talep edemeyecektir¹³⁵.

makul bir süre beklemeyi peşinen göze aldıkları kabul edilmelidir. Uygulamada bu süre "tahammül süresi" olarak isimlendirilmektedir. Bunun olayın özelliğine göre takdiri gerekir. Kamu düzeninden olan imara müsait olma durumu ortaya çıkmadan inşaat öngörülmediğine göre sözleşme yasaya aykırı değildir.”; Y. 15. HD, E. 1998/4855, K. 1999/642, T. 23.02.1999, YKD, 2000, Sa. 4, s. 583, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “...idare mahkemesinde dava açılmış, 23.02.1989 tarihinde bu dava davacı istemi gibi sonuçlanmış, kanun yollarından geçerek 26.10.1992’de bu karar kesinleşmiştir. Bu haliyle işin üstlenilmesinden itibaren sözleşmedeki amaca ulaşmak için boş durulmadığı, oyalama olmadığı açıktır. Yanlarca ruhsattan bir takım engeller çıkacağı öngörülmüş olacak ki işin süresi de ruhsattan itibaren başlatılmıştır. Sözleşme tarihinde sonra İmar Müdürlüğüne yaratılan imkansızlık iki yanın dışında olup objektif imkânsızlıktır. Bu imkansızlığın mutlak olmadığı da kesinleşen yargı kararıyla ortaya çıkmıştır. O halde geçici objektif imkansızlığın varlığı ortadır. Davalı arsa sahibi ise, aralıksız bu uğraşlar sürerken davacıyı adresinde bulamadığını kanıtlamadan ilan fesih iradesini açığa vurmuştur. Bu tarih 20.06.1989’dur. Kesin süreye bağlanmamış sözleşmede 12.09.1986’dan 20.06.1989’a değin geçin süre açılan davalar göz önüne alındığında “tahammül süresi” olarak yeterli sayılamaz. Geçici imkansızlıktan tahammül süresi beklenilmeksizin sözleşmeden dönme hukukun temel ilkelerinden olan “ahde vefa” ve dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.”.

¹³⁵ **Duman**, s. 556; **Erman**, İnşaat, s. 68; **Yener**, Temerrüt, s. 19; Y. 15. HD, E. 1976/876, K. 1976/1068, T. 11.03.1976, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “Oysa Fırat nehrinin taşması nedeniyle köprüünün yapımı sırasında, müfredatı 28.3.1972 tarihli raporda yazılı zarardan Borçlar Kanununun 368 nci maddesinin 1 nci fıkrası gereğince davalı iş sahibinin sorumlu tutulması olanağı yoktur. Bu maddeye göre yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça, müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini istiyemeyeceğinden, sular tarafından götürülen tahta bedeli ve sarfedilen işçilik ücretlerini müteahhidin davalıdan istemeye hakkı yoktur. Bu gider ve ücretlere kendisi katlanmak zorundadır.”; Y. 15. HD, E. 2003/70, K. 2003/746, T. 19.02.2003, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: “Gerçekten, BK.nun 368. maddesi uyarınca yapılan şeyin teslimden evvel "kazara" telef olması halinde iş sahibi onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça yüklenici ne yaptığı işin ücretini ve ne de masrafların ödenmesini isteyebilir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre de, telef olan malzeme kime ait ise, hasara onun katlanması gerekir. Yasadaki "kazara" sözcüğü ile amaçlanan da, eserin sözleşmenin taraflarından hiçbirine isnad edilemeyecek nedenlerle telef olması halidir. Başka bir deyişle ancak bu durumda hasar meydana gelmişse telef olan malzeme kime ait ise, hasara da o katlanır. Somut olayda, teknenin davalıya ait işyerinde ve davacının hakimiyet alanı dışında çıkan yangınla hasarlandığı çekışmesizdir. Yangının çıkış nedeni saptanamamış ise de zarar, davalının hakimiyet alanındaki işyerinde meydana geldiğinden davacı iş sahibine yüklenecek bir kusur yoktur. Hal böyle olunca, mahkemece bilirkişilerden tekne motorunun bedeli açısından da ek rapor alınarak bu kalem istemin de kabulü yerine, yasa hükmüne yanlış anlam verilerek bu bölüm talebinin reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır.”.

Müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın işi tamamlama yeteneğini kaybetmesi (aczi) TBK 486'da özel olarak düzenlenmiş bir imkansızlık durumudur. Buna göre, müteahhidin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Müteahhidin işi yapmaktan aciz kalması, sadece bedensel bir özürden kaynaklanmayabilir. İşletmesini dağıtarak mesleğine son veren müteahhidin, artık gerekli personel kadrosu bulunmaması yüzünden işi yapmaktan aciz kalması, TBK m. 486 kapsamına giren bir tür imkansızlık olarak kabul edilmektedir¹³⁶. Ancak müteahhidin işi yapmaktan aciz halinde kalmasında kendisinin herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat etmesi gereklidir¹³⁷. Böyle bir durumda arsa sahibi, inşaatın tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür. Dolayısıyla ölüm halinde, ancak müteahhidin kişilik özellikleri ön planda tutulmuş sözleşmeler sona erecektir. İnşaatın tamamlanmasının özel bir yetenek gerektirmemesi halinde, müteahhidin ölümü üzerine sözleşme son bulmayacak, külli halefiyet yoluyla mirasçılar bu eseri yapma borcu altına girecekler¹³⁸ ve işin zamanında bitmemesi durumunda mirasçılar temerrüde düşebilecekler¹³⁹.

¹³⁶ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 48; **Yener**, Temerrüt, s. 21.

¹³⁷ Y. 15. HD, E. 1993/4758, K. 1994/4044, T. 16.06.1994, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: *“Davacı iş sahibi, sözleşmeyi davalı yüklenicinin işi yapmaktan acze düştüğünü bildirdiğinden dolayı feshettiğini ileri sürmüş ve buna, davalı yüklenici duruşmaya gelmemek suretiyle karşı çıkmış sayılır ise de Borçlar Kanunu'nun 371. maddesi gereğince davalı işi yapmaktan aciz kalmasında kendisinin herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat etmemiş olduğundan davacının haklı nedenlerle sözleşmeyi feshettiğinin kabulü gerekir. Sözleşmenin haklı feshi halinde B.K.nun 108/2. maddesi gereğince borçlu kendisine hiçbir kusurun isnad edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı, akdin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini talep edebilir. Buradaki zarar, menfi zarar niteliğinde olup, davacı iş sahibinin sözleşmeye güvenerek daha elverişli şartlarla sözleşme yapmak imkanını kaçırmış olmasından doğan zararı ifade eder. Sözleşmede, fesih halinde iki ihale arasındaki farkın istenebileceğine dair özel bir hüküm bulunmadığından, iki ihale farkı istenemez ise de, çoğun içinde azın da bulunduğu kuralı gereğince fesih halinde, yukarıda açıklandığı şekilde kaçırılan fırsattan dolayı uğradığı menfi zararın tazmininde istenmiş sayılır.”*

¹³⁸ Devlet İhale Kanunu m. 67, mirasçılara teminat karşılığında işe devam etme imkânı sağlamaktadır: *“Müteahhit veya müşterinin ölümü halinde, yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminatı ve varsa sair alacakları varislerine verilir. Ancak, idare varislerden istekli olanlara, ölüm tarihinden itibaren 30 gün içinde kesin teminat verilmesi şartıyla sözleşmeyi devredebilir.”*

¹³⁹ **Öz**, İnşaat, s. 196; Y. 15. HD, E. 1993/1866, K. 1993/1907, T. 22.04.1993, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.08.2017: *“Öte yandan mahkemece davalılardan müteahhidin öldüğü, bu durumda BK.nun 371. maddesi uyarınca akdin sona erdiği gerekçesinde de isabet yoktur. Anılan maddeye göre inşaat sözleşmesinin sona ermesi, akdin müteahhidin şahsı ve özel yetenekleri dikkate alınarak yapılmış olmasına bağlıdır. Oysa, olay bir inşaat yapımından ibaret olup sözleşme yüklenicinin şahsı nazara alınarak akdedilmiş değildir. Yüklenicinin mirasçılarının bizzat ya da bir başkası eliyle inşaatı yapması da imkan dahilinde olduğundan olayda BK.nun 371. maddesinin tatbiki mümkün değildir.”*; YHGK, E. 1995/15-652, K. 1995/900, T. 01.11.1995,

Sözleşme akdedilirken müteahhidin kişilik özelliklerinin ön planda tutulup tutulmadığı araştırılmalıdır. Yargıtay, apartman inşasına yönelik bir kararında sözleşmede ölüm halinde mirasçılarının işi sürdüreceği kaydı bulursa da sözleşmenin sona ereceğini kabul etmiştir¹⁴⁰. Buna karşın Yargıtay'ın aksi yönde kararlarına da rastlamak mümkündür¹⁴¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından, ölüm sebebiyle sözleşmenin sona ermesi ancak gerçek kişi müteahhit bakımından söz konusu olabilir. Müteahhitlik şirketinin ortağının veya yöneticisinin ölümü ise, bu kişi inşaat sözleşmesine şahsen taraf olmadığından kural olarak sözleşmeyi sona erdirmeyecektir. İstisnai olarak, sözleşmede müteahhidin kişilik özelliklerinin ön planda tutulduğuna ilişkin bir kayıt varsa veya müteahhidin bir şirket olması halinde ortaklardan birine güvenilerek sözleşme kurulmuş ve bu ortak ölmüşse ya da ortaklıktan ayrılmışsa TBK m. 486 uygulama alanı bulacaktır¹⁴².

TBK 486. maddesi amir hükmü gereğince, arsa sahibi, müteahhidin ölümü veya yeteneklerini kaybetmesi nedeniyle tamamlanmamış eserin bitmiş kısmını kendisi için kullanılması mümkün olduğu takdirde, kabule ve bedelini ödemeye mecburdur. Müteahhidin imkânsızlık anına kadar yürüttüğü eser, bedel, götürü veya takribi bir ücret olarak

www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “*Taraflar arasındaki uyumsuzluk davacıların murisi ile davalı arasında yapılan 11.2.1993 tarihli arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. B.K. 371. maddesine göre, istisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme yüklenicinin kişiliği nazara alınmışsa sözleşme münfesi olur. Oysa somut olayda, yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez. Öte yandan, sözleşmede yüklenicinin ölümü halinde, sözleşmenin son bulacağı hususunda bir hüküm de yer almamıştır.*”

¹⁴⁰ Y. 15. HD, E. 1975/3149, K. 1975/3436, T. 07.07.1975, YKD, 1976, Sa. 6, s. 874-876: “*Yasanın adı geçen 371/1 maddesinde yüklenicinin yetenekleri söz konusudur. 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 lâyık olması, tecrübesi, denenmiş olması ve ünü gibi kişisel ve mal varlığına ilişkin özellikler sayılabilir.*”

¹⁴¹ Y. 15. HD, E. 1990/1503, K. 1990/4707, T. 12.11.1990, YKD, 1991, Sa. 5, s. 743: “*... Mahkeme, müteahhit (A)'nın ölümünden dolayı Borçlar Kanunu'nun 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhidin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir, inşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibare alınmamıştır...*”; Y. 15. HD, E. 1989/1739, K. 1989/4859, T. 21.11.1989, YKD, 1990, Sa. 10, s. 1450-1451: “*... BK. nun 371. maddesine göre istisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü halinde sözleşmenin yüklenicinin kişiliği nazara alınarak yapılmışsa sözleşme münfesi olur. Somut olayımızda böyle bir durum yoktur. Yapılacak inşaat işinin herkes tarafından yürütülmesi mümkündür...*”

¹⁴² **Erman**, İnşaat, s. 70; **Yener**, Temerrüt, s. 22; **Öz**, İnşaat, s. 196: Yazar, kişisel özellikleri ön planda olan şirket ortağının şirketten ayrılması durumunda dahi ölüme kıyasen sözleşmenin sona ermesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.

kararlaştırılmış ise, yapılan işin kararlaştırılan ücret içindeki karşılığını arsa sahibi müteahhide ödemekle yükümlüdür. Taraflarca daha önce bir ücret kararlaştırılmamışsa arsa sahibi yapılan işin değerini ve müteahhidin yaptığı masrafları ödemekle yükümlüdür. Yargıtay, bu durumda, inşaatın kaçta kaçının tamamlandığının uzman bilirkişi eliyle tespit edilmesi gerektiğine ve bu belirlenen tespite göre ölüm veya müteahhidin yeteneklerini kaybettiği gündeki sürüm değerinin uygulanması gerekliliğine işaret etmiştir¹⁴³.

Bir diğer kusursuz imkansızlık durumu da TBK 485. maddesinde düzenlenen ifanın imkansızlaşmasının arsa sahibine yüklenecek bir olay nedeniyle gerçekleşmesi halidir. TBK m. 485 amir hükmüne göre, inşaatın tamamlanması, arsa sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşır arsa sahibi müteahhit, yaptığı işin değerini ve bu iş için yaptığı masrafları isteme hakkına sahiptir. Ayrıca, ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında arsa sahibinin kusuru var ise, müteahhidin ayrıca tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır. Arsa sahibi nezdinde gerçekleşen ve sözleşmenin ifasını imkânsız hale getiren sebepler için; arsa sahibinin müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği arsanın kamulaştırılması, toprak kayması, sel, deprem gibi doğal afetler nedeniyle arsanın üzerine inşaat yapılmaya elverişli olmaktan çıkması, arsa sahibinin istediği yapı sistemine yetkili makamlarca izin verilmemesi gibi durumlar örnek olarak gösterilebilir¹⁴⁴.

Bu durumda, söz konusu imkânsızlık hallerinin ortaya çıkmasında müteahhidin hiçbir etkisi bulunmadığı için, herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Aksine, imkânsızlık arsa sahibinin hâkimiyet alanında meydana geldiği için, müteahhidin yaptığı işin karşılığı ve bu karşılığa girmeyen masrafları ve ayrıca arsa sahibinin kusurunun bulunması halinde müspet zararının tazminini talep edebilmesine imkân tanınmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin sona ermesi için müteahhidin ayrıca fesih beyanında bulunmasına da gerek yoktur. Zira, sözleşme kendiliğinden geçersiz hale gelmektedir. Ancak, müteahhidin belirtilen

¹⁴³ **Erman**, İnşaat, s. 70-71; **Yener**, Temerrüt, s. 22-23; Y. 15. HD, E. 1979/1709, K. 1979/2437, T. 30.11.1979, (**Erman**, İnşaat, s. 71): "... BK. m. 371 uyarınca sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle aktarılan paranın geri verilmesi istemi incelenirken, inşaat hangi oranda tamamlanmışsa eser ücretinin de aynı oranda ödenmesi gerektiği..." YHGK. E. 1981/15-2714, K. 1981/839, T. 16.12.1981, (**Erman**, İnşaat, s. 71): "...inşaatın ölüm günündeki durumuna göre, apartmanın kaçta kaçının tamamlandığı uzman bilirkişi eliyle belirlenmeli ve bu yolda bulunacak oran ölüm günündeki sürüm değerine uygulanmalı..."

¹⁴⁴ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 51; **Yener**, Temerrüt, s. 23.

haklarını kullanabilmesi için, TBK m. 472/3 çerçevesinde, sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesine neden olacak tehlikeyi arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen müteahhide karşı arsa sahibinin TBK m. 485/1 hükmü uyarınca sorumluluğu yoluna gidilemez. Ayrıca, TBK m. 485/2 uyarınca talep edilecek tazminat miktarından da indirim yapılması gerekmektedir¹⁴⁵.

D. Müteahhidin Edimini Yerine Getirmemiş Olması

Müteahhidin temel borcu, inşaatı tamamlamış olmak ve süresinde arsa sahibinin fiili hakimiyetine geçirmek olduğuna göre; edimin muaccel olduğu anda yerine getirilmemiş olması müteahhidi temerrüde düşürecektir. Dolayısıyla, inşaatın tamamlanmaması veya tamamlanmasına rağmen arsa sahibine teslim edilmemesi durumunda müteahhidin edimini ifa etmediği sonucuna varılacaktır¹⁴⁶. Arsa sahibine isabet edecek bağımsız bölümlerin tamamlanmasıyla birlikte, ortak alanların da tamamlanması ve arsa sahibine teslim edilmesi inşaatın tamamlanmış olduğu ve müteahhidin edimini yerine getirmiş olduğu anlamına gelir. Başka bir deyişle, müteahhit sözleşmeyle üzerine aldığı bütün işleri tamamlamayı arsa sahibinin fiili hakimiyetine terk etmelidir¹⁴⁷. İnşaat, arsa sahibinin kullanabileceği ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanabileceği ölçüde (yani önemli olmayan, önemsiz) kusurlu ise veya sözleşmeye aykırılık taşıyorsa işin tamamlandığı veya müteahhidin edimini yerine getirmiş olduğu kabul edilir¹⁴⁸. Bunun dışında, müteahhide kalacak olan bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin de kat mülkiyetinin kurulmasına engel olacak nitelikte olmaması gerekir. Aksi halde, müteahhidin inşaatı tamamlamadığı ve kendi edimini yerine getirmemiş olduğu sonucuna varılacak ve temerrüde ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁴⁹.

¹⁴⁵ **Kartal**, s. 122; **Kaya**, s. 75.

¹⁴⁶ **Altınkan**, s. 139; **Ayan**, Serkan, s. 154; **Buz**, Dönme, s. 100; **Büyükcay**, s. 200-201; **Erman**, İnşaat, s. 72; **Kurt**, s. 141; **Öz**, İnşaat, s. 144; **Şahin**, s. 166; **Yakuppur**, s. 390.

¹⁴⁷ **Yener**, Temerrüt, s. 23: Yazara göre, teslim kavramı, sözleşme konusu eserin tamamlanmış olması ve ayrıca iş sahibinin eser üzerindeki fiili hâkimiyetinin tesis olunmasını ifade etmektedir. Taraflarca kararlaştırılmış bütün işlerin bitirilmesi, binanın projeye uygun olarak inşa edilerek amacına ve kullanıma elverişli şekilde bütün eksikliklerin giderilmesi halinde eserin tamamlanmış olacağını belirtmektedir.

¹⁴⁸ **Erman**, İnşaat, s. 72.

¹⁴⁹ **Altınkan**, s. 139; **Ayan**, Serkan, s. 154; **Şahin**, s. 167; **Öz**, İnşaat, s. 145-146: Yazar, müteahhidin bütün inşaatı eksiksiz olarak tamamlayıp arsa sahibinin yararına bırakmadıkça ifanın gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir.

Müteahhidin, inşaatı tamamlamış olmasına rağmen arsa sahibine teslim etmemesi durumunda da edimini yerine getirmediği sonucuna varılacaktır¹⁵⁰. Öz¹⁵¹, arsa sahibinin maliki bulunduğu arsalar üzerinde yapılan inşaatlarda, müteahhidin arsa sahibine mülkiyeti ya da zilyetliği devretmesine ihtiyaç olmadığını, zira arsa sahibinin malik olduğunu ve zilyetliğin verdiği yetkilere sahip olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla, müteahhidin inşaatı eksiksiz olarak tamamlayıp taşınmazı arsa sahibinin kullanımına bırakmak için terk etmesi ve lüzumu halinde arsa sahibine bu konuda bir bildirim de bulunması gerektiğini, ancak bu şekilde inşaatı teslim borcunu yerine getirmiş olacağının kabul edilmesi gerekliliğini savunmuştur¹⁵².

Kanımızca, arsa sahibinin maliki bulunduğu arsalar üzerinde yapılan inşaatlarda arsa sahibinin malik sıfatının bulunması nedeniyle, müteahhidin teslim borcunu yerine getirmek için inşaatı sözleşmedeki kriterlere uygun ve eksiksiz biçimde tamamlaması yeterli olup, zaten inşaatın arsa sahibinin fiili hâkimiyetinde olması hasebiyle, bu konuda arsa sahibine ayrıca bir bildirimde bulunulması yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte, ileride doğabilecek olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesi bakımından yerinde olacaktır¹⁵³.

İnşaatın tamamlanmasına rağmen arsa sahibine teslim edilmemesi durumunda, müteahhit edimini ifa etmemiş olacağından artık mütemerrit olacaktır. Elbette ki, inşaatın tamamlanmaması ya da tamamlanmasına rağmen arsa sahibine teslim edilmemesi durumları, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle müteahhidin temerrüde düşmesine yol açacaktır, ancak bu iki duruma bağlanacak sonuçlar birbirinden farklıdır. Buna göre, inşaatın tamamlanamaması ve diğer koşulların da gerçekleşmesi durumunda müteahhit temerrüde düşecek arsa sahibi borçlunun temerrüdünden doğan seçimlik haklarını kullanabilecektir. Ancak, inşaatın tamamlanmasına rağmen arsa sahibine teslim edilmemesi durumunda ise, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek seçimlik haklara başvurması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir. Böyle bir durumda arsa sahibinin aynen ifa ile birlikte gecikmeden

¹⁵⁰ Ayan, Serkan, s. 155; Kurt, s. 141; Yakuppur, s. 83.

¹⁵¹ Öz, Dönme, s. 168.

¹⁵² Aynı yönde görüş için bkz.: Dayınlı, s. 51; Erman, İnşaat, s. 72; Öz, İnşaat, s. 145; Şahin, s. 166-167; Yener, Temerrüt, s. 23 vd.

¹⁵³ Bkz. Erman, İnşaat, s. 72: Yazar, söz konusu bildirim bir zorunluluk olmayıp, doğabilecek uyuşmazlıkları ortadan kaldırdığını, arsa sahibi yapının bittiğini anlayacak durumda ise bildirimde bulunulmasa dahi müteahhidin edimini yerine getirdiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

doğan zararını talep etmesi yerinde olacaktır¹⁵⁴. Diğer yandan, arsa sahibi tamamlanmamış bir eseri kabule zorlanamaz, ancak arsa sahibi daireleri kullanmaya başlamışsa, bir zorunluluk sonucu veya ön koşul (ihtirazı kayıt) bulunmadıkça bu haliyle eseri kabul etmiş olacaktır¹⁵⁵. Bu durumda, arsa sahibi ifayı kabul etmiş olacağından müteahhidin temerrüdüne gidilebilmesi yolu kapanacaktır¹⁵⁶.

Sözleşmede, müteahhidin edimini yapı kullanma izni almasıyla yerine getirmiş olacağı kararlaştırılabilir. Zira, inşaatın tamamlanmamış veya projeye aykırı yapılmış olması durumunda zaten iskan izni verilemeyeceğinden, müteahhidin sözleşme kriterlerine uygun inşaatı tamamlamadığı tespit edilecektir¹⁵⁷. Diğer yandan, müteahhidin sözleşmeye uygun şekilde inşaatı tamamlamış olmasına rağmen, teslim etme borcu muaccel olduğunda iskan izni almaması nedeniyle de temerrüde düşeceği açıktır¹⁵⁸. Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde 3194 sayılı İmar Kanunu m. 30 gereğince kural olarak inşaat ruhsatı alma

¹⁵⁴ **Altınkan**, s. 139-140; **Ayan**, Serkan, s. 155; **Erman**, İnşaat, s. 73; **Öz**, Dönme, s. 170; **Şahin**, s. 168; **Yener**, Temerrüt, s. 25-26; **Akyol**, s. 23: Yazar, hakkın kötüye kullanılmasının ölçütünün; amaca aykırılık ve menfaat yokluğu olduğunu, söz konusu halin vuku bulması durumunda her iki kriterin de mevcut olması sebebiyle hakkın kötüye kullanılmış olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.

¹⁵⁵ **Gökyayla**, s. 193; Tesellüm ile işin kabulü birbirine karıştırılmamalıdır. Tesellümde teslimin hukuki sonucuna yönelik özel bir teslim alma iradesinin bulunmasına gerek yokken kabulde iş sahibi müteahhidin yaptığı eseri sözleşmeye uygun gördüğüne ve ayıp iddiasında bulunmayacağına dair irade açıklamasında bulunur. Y. 13. HD, E. 1988/3766, K. 1988/5373, T. 14.11.1988, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “... Davacı daireye taşınmazdan önce davalılara gönderdiği ihtarnamede, ortak yerlerin yaptırılmamış olduğunu ve buranın iskana hazır duruma getirilmediğini, ikamet ettiği dairede tahliye tehdidi altında bulunduğundan iskana elverişli olmayan dairesine taşınmak mecburiyetinde olduğunu, taşınmasının noksanları kabul anlamına gelmediğini ve kanundan ve sözleşmeden doğan haklarının mahfuz olduğunu bildirmiştir. Davacı bu ihtarname ile açıkça taşınmasının ifayı kabul sayılmayacağını ve sözleşmeden doğan haklarını saklı tuttuğunu bildirdiğine göre, dava konusu yaptığı 5 aylık gecikme cezası talebe hakkı vardır. Daireye taşınmakla gecikme cezası isteminden feragat etmiş sayılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.”

¹⁵⁶ **Ayan**, Serkan, s. 154; **Duman**, s. 557; **Erman**, İnşaat, s. 72; **Öz**, İnşaat, s. 146; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37; **Şahin**, s. 167-168; **Yener**, Temerrüt, s. 23.

¹⁵⁷ Y. 15. HD, E. 1981/2642, K. 1982/168, T. 28.01.1982, YKD, 1982, Sa. 8, s. 1148-1149, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “Davalı, eserin 1978 Mayısında teslim edildiğini savunmuşsa da, 15.11.1978’de yapılan delil tesbitinde binanın tamamlanmadığı ve henüz iskan edilmediği, bazı imalat işlerinin henüz tamamlanmadığı belirtilmiş ve davalı kendisine bildirilen bu rapora itiraz etmemiş yapı kullanma izninin de davadan sonra alındığı anlaşılmıştır. O halde inşaat sözleşmesi ve taahhütname uyarınca davacı dairesinin dava tarihine kadar gecikmeden doğan kira zararı keşif ve bilirkişi aracılığıyla saptanmalıdır.”

¹⁵⁸ YHGK, E. 2004/14-551, K. 2004/571, T. 03.11.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “Somut olayda; yüklenici tarafından işhane ile ilgili inşaat sözleşmesinde iskân raporunun yüklenici tarafından alınacağı kararlaştırılmıştır. İskân ruhsatı yüklenici veya onun halefi durumunda olan davacı tarafından alınması gerekir. Dosya içeriğinden bu edimin yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle arsa sahibine karşı sözleşme ile yükümlenen tüm edimler yerine getirilmeden tescil kararı verilmesi doğru değildir.”

yükümlülüğü arsa sahibine aittir. Ancak, iskan izninin alınması mal sahibine yüklenmişse de, genellikle sözleşmeyle bu yükümlülüğün müteahhide ait olacağı kararlaştırılmaktadır¹⁵⁹.

Ancak, müteahhidin yapı kullanma izni (iskan) alma işini savaştırmaması şartıyla, bütün iş ve işlemlerin tamamlanmasına rağmen, idarenin geciktirmesi veya güçlük çıkarması nedeniyle yapı kullanma izni alınmaması durumunda temerrüt nedeniyle sorumluluğu olmayacaktır¹⁶⁰.

Müteahhit, inşaatı tamamlamış ve yapı kullanma iznini almış olsa dahi, yapıdan yararlanmayı önemli ölçüde engelleyen barakaların, malzeme ve araçların tamamen kaldırılmaması halinde de edimini yerine getirmiş sayılması engellenebilir. Ancak, burada arsa sahibini binadan yararlanmasının önemli ölçüde engellenmesi durumunun da araştırılması gerekir¹⁶¹.

¹⁵⁹ Y. 15. HD, E. 1987/4043, K. 1988/2427, T. 27.06.1988, YKD, 1988, Sa. 12, s. 1683-1684, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “Sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde kura! olarak inşaat ruhsatı alma yükümlülüğü mal sahibine aittir. Somut olayda davalı yüklenicinin inşaat ruhsatı alması hususunda sözleşmede bir hüküm mevcut değildir. Böyle olunca inşaatın ruhsatsız olarak ikmal ve teslimi istenemez. Çünkü imar mevzuatı kamu düzeni ile ilgili olup aksine davranış hukuki ve cezai sorumluluğu gerektirdiğinden hiç kimse başkasını kamu düzenine aykırı davranmaya ve suç işlemeye zorlayamaz. O halde, mahkemece aktin süresinde ifa edilmemesinden dolayı sözleşmede öngörülen ifaya eklenen ceza, kira mahrumiyeti ve eksik işler bedelinin ödenmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”; Y. 15. HD, E. 1987/2387, K. 1988/471, T. 10.02.1988, YKD, 1988, Sa. 5, s. 687-688, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “... taraflar arasında mevcut 9.8.1982 tarihli sözleşmede inşaat ruhsatının davalı yüklenici tarafından alınacağı hususunda bir hüküm mevcut değildir. Böyle olunca, kural olarak teme! ve temel üstü inşaat ruhsatının iş sahibi tarafından temin edilmesi yasa gereğidir. ... Sözleşmede, inşaat ruhsatının yüklenici (müteahhit) tarafından alınacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığına göre, ruhsat nedeni ile geciken inşaatın dolaylı yükleniciden gecikme ödencesi (tazminatı) istenemez.”.

¹⁶⁰ **Dayınlarlı**, s. 110; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 42; **Erman**, İnşaat, s. 74: Yazara göre; müteahhidin edimini yerine getirmiş olmasının sözleşmeyle iskân izni alınması koşuluyla gerçekleşebileceğinin kararlaştırıldığı durumlarda, inşaatın tamamlanmış olmasına rağmen müteahhidin iskân iznini alamaması sonucu temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini, ancak iskân izni için başvurulmuş olmasına rağmen müteahhitten kaynaklanmayan sebeplerle iznin alınamaması halinde temerrüt hükümlerinin uygulanmaması gerektiğine işaret etmiştir.

¹⁶¹ **Dayınlarlı**, s. 51; **Duman**, s. 558; **Erman**, İnşaat, s. 74; **Öz**, Dönme, s. 171; **Yener**, Temerrüt, s. 27; Y. 15. HD, E. 2004/5809, K. 2005/4306, T. 17.07.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “... davada talep edilen alacak kalemi nitelik ve nicelik itibarıyla açık ayıp olmayıp noksan iştir. Bunların bedeli, ihtirazi kayda gerek olmaksızın zamanaşımı süresinde her zaman istenebilir.”; Y. 15. HD, E. 2005/5103, K. 2006/727, T. 14.02.2006, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “Genel olarak eksik iş; yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıp da; sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki aleyhe farkları ifade etmektedir. İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olamayacağından iş sahibinin eksik işler yönünden yükleniciye ihbarda bulunma yükümlülüğü yoktur. İş sahibi, eksik işlerin bedelini teslim tarihindeki mahalli rayiçlerle zamanaşımı süresi içinde her zaman talep

Müteahhidin inşaatı tamamlayıp arsa sahibine teslim etmesi veya onun fiili hakimiyetine terk etmesi durumunda, arsa sahibinin inşaatı teslim almaktan kaçınması alacaklı temerrüdüne düşmesine sebep olacaktır¹⁶².

E. Müteahhidin Gecikmesini Haklı Kılan Bir Sebebin Bulunmaması

Müteahhidin sözleşmeyle üstlendiği edimini ifa etmemesinde haklı bir sebebin bulunmaması halinde temerrüde düşmüş olacağı, aksi halde temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmelidir. Müteahhidin temerrüde düşmesinde kusurlu olup olmadığı aranmamaktadır. Ancak, müteahhidin edimini ifa etmemesinin objektif olarak borca aykırı bir davranış olarak nitelendirilmesi halinde temsil yükümlülüğünü ihlal etmiş olacağı şüphesizdir¹⁶³.

TBK m. 473 amir hükmü gereğince, müteahhidin arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle yükümlülüğünü yerine getirememesi ve dolayısıyla inşaatı zamanında teslim edememesi halinde temerrüdü söz konusu olmayacaktır. Arsa sahibinin inşaat ruhsatı, kullanma izni alınması için ilgili yerlere müracaat etmemesi, projeleri hazırlamaması ve müteahhide temsil yetkisi, vekaletname vermemesi gibi arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle müteahhidin temerrüdü gerçekleşmeyecektir. Sözleşmede malzemenin arsa

edebilir. Bu konuda herhangi bir itirazi kayda da gerek yoktur. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü yalnızca ayıplı işlere ilişkindir”; Yargıtay, eksiklik fiilen tamamlanmasa bile, katlanabilir oranda olması ve eksiklik bedelinin tespit edilerek ödenmesi halinde müteahhidin kişisel hakkının doğması gerektiğine işaret etmiştir: YHGK, E. 2001/14-288, K. 2001/330, T. 04.04.2001, www.legalbank.com, Erişim tarihi: 30.08.2017: “Somut olayda inşaatı terk eden yüklenicinin inşaatı % 81 oranında ikmal ettiği, kalan % 19 oranındaki noksanlığın pek az bir boyutta kabul edilemeyeceği dolayısıyla bu noksanlığın tutarının parasal olarak karşılanması yoluyla tescil cihetine gidilmesinin söz konusu olamayacağı anlaşıldığından...”.

¹⁶² **Erman**, İnşaat, s. 72; YHGK, E. 1986/15-42, K. 1986/134, T. 12.02.1986, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “... eser sözleşmelerinde yüklenici, alacaklının olumsuz tutumu yüzünden borcunu ifa edemeyecek duruma düştüğü takdirde, akitten dönme nedeniyle sözleşmenin feshi halinde aynen uygulanır. Olumsuz tutum, borçlunun kasten veya ihmali suretiyle edanın icap eden zamanda yerine getirilmesini temin için gerekli önlemleri almamak, ifaya mani olabilecek engelleri etkisiz kılmamak gibi eylemleri de içerir. Bu takdirde borçlu fesih hakkı ile birlikte borcu zamanında ifa olanağının verilmemiş olmasından dolayı önceden tahmin etmemiş ya da edememiş olsa dahi, uğradığı zararları istemek durumundadır.”; Y. 15. HD, E. 1989/1398, K. 1989/4437, T. 24.10.1989, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 30.08.2017: “İş sahibinin temerrüdü durumunda; işçi, yüklendiği işi yapmaya zorunlu olmaksızın sözleşmedeki ücreti isteyebilir. Ancak, yapmadığı işlerden dolayı tasarruf ettiği veyahut diğer bir işten kazandığı hatta kazanmaktan bilerek vazgeçtiği şeyleri alacağına mahsup ettirmek zorundadır.”.

¹⁶³ **Altınkan**, s. 143-144; **Ayan**, Serkan, s. 168; **Gökyayla**, s. 198; **Kurt**, s. 141-142; **Şahin**, s. 178; **Yener**, Temerrüt, s. 29.

sahibince temin edileceği, arsanın müteahhit adına tescili gibi hususlar kararlaştırılmış olup, arsa sahibi bu yükümlülüklerine aykırı davranmışsa ve arsanın müteahhide geç teslim edilmesi, arsa sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi söz konusu olmuşsa müteahhidin temerrüde düştüğünden söz edilemeyecektir¹⁶⁴.

Teslim yükümlülüğüne aykırılığı engelleyen haklı bir sebebin bulunması halinde, yani müteahhidin işe başlamasında veya devamı sırasında kusurunun bulunmaması veya arsa sahibine yüklenecek nedenlerle¹⁶⁵ yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda, inşaatın meydana getirilmesi hala mümkün ise müteahhidin teslim süresi, haklı gecikme süresi kadar uzayacaktır¹⁶⁶.

İdari makam ve mercilerden kaynaklanan gecikmeler sebebiyle binanın sözleşmede kararlaştırılan sürede bitirilememesi sebebiyle müteahhidin temerrüde düştüğünden söz edilemez¹⁶⁷.

¹⁶⁴ **Duman**, s. 559; **Yener**, Temerrüt, s. 29-30; Y. 15. HD, E. 1993/652, K. 1993/4896, T. 30.11.1993, YKD, 1994, Sa. 5, s. 771-772, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerdir. Karşılıklı borçlar; tapuda tevhit işlemi yapılması, yeni oluşan tapudaki hissenin devri, inşaata başlanması, kat irtifakı kurulması gibidir. Davacı yüklenicinin, taahhüdünü yerine getirdikten sonra; tapuda tevhit işlemini yaptıran arsa sahibinin, sözleşmedeki hisse devrini yapmaması halinde, ruhsat alınmadığı için inşaata başlamayan davacının, sözleşmeyi feshetmesi haklıdır. Menfi zararlarının nelerden ibaret olduğunun, tespit edilmesi gerekir.*”.

¹⁶⁵ Y. 15. HD, E. 1984/481, K. 1985/1497, 03.05.1985, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “*...sözleşmenin 3. Maddesinin son fıkrasında projelerin tanzim ve tasdik ettirilmesi görevinin işveren davacıya ait olduğu yazılıdır. İnşaat ruhsatı sözleşmenin imza edilmesinden çok sonra ... alınmış olup, davalı yüklenicinin bu gecikmeden dolayı ek süre istemeye ve inşaatın 1979 yılına sarkmış olması nedeniyle 1979 yılında yapılan işler için bu yıl fiyatlarını uygulamaya hakkı vardır.*”.

¹⁶⁶ **Atamulu**, s. 107; **Yener**, Temerrüt, s. 30-31; **Kurt**, s. 103-104: Ancak müteahhidin ek süre talep ettiği durumlarda, olayın şartları iyi değerlendirilmeli, müteahhidin gecikmesinin sebebinin haklı olup olmadığı ve gecikmeye tekabül edecek ek sürenin aralığı objektif olarak belirlenmelidir; Y. 15. HD, E. 1993/653, K. 1993/4882, T. 29.11.1993, YKD, 1994, Sa. 5, s. 771-772, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “*Bu durumda, davanın açıldığı tarihte davalının herhangi bir temerrüdü söz konusu değildir. Çünkü, sözleşmede açık ve kesin bir proje mevcut olmayıp en uygun ve en elverişli projenin yapılması öngörülmüştür. Uygulama aşamasında bu avan proje çizdirilmiş ve Belediye'den gerekli imar düzeltilmesi için yaklaşık 5 yıl süre ile ve davacının bilgisi dahilinde davalı yüklenici gerekli çabayı göstermiş ancak olumlu bir sonuç alamamıştır. Davacı, Belediyeden karar altına alınmak istenen projeye karşı çıkmamış ve bu çabalardan vazgeçilmesine ilişkin davalıya çektiği bir ihtarnamesine de rastlanılmamıştır. O halde davalının resmi mercilerden kaynaklanan gecikmesinde bir kusuru bulunmamaktadır. Davanın açıldığı tarihte de Belediye'ye yapılan müracaat henüz sonuçlanmamıştır. Yüklenicinin bu nedenle sözleşmeye aykırı davrandığı ve temerrüde düştüğü kabul edilemez.*”.

¹⁶⁷ Y. 15. HD, E. 1988/2231, K. 1989/1061, T. 07.03.1989, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “*Her ne kadar, sözleşmede anılan ruhsatın 30.11.1982 tarihine kadar alınması öngörülmüş ise de, bu tarihin temerrüt için yeterli bir sebep olarak sayılması olanaksızdır. Çünkü inşaat ruhsatı imar mevzuatı gereğince idari işlem*

Ek sözleşme ile ek işlerin belirlendiği durumlarda¹⁶⁸ ve gecikmenin arsa sahibi ilgili olmayan beklenmedik hâl veya mücbir sebepten doğması¹⁶⁹ halinde de teslim için süre

sonucuna bağlı olduğundan, bunun belli bir süre içinde alınması zorunluluğu müteahhide yükletilemez. Diğer bir deyimle, inşaat ruhsatının alınmasında idari formaliteler ve imar mevzuatından kaynaklanan gecikmelere uğraması mümkündür. Bundan da yüklenicinin sorumlu tutulması düşünülemez.”; Y. 15. HD, E. 1992/607, K. 1992/712, T. 19.2.1992, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “Yanlar arasındaki sözleşmenin 7. maddesi, işin süresi kararlaştırılırken, temel ruhsatından itibaren 3 yıllık süre öngörülmüştür. Mahkeme ise, sözleşme tarihi ile dava tarihi arasında geçen 3 yıllık sürede, taşınmazın halen ekili olarak bulunmasını, inşaatın başlanılmamış olmasını dikkate alarak fesih kararı vermiştir. Yapılacak iş; geçen 3 yıllık süre içerisinde Belediye İmar Müdürlüğü ve sair mercilerde davalı kooperatifçe yapılan işlemlerin tespiti ile yanların sözleşmeyi yaparken güttüğü amaca göre davalı kooperatifin eylemleri bakılarak hüküm vermekten ibarettir. Gecikme resmî mercilerin tutumundan, diğer ifade ile, davalının elinde olmayan nedenlerle ortaya çıkmışsa, davanın reddi gerekir. İmar bakımından halen yasal engel varsa, bu objektif imkânsızlığın giderilmesinin daha uzun süre beklenilmesi davacıdan istenemeyeceğinden, feshine karar verilmesi gerekir”; Y. 15. HD, E. 1991/3263, K. 1992/215, T. 27.01.1992, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “Davalı ve karşı davacı yüklenici, savunmasında tevhit ve idari işlemler nedeniyle inşaat ruhsatının 1987 yılında alındığını, arsa sahibine ait 13 no’lu dairede fazladan yapılan lüks işlerin süreyi uzattığını ileri sürerek, gecikmede kusurlu bulunmadığını belirtmiştir. Bilirkişiler bu konu üzerinde inceleme yapmamışlar, gecikmeyi sözleşmeye göre hesaplamışlardır. Gerçekten, yüklenicinin bir kusuru olmadan, başvurusuna makul bir sürede idari işlemler nedeniyle ruhsat verilmemiş ise, ve 13 no’lu daireye yapılan lüks ve sözleşme dışı işler süre uzatımını gerektiriyor ise, bu gecikmelerden yüklenici sorumlu tutulamaz. Bu itibarla, bilirkişilerden ek rapor alınarak yüklenicinin kusuru ile bir gecikme varsa, buna göre gecikme tazminatına hüküm kurulması gerekirken, eksiz inceleme ile gecikme tazminatına hüküm kurulması bozma nedenidir.”; Y. 15. HD, E. 2007/7750, K. 2008/507, T. 29.01.2008, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “...ruhsat alma mükellefiyeti kendisine ait olan yüklenicinin iradesi dışında inşaat ruhsatının geç alınmasının bürokratik engellerden kaynaklanması durumunda gecikme varsa taraflara kusur izafe edilemeyeceğinden bu gecikmeden kusursuz olan yüklenicinin sorumlu tutulması mümkün değildir...”; Y. 15. HD, E. 2004/7535, K. 2005/1259, T. 07.03.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “... Parselasyon planlarının iptali ve bu nedenle geçen süre davalı yüklenicinin kusuruna dayalı olmayıp, idari makamlardan kaynaklanan mücbir sebep olarak kabul edilmesi, gecikme süresinin ... bu yön değerlendirilerek tespit edilmesi zorunludur...”; Aynı doğrultuda kararlar için bkz. Y. 15. HD, E. 1991/1791, K. 1991/5338, T. 07.11.1991, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: Müteahhidin yüklediği işle ilgili resmî makamlardaki işlemlerin ikmalindeki gecikmede tarafların sorumluluğu düşünülemez.; Y. 15. HD, E. 1991/2395, K. 1991/5565, T. 20.11.1991, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: Müteahhide iradesi dışındaki resmi işlemlerdeki gecikme nedeniyle ek süre verilmesi gerekir.

¹⁶⁸ Y. 15. HD, E. 2007/239, K. 2007/7413, T. 22.11.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “...işin teslimini engelleyen ve davalının elinde olmayan sebeplerle teslimde gecikme olmuş ise yüklenicinin bu süre için tazminatla sorumlu tutulması düşünülemez. Dava konusu olayda davacı arsa sahibinin Belediyeye arsanın bir bölümünü hibe ettiği bilahare hibeden rücu için dava açıldığı davanın uzunca bir süre devam ettiği anlaşılmaktadır. Davanın açılması işin uzamasına sebep olmuş ise bu sürenin, bu arada oluşan deprem nedeniyle varsa gerekli sürenin, arsa sahibi A Blokun kaba inşaatı bittiğinde tapu ferağı vermekle yükümlü tutulduğundan bu konuda temerrüde düşürülmüş ise yeterli sürenin, keza 14.12.1998 tarihli ek sözleşmede bir kısım imalat değişikliklerine yer verildiğinden değişikliklerin etkisi varsa bu iş için gerekli sürenin teslim süresine eklenmesi gereklidir...”; Y. 15. HD, E. 2003/1400, K. 2003/5095, T. 30.10.2003, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “... Yüklenici davalı, inşasını yüklediği arsa sahiplerine ait 8 adet dairelerin tesliminde 31.12.2000 tarihinde borçlu temerrüdüne düştüğü halde; yanlar arasında “tutanaktır” başlıklı ve 29.5.2001 günlü adi yazılı ek sözleşme yapılmış ve bu sözleşme tarihinden itibaren işin teslimi için davacı arsa sahiplerince, yükleniciye 15 gün ek süre verilmiştir. Bu sözleşme kapsamına göre de, A ve B Bloklardaki davacılar için dairelerin tesliminin 14.6.2001 tarihine kadar uzatılmış ve bu tarihten önceki gecikme süresinin haklı nedenlerle olduğuna yönelik olarak yanların iradelerinin birleştiğinin kabulü gerekir”; Y. 15. HD, E. 2005/1598, K. 2005/6642, T. 07.12.2005, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “İnşaatın teslim süresi sözleşmesinde yapılacak işlere göre değerlendirilerek belirlenir. Dava konusu olayda da sözleşme ile

uzatımı talep edilebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde olağanüstü hallerin varlığının işin yapılmasını güçleştirdiği durumlarda da, gene sürenin uzadığının kabul edilmesi dürüstlük kuralı gereğidir¹⁷⁰.

İnşaat projesindeki mevzuata aykırılıkların giderilmesi gerektiği konusunda tarafların anlaşması¹⁷¹, ayrıca sözleşmeye konu arsa üzerinde devam eden inşaatın faaliyetlerine engel

inşaatın teslim süresi bodrum +4 kat yapılacağı kabul edilerek belirlenmiştir. Ne var ki, sözleşmeden sonra yapılan tadilat projesi ile binaya ilave kat inşa olunmuştur. İlave kattan davalı yüklenici ile birlikte davacı arsa sahipleri de sözleşmedeki paylaşım oranına göre hak sahibi olduklarından, yapılan ilave katın inşaat süresine etkisinin araştırılması, gecikme tazminatının hesabında bu sürenin göz önünde bulundurulması zorunludur. Bilirkişilerden ek rapor alınıp, ilave katın yapımı için gereken süre, tadilat ruhsatının alındığı 19.04.2001 tarihine eklenerek, iskanın alındığı 12.12.2001 tarihine dek geçecek süre kadar davacı arsa sahiplerinin talep edebileceği gecikme tazminatı hesaplanmalıdır”; Y. 15. HD, E. 1988/3316, K. 1989/1827, T. 07.04.1989, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “İlave kat yapımı nedeniyle inşaatın sözleşmede kararlaştırılan süre içinde bitirilemeyeceği kuşkusuzdur ... bu iş için davalıya ne kadar süre verilmesi gerektiği saptanmalı; bu sürenin gecikme süresinden indirilmesi suretiyle bakiye ifaya eklenen cezaya hükmedilmelidir.” Y. 15. HD, E. 1988/1124, K. 1988/3278, T. 17.10.1988, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “Gerçekten, sözleşme ve proje dışı işler yapılmışsa, davalı bunlar için ek süre isteyebileceğinden, bu husus bilirkişi aracılığıyla incelettirilerek fazla işlerin yapılabileceği süre hesap edilmeli, bu tespit edilen gecikme süresinden düşülmek suretiyle hüküm kurulmalıdır.”.

¹⁶⁹ Y. 15. HD, E. 2006/7442, K. 2007/7996, T. 11.12.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “...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 hesaplatılmalı...”; Y. 15. HD, E. 2007/5385, K. 2007/7545, T. 26.11.2007, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “Davacı arsa sahipleriyle davalı kooperatif arasında Üsküdar 2. Noterliğince düzenlenen 29.03.1992 tarih ve sayılı gayrimenkul satış vadi ve kat karşılığı inşaat mukavelesinin “Eser Sözleşmesi Genel Şartnamesi” başlıklı bölümünün “İş Programı” adlı başlıklı 5. maddesinde resmi tatil günleri ile hava muhalefeti yüzünden çalışamaz günlerin yapım süresinden ayrık tutulacağı kararlaştırılmış, aynı noterlikten düzenlenen 03.08.1994 tarih ve sayılı ek mukavelesinin ek 10. maddesi ile de Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) sözleşme eki BİGŞ'nin 16. maddesine göre resmi tatil günleri ile iklim şartlarından dolayı çalışmaya elverişli olmayan dönemlerin yapım süresinin dışında tutulması gerekir. Mahkemece sözleşme hükümleri göz ardı edilerek aksi yönde uygulama yapılması doğru olmamıştır. Öte yandan 17.08.1999 tarihinde inşaatın yapım süresi içinde deprem meydana geldiği, deprem nedeniyle idari mercilerce ek tedbirler ve kararlar alındığı ve bunun sonucunda inşaat faaliyetlerinin geçici bir süre durdurulduğu bilinen bir gerçektir. Deprem nedeniyle inşaatın durdurulduğuna dair dosyaya herhangi bir kanıt sunulmamış olsa bile, davalı kooperatifin depremden etkileneceği ortadadır. Asıl sözleşmenin “inşaatın Süresi” başlıklı 16. maddesinde mücbir sebep hallerinde süre uzatımı verileceği kararlaştırıldığından depremin inşaatın yapım süresini ne oranda etkilediği belirlenerek karşılık gelen sürenin yapım süresine eklenmesi gerekirken aksi yönde uygulama yapılarak deprem nedeniyle herhangi bir ilave süre verilmemesi de sözleşme ve eklerine aykırı bulunmuştur.”.

¹⁷⁰ **Atamulu**, s. 107 vd.; **Büyükay**, s. 193 vd.; **Kurt**, s. 103 ve s. 117; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 69; **Yener**, Temerrüt, s. 30.

¹⁷¹ YHGK, E. 1995/2-349, K. 1995/600, T. 07.06.1995, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “... inşaatın sözleşmeye ve kamu düzeni ile ilgili emredici kuralları içerdiğinden uyulması zorunlu İmar Mevzuatına aykırı yapıldığı ortadadır. Nitekim yanlar da, 4.6.1991 günlü protokolle binanın kısmen proje dışı yapıldığını kabul etmiş, aykırılıkların giderilmesi için ne gibi işlemler yapılması gerektiğini protokolün 9,10 ve 11. Maddelerinde kararlaştırmışlardır. Bu durumda mahkemece; ... inşaatın tadilat projesi düzenlenmesi yoluyla

olacak nitelikte ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması¹⁷² halinde de, müteahhide ek süre verilmesi gerekmekte olup, onun teslim borcunda temerrüde düştüğünden bahisle sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁷³.

Sözleşmenin ifası geçici olarak imkânsız hale gelebilir. Şöyle ki, sözleşmeye konu olan iş başlangıçta imkânsız olmayıp, sonradan yetkili idari birimler tarafından durdurulabilir. Bu durdurma kararı idare mahkemesince dava neticesinde iptal edilirse, inşaat ifa edilebilir hale gelir ve artık imkânsızlık ortadan kalkar. Bu durumda, idare mahkemesinin kararı kesinleşinceye kadar geçen süre müteahhit için temerrüde konu teşkil etmeyecek, inşaatın teslim tarihi burada geçen süre kadar uzatılacak ve temel ilkelerden olan ahde vefa ve dürüstlük kuralı gereğince tarafların bu süreye tahammül etmesi gerekecektir¹⁷⁴.

giderilemeyecek imara aykırılıklar varsa bunların nasıl projeye uygun hale getirilebileceği ve süresi bilirkişilerce belirlenip, bu işler tamamlanmak üzere yükleniciye makul bir süre tanınmalı ...”; Y. 15. HD, E. 2004/5971, K. 2005/4669, T. 14.09.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “... Görülüyor ki yüklenicinin asansör ve yangın merdiveni yapma taahhütleri yoktur. İmar değişikliği ve yenilenen ruhsatla ilave kat imkanı doğunca zorunlu olmuştur. Hal böyle olunca yüklenici asansör ve yangın merdiveni yapıyla sorumlu tutulamaz. Ne var ki, imardaki artıştan tarafların yararlandıkları oran gözetilerek asansör ve yangın merdiveni bedelinin buna göre paylaşılması hakkaniyet kurallarına uygun düşer. Öte yandan ruhsat değişikliğiyle kat ve daire sayısı sözleşmeye göre arttığından fazladan yapılan imalatların inşaat süresini etkileyeceği de ortadadır...”.

¹⁷² Y. 23. HD, E. 2013/3425, K. 2013/6689, T. 01.11.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “... Ne var ki işin devamı sırasında Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/254 esas sayılı dosyasında 23.07.2007 tarihinde verilen ihtiyati tedbir kararı ile sözleşme konusu inşaatın yapıldığı taşınmazın üçüncü kişilere devri yasaklanmış, ancak 12.12.2007 günü aynı mahkemece kat irtifakı kurulmasına izin verilmiştir. Davalı yüklenici de buna istinaden işin süresinin bu tarihten başlatılması gerektiğini savunmuştur. Yukarıda izah edilen vakıalar çerçevesinde, işin süresinin 16.07.2006 tarihinde başladığı ancak 23.07.2007 ile 12.12.2007 tarihleri arasındaki dönem için, sözü edilen ve arsa sahiplerinden kaynaklanan sebeple taşınmaza konulan ihtiyati tedbir kararı ve böylece taşınmazın hukuki ayıplı hale gelmesi nedeniyle, işin süresinin bu dönem boyunca uzatılması gereklidir...”.

¹⁷³ **Atamulu**, s. 107 vd.; **Büyükay**, s. 193 vd.; **Kurt**, s. 103 ve s. 117.

¹⁷⁴ **Yener**, Temerrüt, s. 31; Y. 15. HD, E. 1998/4855, K. 1999/642, T. 23.02.1999, YKD, 2000, Sa. 4, s. 583, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 31.08.2017: “...idare mahkemesinde dava açılmış, 23.02.1989 tarihinde bu dava davacı istemi gibi sonuçlanmış, kanun yollarından geçerek 26.10.1992'de bu karar kesinleşmiştir. Bu haliyle işin üstlenilmesinden itibaren sözleşmedeki amaca ulaşmak için boş durulmadığı, oyalama olmadığı açıktır. Yanlarca ruhsattan bir takım engeller çıkacağı öngörülmüş olacak ki işin süresi de ruhsattan itibaren başlatılmıştır. Sözleşme tarihinde sonra İmar Müdürlüğüne yaratılan imkansızlık iki yanın dışında olup objektif imkansızlıktır. Bu imkansızlığın mutlak olmadığı da kesinleşen yargı kararıyla ortaya çıkmıştır. O halde geçici objektif imkansızlığın varlığı ortadadır. Davalı arsa sahibi ise, aralıksız bu uğraşlar sürerken davacıyı adresinde bulamadığını kanıtlamadan ilanen fesih iradesini açığa vurmuştur. Bu tarih 20.06.1989'dur. Kesin süreye bağlanmamış sözleşmede 12.09.1986'dan 20.06.1989'a değin geçen süre açılan davalar göz önüne alındığında “tahammül süresi” olarak yeterli sayılamaz. Geçici imkansızlıktan tahammül süresi beklenilmeksizin sözleşmeden dönme hukukun temel ilkelerinden olan “ahde vefa” ve dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.”.

Ayrıca müteahhidin bir def'i ileri sürerek ifadan kaçınması durumunda da, müteahhidin borcunu ifa etmemesi objektif olarak hukuka aykırı bir davranış teşkil etmeyecektir. Bu def'i; ödemezlik def'i, borç ödemededen acz def'i veya zamanaşımı def'i olarak ileri sürülebilir. Bu şekilde haklı bir def'inin arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde, müteahhidin edimin ifasını yerine getirmemesi hukuka aykırı bir davranış olarak kabul görmeyeceğinden, müteahhidin temerrüdün de söz edilemeyecektir¹⁷⁵.

Müteahhidin ödemezlik def'inde bulunabilmesi için öncelikle kendi edimi olan inşaatı tamamlayıp, teslim hazırlan hale getirmesi gerekmektedir. Böylece arsa sahibinin kendi karşı edimini yerine getirmekten kaçınması halinde müteahhidin de teslimden kaçınabileceği kabul edilmelidir. Diğer yandan, eser sözleşmelerine ilişkin TBK'nın 479/1 m. uyarınca teslim üzerine arsa sahibi ancak kendi edimini yerine getirmekle yükümlü tutulmuştur. Bu nedenle, ancak arsa paylarının tamamının ya da belirli bir kısmının baştan müteahhide devredileceğinin kararlaştırıldığı ya da inşaatın geldiği duruma göre kısım kısım devredileceğinin kararlaştırıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin kendi edimini yerine getirmemesi karşısında müteahhidin de ödemezlik def'ini ileri sürerek inşaatı teslimden kaçınabilmesi mümkün olabilecektir¹⁷⁶.

F. Arsa Sahibi Tarafından İhtarda Bulunması ve Ek Süre Tayini

Borçlunun temerrüdüne ilişkin koşulları düzenleyen TBK'nın 117. maddesindeki açık düzenleme sebebiyle, müteahhidin teslim borcunda temerrüde düşmesi, kural olarak arsa sahibinin müteahhide ihtarda bulunmasına bağlıdır¹⁷⁷. Arsa sahibi, bu ihtarla müteahhide

¹⁷⁵ Altınkan, s. 144; Ayan, Serkan, s. 168; Büyükaç, s. 218 vd.; Dayınlarlı, s. 113; Dirican, s. 47; Eren, Genel, s. 1097-1098; Gökyayla, s. 198; Kurt, s. 153 vd.; Nomer, s. 281; Öz, Dönme, s. 171-173; Öz, İnşaat, s. 149; Şahin, s. 178; Yener, Temerrüt, s. 31-32.

¹⁷⁶ Altınkan, s. 144-145; Kurt, s. 154-155; Öz, Dönme, s. 171-172; Öz, İnşaat, s. 149; Şahin, s. 178-179; Yener, Temerrüt, s. 31-32.

¹⁷⁷ Altınkan, s. 140; Ayan, Mehmet, s. 374; Ayan, Serkan, s. 160; Buz, Dönme, s. 101; Büyükaç, s. 207; Dirican, s. 42-43; Eren, Genel, s. 1093; Erman, İnşaat, s. 75; Gökyayla, s. 141; İnal, Tamer, s. 356; Kılıçoğlu, Genel, s. 659; Kurt, s. 173; Oğuzman/Öz, s. 473; Öz, Dönme, s. 173; Öz, İnşaat, s. 150; Reisoğlu, s. 370; Yakuppur, s. 77; Yener, s. 32; Y. 15. HD, E. 1991/4239, K. 1992/1246, T. 12.03.1992, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: "Taahhütnamede işin teslimi gereken tarih 31.5.1988 olarak kesin vadeye bağlanmış olup; bizatihi bu tarihin geçmesiyle BK. nun 107. maddesi uyarınca davalının temerrüdü oluşmuştur. Artık bundan sonra davalıya ayrıca bir uyarı çekmeye lüzum ve zaruret bulunmamaktadır."; Y. 15. HD, E. 1988/866, K. 1988/2520, T. 04.07.1988, YKD, 1990, Sa. 2, s. 257-258, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.09.2017:

edimin ifasında gecikmeye düştüğünü ve ifanın belirli bir tarihe kadar yerine getirilmesini talep eder¹⁷⁸. İhtar, kural olarak şekle tabi olmamakla birlikte, sadece ispat kolaylığı açısından; ifa davası açılması¹⁷⁹ veya tarafların tacir olması durumunda TTK m. 18/3 hükmüne noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü mektupla, telgrafla ve güvenli elektronik imza kullanılmak suretiyle kayıtlı elektronik posta sistemiyle gerçekleştirilebilir¹⁸⁰. İhtarın sonuçlarını doğurabilmesi için müteahhide veya yetkili temsilcisine ulaşması zorunludur¹⁸¹.

Diğer yandan, arsa sahibi, müteahhide edimini yerine getirmesi için uygun bir süre verebilir veya bunun verilmesini hâkimden isteyebilir. Süre, dürüstlük kuralı ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir¹⁸². Müteahhit, arsa sahibinin verdiği sürenin uygun olmaması durumunda sürenin uygun olmadığını arsa sahibine derhal bildirmelidir. Sürenin yetersiz olduğunun anlaşılması durumunda, dürüstlük kuralı gereğince sürenin uzatılması gerekir¹⁸³.

Bu süre içerisinde müteahhit edimini yerine getirmezse, arsa sahibi TBK 125. maddede yer alan seçimlik haklarını kullanabilir. Buna göre, arsa sahibi her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Ayrıca borcun ifasından ve

“Somut olayda eserin tamamlanarak teslim edileceği tarih kesin biçimde kararlaştırılmış olduğundan davalı ve karşılık davacının yükleniciye sözleşmenin yerine getirilmesi için ayrıca bir süre tanınmasına veya uygun bir sürenin belirlenmesi için hakimden istekte bulunmasına gerek yoktur.”

¹⁷⁸ **Altınkan**, s. 141; **Ayan**, Serkan, s. 160; **Buz**, Dönme, s. 101-102; **Eren**, Genel, s. 1093; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 660; **Kurt**, s. 173; **Oğuzman/Öz**, s. 474 vd.; **Öz**, Dönme, s. 173; **Öz**, İnşaat, s. 150; **Reisoğlu**, s. 370; **Şahin**, s. 169; **Yakuppur**, s. 77; **Yener**, Temerrüt, s. 32.

¹⁷⁹ Arsa sahibince ifa davasının açılmasının da ihtar yerine geçeceği kabul edilmektedir: **Ayan**, Serkan, s. 161; **Kurt**, s. 174; **Oğuzman/Öz**, s. 474; **Öz**, Dönme, s. 173; **Yener**, Temerrüt, s. 32.

¹⁸⁰ **Altınkan**, s. 140-141; **Ayan**, Mehmet, s. 374; **Ayan**, Serkan, s. 161; **Buz**, Dönme, s. 102; **Büyüakay**, s. 207; **Dirican**, s. 43; **Eren**, Genel, s. 1095; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 659; **Kurt**, s. 174; **Nomer**, s. 277; **Oğuzman/Öz**, s. 474-475; **Öz**, Dönme, s. 173; **Öz**, İnşaat, s. 150; **Reisoğlu**, s. 370; **Şahin**, s. 170; **Yakuppur**, s. 79; **Yener**, Temerrüt, s. 32.

¹⁸¹ **Altınkan**, s. 140-141; **Ayan**, Serkan, s. 161; **Buz**, Dönme, s. 101; **Eren**, Genel, s. 1094; **Kurt**, s. 175; **Oğuzman/Öz**, s. 473 ve s. 475; **Öz**, Dönme, s. 174; **Öz**, İnşaat, s. 151; **Şahin**, s. 169; **Yakuppur**, s. 77-78; **Yener**, Temerrüt, s. 32; Y. 15. HD, E. 2007/6398, K. 2008/6177, T. 20.10.2008, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “davacı yüklenici şirket 02.01.2006 günlü ihtarnamesi ile alacak miktarını belirtmek sureti ile davalı taraftan ödeme yapılmasını istemiş, bu ihtarname 20.01.2006 tarihinde tebliğ edilmiştir. İhtarnamede tanınan 10 günlük ödeme süresi de dikkate alındığında davalının 31.01.2006 tarihinde temerrüde düştüğü sonucu varılmaktadır.”; Ayrıca bkz. Y. 11. HD, E. 1982/1719, 1982/2236 K, T. 11.05.1982, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017.

¹⁸² **Altınkan**, s. 142-143; **Dayınlarlı**, s. 63; **Eren**, Genel, s. 1111; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 666; **Öz**, Dönme, s. 174; **Öz**, İnşaat, s. 175-176; **Reisoğlu**, s. 383; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 71; **Yakuppur**, s. 87; **Yener**, Temerrüt, s. 34-35.

¹⁸³ **Dayınlarlı**, 89; **Öz**, İnşaat, s. 176; **Yener**, Temerrüt, s. 35.

gecikme tazminatı isteme hakkında vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir¹⁸⁴.

Bazı hallerde arsa sahibi süre vermeden müteahhide karşı temerrütten doğan haklarını kullanabilir. Süre verilmesini gerektirmeyen bu durumlar TBK 124. maddesinde düzenlenmiştir. Bu durumlardan ilki, süre verilmesinin yararsız olacağına anlaşıldığı hallerdir. İfa zamanı gelmiş bulunmasına rağmen, müteahhidin açıkça edimini ifa etmeyeceğini bildirmiş olması, inşaatı terk etmiş bulunması veya müteahhidin zamanında çalışmalara başlamaması¹⁸⁵, yapılan işlerin planlanandan geri bir safhada bulunması veya inşaatın yapılmayacağı yolunda inandırıcı belirtilerin bulunması gibi halin niteliğinden müteahhidin ifada bulunmayacağına açıkça anlaşıldığı durumlarda, arsa sahibi süre vermeksizin temerrütten doğan haklarını kullanabilecektir¹⁸⁶.

Süre vermenin gerekli olmadığı ikinci durum da, temerrüt nedeniyle artık borcun ifasının alacaklı açısından yararsız kalması halidir. Bu halde, alacaklının süre vermeksizin temerrütten doğan hakların kullanılması mümkün olabilecektir¹⁸⁷.

Süre vermenin gerekli olmadığı son durum ise, borcun kesin vadeye bağlandığı hallerdir¹⁸⁸. Kesin vade, arsa sahibinin herhangi bir talepte bulunmasına gerek kalmaksızın

¹⁸⁴ Öz, İnşaat, s. 175; Yener, Temerrüt, s. 35.

¹⁸⁵ Y. 15. HD, E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.03.1993, YKD, 1993, Sa. 11, s. 1685 vd., www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “Yanlar arasında tanzim edilen 19.6.1991 günlü sözleşmede işin süresi ruhsat atımından itibaren 20 ay olarak kararlaştırılmıştır. Dava ise 26.8.1991 tarihinde açılmıştır. Bu haliyle ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkının kullanılması söz konusudur... Bunun yanında, eser sözleşmesinde yüklenici genelde ifa süresi içinde hareket serbestisine sahip olduğundan işe başlamak ve onu yapmak hususundaki gecikmeye rağmen, işin tayin edilen sürede bitirilme olanağı olup olmadığı araştırılması lazımdır. İşe zamanında başlanmasa da vadede eserin bitirilmesi olanağı varsa sözleşmenin bozulması istenemez.”.

¹⁸⁶ Altınkan, s. 143; Ayan, Mehmet, s. 375; Ayan, Serkan, s. 167-168; Büyüakay, s. 207; Dayınlarlı, s. 90; Dirican, s. 45; Duman, s. 561; Erman, İnşaat, s. 82; Eren, Genel, s. 1097; İnan/Yücel, s. 619-620; Kılıçoğlu, Genel, s. 663; Kurt, s. 181; Nomer, s. 279; Oğuzman/Öz, s. 478; Öz, Dönme, s. 174; Öz, İnşaat, s. 151; Reisoğlu, s. 371; Sütçü, s. 528; Şahin, s. 177; Yakuppur, s. 81; Yener, Temerrüt, s. 33 ve s. 35; Y. 15. HD, E. 2002/367, K. 2002/1946, T. 18.04.2002, YKD, 2002, Sa. 11, s. 1686-1687, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “Somut olayda, vadenin dolduğu 30.8.1998 tarihinde, inşaatın seviyesi %7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır. Verilecek bir mehlin de tesirsiz kalacağı açık olduğundan...”; Y. 15. HD, E. 1979/1168, K. 1979/1279, T. 29.05.1979, YKD, 1980, Sa. 4, s. 557 vd., www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “Davacı yüklenici inşaatı terk etmiş bulunması nedeniyle, davalı işveren tarafından ihtarın semeresiz kalacağı kuşkusuz bulunduğundan, BK.nun 107. maddesine göre ihtar keşide edilmesinde de zorunluk bulunmamaktadır.”.

¹⁸⁷ Dayınlarlı, s. 90; Yener, Temerrüt, s. 36.

müteahhidin edimini ne zaman ifa etmek zorunda olduğuna ilişkin taraflar arasındaki sözleşmede bir hüküm bulunması veya vadeyi tayin etme hakkının taraflardan birine verilmiş olmasıdır. Buna göre, sözleşmede kesin vade kararlaştırılmışsa, bu tarihin geçmesiyle birlikte arsa sahibi temerrütten doğan haklarını kullanabilecektir. Borcun ifasının, belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeyle belirlenmişse bu durumda da kesin vadenin olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, ihtara gerek kalmaksızın arsa sahibi TBK'nın 125. maddesiyle düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilmektedir¹⁸⁹.

Arsa sahibi süre verilmesini gerektirmeyen durumlarda temerrüt anında, süre verilen durumlarda ise verilen sürenin dolduğu anda, şayet ifa hala gerçekleşmemişse, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek ifa yerine olumlu zararının tazminini veya sözleşmeden döndüğünü belirterek olumsuz zararının tazminini talep edebilir. Derhal bildirimde bulunmadığı takdirde, yalnızca aynen ifayı ve şayet müteahhidin kusuru varsa gecikme

¹⁸⁸ **Altınkan**, s. 141; **Ayan**, Mehmet, s. 374 - 375; **Ayan**, Serkan, s. 162 vd.; **Buz**, Dönme, s. 102; **Dirican**, s. 43 vd.; **Eren**, Genel, s. 1095 vd.; **İnal**, Tamer, s. 357; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 661-662; **Kurt**, s. 176 vd.; **Nomer**, s. 277; **Oğuzman/Öz**, s. 476-477; **Öz**, Dönme, s. 174; **Öz**, İnşaat, s. 151; **Reisoğlu**, s. 371; **Şahin**, s. 173 vd.; **Yakuppur**, s. 80; **Yener**, Temerrüt, s. 33; Y. 15. HD, E. 2005/7465, K. 2005/6764, T. 12.12.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “*Yanlar arasındaki inşaatın 12.12.2002 tarihinde davacılar teslim edileceği kabul edilmiştir. Teslim tarihi BK.nun 107. maddesinde açıklanan kesin vade niteliğinde olup bu tarihin geçmesiyle davalı temerrüde düşmüştür.*”; Y. 15. HD, E. 2002/423, K. 2002/2813, T. 27.05.2002, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “*Yanlar arasındaki sözleşmede işin Ekim/1997 de teslim edilmesi kabul edilmiştir. Kesin vade geçtikten sonra alacaklının BK. 106. maddesinde sözü edilen seçimlik haklardan hangisini tercih ettiğini açıklamaması durumunda kural olarak aktin ifasının ve gecikmeden doğan zararlarını istediğinin kabulü gerekir.*”; Y. 15. HD, E. 2005/5335, K. 2005/5448, T. 14.10.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “*inşaatın teslim tarihi 26.01.2001 olup, yüklenicinin teslim borcunu kesin vade olan bu tarihte yerine getirmesi gerekirken, borcunu ifa etmemiş ve borçlu temerrüdüne düşmüştür.*”; Aynı doğrultuda bkz. Y. 15. HD, E. 2003/1782, K. 2003/4774, T. 15.10.2003, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017; Y. 15. HD, E. 1988/866, K. 1988/2520, T. 04.07.1988, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017.

¹⁸⁹ **Altınkan**, s. 142; **Ayan**, Mehmet, s. 375; **Ayan**, Serkan, s. 167-168; **Büyüakay**, s. 207; **Dayınlarlı**, s. 92; **Dirican**, s. 45; **Eren**, Genel, s. 1097; **Erman**, İnşaat, s. 76; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 663; **Kurt**, s. 181; **Nomer**, s. 279; **Oğuzman/Öz**, s. 478; **Öz**, Dönme, s. 174; **Öz**, İnşaat, s. 151; **Reisoğlu**, s. 371; **Şahin**, s. 177; **Yakuppur**, s. 81; **Yener**, Temerrüt, s. 33; YHGK, E. 2013/13-1143, K. 2014/625, T. 07.05.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “*Taraflar arasındaki sözleşmede, taşınmazın 16 ay içerisinde teslim edileceği belirtildiğinden, bu sürenin dolmasıyla, davalı borcunu yerine getirmekte direndiği ve bu olgunun hukuksal sonuçlar doğurduğu (BK m. 101/1) gözetildiğinde, davacı BK.nun 106/1. maddesi uyarınca, davalıya mehil vermeden dava açabilir.*”; YHGK, E. 1991/15-340, K. 1991/467, T. 09.10.1991, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “*Alacaklı, 106/II'de öngörülen seçimlik hakkını kullanabilmesi için borcu yerine getirmemekte direnen (mütemerrit) borçluya mehil vermek zorundadır (BK. 106/1). Ancak 107. maddede yazılı hallerden birinin bulunması halinde (1- Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa; 2- Borçlunun temerrüdü-direnmesi-neticesi olarak borcun ifası alacaklı için fidesiz kalmış ise; 3- Akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa) mehil tayinine gerek yoktur). Davalı yüklenicinin, borcunu 36 ay içinde yerine getireceği sözleşmede kabul edildiğine göre, BK.nun 106/1. maddesi gereğince bir önel (mehil) belirlenmesine gerek yoktur.*”.

tazminatını isteyebilir¹⁹⁰. Arsa sahibinin mütemerrit müteahhide kaşı sahip olduğu haklar, müteahhidin temerrüde düşmesinin sonuçları bölümünde detaylıca incelenecektir¹⁹¹.

II. MÜTEAHHİDİN KISMİ TEMERRÜDÜ

Kural olarak ifanın bir bütün halinde, yani sözleşmede kararlaştırılan edimlerin tümüyle birlikte ifa edilmesi gerekmektedir. Borçlunun borcunun sadece bir kısmını ifa etmesi halinde, alacaklı TBK m. 84 uyarınca kısmi ifayı reddedip, borçluyu borcun tamamı için temerrüde düşürebilir ve TBK 125. maddede sayılan seçimlik haklarını kullanabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde alacaklı olan arsa sahibinin tümü muaccel olan borç bakımından kısmi ifayı kabule zorlanması mümkün değildir. Arsa sahibinin kısmi ifayı reddederek borcun tümü bakımından müteahhidi temerrüde düşürmesi ve temerrütten doğan seçimlik haklarını kullanması mümkündür¹⁹².

Kısmi temerrüdün söz konusu olabilmesi için, borçlunun ediminin bölünebilir nitelikte olması gerekir veya sözleşmede birden fazla edim kararlaştırılmış olup bunlardan sadece bazılarının yerine getirilmiş olması gerekir¹⁹³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, kullanamayacağı ve yararlanamayacağı kısmi ifayı kabule zorlanamaz. Ancak, kendi çıkarları doğrultusunda kısmi ifayı kabul edebilmesinde kanunen bir engel de bulunmamaktadır. Bunun dışında; arsa sahibinin, müteahhidin karşı ediminin bir bütün olarak yerine getirilmesinde menfaati bulunmuyorsa, özellikle teklif edilen ifa, borcun tamamına yakın bir kısmı ise ve müteahhidin kendi karşı edimini bir bütün olarak yerine getirmesi onun için büyük güçlüklerle sebebiyet

¹⁹⁰ **Duman**, s. 560; **Erman**, İnşaat, s. 83; **Öz**, İnşaat, s. 178; **Yener**, Temerrüt, s. 37.

¹⁹¹ Bu çalışmada bkz. Üçüncü Bölüm.

¹⁹² **Altınkan**, s. 203; **Ayan**, Serkan, s. 282; **Buz**, Dönme, s. 313; **Oğuzman/Öz**, s. 545; **Öz**, Dönme, s. 42; **Yener**, Temerrüt, s. 41.

¹⁹³ **Oğuzman/Öz**, s. 528: “Kısmi temerrüt bölünebilir edimlere sahip ani edimli borçlarda söz konusu olur”; **Buz**, Dönme, s. 314: “... kısmi bir dönmenin söz konusu olabilmesi için, sadece borçlunun ediminin değil, alacaklının ediminin de bölünebilir olması gerekir. Eğer borçlunun edimi bölünebilir bir edim olmasına rağmen, alacaklının edimi bölünmez ise, dönme, sadece sözleşmenin tamamı bakımından mümkündür.”; **Altınkan**, s. 203; **Eren**, Genel, s. 1126; **Öz**, Dönme, s. 187 vd.; **Serozan**, Dönme, s. 385; **Yener**, Temerrüt, s. 44.

verecek ise, bu durumda arsa sahibinin kısmi ifayı reddetmesi objektif iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacaktır¹⁹⁴.

Bu şekilde kısmi ifanın arsa sahibi tarafından kabul edildiği veya dürüstlük kuralları gereğince kabul etmek zorunda olduğu durumlarda, ifa edilen kısmın dışında kalan kısımlar bakımından temerrüt ve temerrüde bağlı sonuçlar gündeme gelecektir. Buna göre, arsa sahibi kabul ettiği kısma karşılık gelen oranda kendi edimi olan arsa paylarının devrini kısmen yerine getirmelidir. İfa edilmeyen kısım için ise; aynen ifa, ifa yerine tazminat ve dönme seçeneklerinden birini tercih etmelidir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Altınkan, s. 203; Ayan, Serkan, s. 284-285; Buz, Dönme, s. 315; Oğuzman/Öz, s. 287 vd.; Yener, s. 42.

¹⁹⁵ Altınkan, s. 203; Ayan, Serkan, s. 282-283 ve s. 286; Buz, Dönme, s. 313-314; Dayınlarlı, s. 96; Eren, Genel, s. 1126; Oğuzman/Öz, s. 546-548; Öz, Dönme, s. 187 vd.; Serozan, Dönme, s. 385; Yener, Temerrüt, s. 44-47; YİBGK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: “*Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin 1. fıkrasında, "Akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği" belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlaması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medeni Kanununun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla, kanun hükümlerinin yorumlamasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da, hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı, herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar açısından bakıldığında, müteahhidin yapının tamamlandığı kısmın (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi feshetme yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmi ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmi ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır. ... inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki, böyle bir durumda müteahhidin bir kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal hallede sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. ... olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) halı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit, kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.”.*

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibi, arsa payı devretme borcu altına girmektedir. İnşaat kat irtifakının kurulmasıyla oluşacak olan bağımsız bölümlerin her birinin de bağımsız olarak değer ihtiva edeceği şüphesizdir. Buna göre, arsa sahibinin sözleşmeyle üstlendiği arsa payını devretme borcunun bölünebilir bir borç olduğu kabul edilerek¹⁹⁶, müteahhidin kısmi ifası karşısında, ifa edilen bu kısmın tüm inşaat oranı, arsa sahibinin müteahhide devredeceği arsa paylarının oranını oluşturacaktır¹⁹⁷.

III. MÜTEAHHİDİN İNŞAATA BAŞLAMA VE YAPIMI SIRASINDA TEMERRÜDÜ

Kanun koyucu eser sözleşmeleri için bir hüküm getirerek işe zamanında başlama ve işi yürütme bakımından müteahhidin eseri teslim etme borcu muaccel olmadan arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceğini düzenlemiştir. TBK'nın 473. maddesinde, müteahhidin inşaat başlaması ve işin yapımı sırasında temerrüdü üç şekilde düzenlenmiştir. Bunlar; işe zamanında başlamaması, sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ve arsa sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre müteahhidin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması halleridir¹⁹⁸. Bu hallerde, arsa sahibi teslim zamanını beklemeksizin sözleşmeden dönebilir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Altınkan, s. 204; Ayan, Serkan, s. 284; Buz, Dönme, s. 313; Eren, Genel, s. 1126; Yener, Temerrüt, s. 45-46.

¹⁹⁷ Altınkan, s. 204; Yener, Temerrüt, s. 46; Ayan, Serkan, s. 287: Yazar, ayrıca, kişisel bir hak olan arsa paylarının devrine yönelik talep hakkının müteahhitçe önceden üçüncü kişilere devredilmiş olması halinde, bu üçüncü kişilerin de yapılan işin oranına uygun olarak arsa payının kendi adlarına tescilini arsa sahibinden isteyebileceğini savunmaktadır.

¹⁹⁸ Altınkan, s. 205; Ayan, Serkan, s. 323; Büyükay, s. 199; Dayımlarlı, s. 112; Erman, İnşaat, s. 76 vd.; Gökyayla, s. 160; Helvacı, s. 234; Kaplan, s. 89; Öz, Dönme, s. 52; Öz, İnşaat, s. 131; Şahin, s. 200; Yener, Temerrüt, s. 47.

¹⁹⁹ Ayan, Serkan, s. 324; Helvacı, s. 235; Kaplan, s. 100; Kartal, s. 142; Öz, Dönme, s. 59; Öz, İnşaat, s. 136; Şahin, s. 200; Erman, İnşaat, s. 77: "Bu hüküm, istisna sözleşmesine ilişkin olarak getirilmişse de, karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur. ... Burada, teslim süresinin bitmesini beklemeye gerek olmaksızın müteahhidin erken temerrüdü söz konusu olmaktadır."

A. Şartları

Taraflarca inşaata başlama zamanı sözleşmede kararlaştırılmışsa müteahhit bu tarihte işe başlamalıdır²⁰⁰. Ancak, işe başlama zamanı sözleşme ile belirlenmemişse, bu halde müteahhit, TBK m. 90 gereğince sözleşmenin kurulmasından hemen sonra işe başlamalıdır. Elbette ki, müteahhide işe başlaması için uygun ve gerekli bir hazırlık dönemi verilmelidir²⁰¹. Ancak, bütün tahminlere göre müteahhidin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması halinde arsa sahibi TBK'nın 473. maddesi hükmüne başvurabilecektir. Başka bir ifadeyle, işe zamanında başlanılsa dahi müteahhidin sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi işin zamanında teslim edilemeyeceği yönünde kanı oluşturmuşsa TBK'nın 473. maddesinin uygulama alanı bulacaktır²⁰².

Müteahhidin işe başlama zamanında gecikmesinde haklı bir sebebin bulunması veya arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle işin gecikmesi durumunda temerrüdü söz konusu olmayacaktır²⁰³. Arsa sahibinin plan ve projelerin zamanında hazırlanmaması, müteahhide

²⁰⁰ Altınkan, s. 205; Ayan, Serkan, s. 340 vd.; Erman, İnşaat, s. 77; Öz, Dönme, s. 55 vd.

²⁰¹ Ayan, Serkan, s. 350-351; Dayımlarlı, s. 112; Şahin, s. 207; Kaplan, s. 92; Öz, Dönme, s. 56; Öz, İnşaat, s. 132-133; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Yayınevi, 14. bsk, Ankara 2014, s. 346; Erman, İnşaat, s. 78; Yener, Temerrüt, s. 48; Y. 23. HD, E. 2012/2688, K. 2012/4766, T. 10.07.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: " ...Asıl dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca süresinde teslim edilmeyen bağımsız bölümler nedeniyle davacı arsa malikinin uğradığı kira kaybının tazmini istemine ilişkindir. Eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi, inşaatı sözleşmeye uygun şekilde yaparak teslim etmektir. Sözleşme uyarınca işe zamanında başlama ve sürdürme borcu yüklenicinin eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun sonucudur. Sözleşmede, inşaata başlama tarihinin gösterilmemesi, yükleniciye işe başlamak üzere dilediğince süre tanıdığı anlamına gelmez. Sözleşmedeki teslim süresiyle ilgili hüküm makul bir süre olarak yorumlanmalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın ruhsat tarihinden itibaren iki yıl içinde tamamlanacağı belirtildiğinden yüklenici inşaat ruhsatını almak için makul sürede merciiine başvurmalıdır. Somut olayda olduğu gibi sözleşme tarihinden yaklaşık 35 ay sonra yapılan başvurunun makul sürede yapıldığını kabul etmek olanaklı değildir...".

²⁰² Altınkan, s. 205; Ayan, Serkan, s. 351, Büyükkay, s. 199; Kaplan, s. 100; Öz, Dönme, s. 56 ve s. 59; Öz, İnşaat, s. 134 vd.; Şahin, s. 206.

²⁰³ Y. 15. HD, E. 1989/2347, K. 1989/3466, T. 13.09.1989, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: "...inşaat yapılacak arsada davacının kiraya verdiği bir bina mevcut olup tahliye yükümü iş sahibine ait olduğu halde kiracının tahliyesi yapılmadığı gibi arsanın da inşaata elverişli şekilde davalıya teslim edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının temel ruhsatı ile temel üstü ruhsatını çıkarma olanağının doğduğu söylenemez."; Y. 15. HD, E. 2010/419, K. 2011/1495, T. 14.03.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.09.2017: "...Davacı arsa sahipleri dava dilekçelerinde dava tarihine kadar geçen süre içerisinde davalının inşaata başlamadığını iddia ederek sözleşmenin feshi ile sözleşmenin 6.7.3. maddesinde kararlaştırılan cezai şarttan kaynaklanan paylarına düşen 17.856,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmişlerdir. Taraflar arasında düzenlenen 24.8.2006 tarihli sözleşmede 6.7.1.1. maddesinde inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 30 aylık sürede bitirilmesi kararlaştırılmıştır. Dosya içerisinde bulunan belgeler, İdare Mahkemesi

sözleşmeyle yapılacağı kararlaştırılan ödemelerin yapılmaması, arsa üzerindeki binanın boşaltılmaması, arsa paylarının müteahhide devredilmemesi²⁰⁴, yeraltı engellerini gidermemesi²⁰⁵, arsa sahibinin hazırlık eylemlerine katılmaması gibi durumlar müteahhidin işe başlamasında gecikmesini haklı kılan arsa sahibinden kaynaklanan durumlardır²⁰⁶. Ancak, işe başlamadaki arsa sahibinden kaynaklanan, onun faaliyet ve riziko alanında meydana gelen

kararları ve bilirkişi raporunda açıklandığı üzere 3194 Sayılı Kanun'un 18. maddesi uygulaması, belediyenin imar durumunu onaylaması, ilave blok için gerekli izinlerin alınması işlemlerinin en son 03.01.2008 tarihinde tamamlandığı anlaşılmıştır. Bu tarihe ruhsat alınması için gereken makul sürenin de eklendiğinde davanın erken açıldığı ortadadır. Diğer taraftan sözleşmenin sürelerle ilgili 6.7.3.2. maddesinde müteahhidin "haklı bir sebep olmaksızın" işe başlamaması halinde arsa sahibi tarafından kendisine 30 günlük süre tanınacağı kabul edilmiştir. Davacı arsa sahiplerince çekilen 22.04.2008 tarihli ihtarda davacıyı 30 günlük sürenin verildiği anlaşılmakta ise de idari işlemler sebebiyle müteahhidin haklı sebebi bulunmakta olup temerrüde düştüğü de kabul edilemez. Bu sebeple davanın reddi gerekirken kabulü doğru olmamış, hükmün bozulması uygun bulunmuştur.”; Y. 15. HD, E. 1995/2259, K. 1995/5181, T. 02.10.1995, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: “... sözleşmeye göre, imar durumunun çıkarılmasından sonra 6 ay içinde temel ve temel üstü ruhsatı alınacak ve alındığı tarihten itibaren de en geç 20 ayda inşaat bitirilecektir. Sözleşmenin yapılmasından sonra yüklenici arsaların tevhit işlemleri ile uğraşmış ve tevhit işlemi 24.8.1989 tarihli encümen kararıyla onanarak, 4.10.1989 günü 82 parsel numarasıyla tapuya tescil edilmiş ve henüz süre dolmadan 19.3.1990 günü işbu dava açılmıştır. Başka bir anlatımla, yüklenicinin işe başlayabilmesi için -dava tarihi itibarıyla- henüz süresi vardır. Bu durumda, davacıların dayandığı diğer dönme nedeni de, sözleşme hükümlerine ve BK.nun 358/I. maddesine uygun düşmemektedir.”.

²⁰⁴ Y. 15. HD, E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.03.1993, YKD, 1993, Sa. 11, s. 1685 vd., www.yargitay.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: “Somut olayda; her iki sözleşmede aksine hüküm yer almadığından inşaat ruhsat alımı arsa sahiplerine aittir. Davalı Naci ve Beşir'in Mustafa'ya pay devri ruhsat alınması koşuluna bağlanmış, daha sonra arsa sahiplerinin muvafakati üzerine Beşir payı devretmiş, Naci ise ruhsat alınma koşulu yerine getirilmediğinden pay devrini yapmamıştır. Davacılar ve uhdesinde pay bulunan diğer davalılarca ruhsat alınmadığı gibi bu konuda yüklenici Mustafa'ya vekâletname de verilmiş değildir. Bundandır ki bir örneği dosyaya giren "tescil istem belgesi" de uhdelere pay geçirilen ilk yüklenicilerle birlikte arsa sahiplerince düzenlenmiştir. Yüklenici Mustafa'dan ruhsatsız hafriyata ve inşaat başlmasını beklemek ve istemek kamu düzeniyle bağdaşmaz. O halde işe başlanılmada gecikmeyle iş sahibi davacıların tutumu arasında nedensellik bağının varlığı açık ve ortadadır.”.

²⁰⁵ Y. 15. HD, E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.03.1993, YKD, 1993, Sa. 11, s. 1685 vd., www.yargitay.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: “... Aslolan üstlenilen edimlerin yerine getirilmesidir. Yüzeysel nedenlerle ve yasada öngörülen koşulların varlığına bakılmaksızın sözleşmelerin bozulması ahde vefa kuralıyla da bağdaşmaz.”; Y. 15. HD, E. 1984/1616, K. 1984/2006, T. 07.06.1984, YKD, 1985, Sa. 7, s. 1029 vd., www.yargitay.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: “... davalı banka sözleşmenin 10 ve özel sicilnamenin 9. maddelerinde öngörülen ve kendisi tarafından yapılması kararlaştırılan yeraltı engellerini giderme borcunu yerine getirmemiştir. Alacaklıya düşen bu görev teknik acıdan borcun ifasını engellediği ... sabittir. Bu durumda davalının değil aksine davacıya sözleşmeden dönme hakkı tanımak BK. nun 94. madde hükmü gereğidir.”.

²⁰⁶ Altınkan, s. 207; Dayınlı, s. 113; Erman, İnşaat, s. 79; Öz, İnşaat, s. 130; Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 81; Şahin, s. 208; Yener, Temerrüt, s. 50; Y. 15. HD, E. 1989/2347, K. 1989/3466, T. 13.09.1989, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 04.09.1989: “üzerinde inşaat yapılacak arsada davacının kiraya verdiği bir bina mevcut olup tahliye yükümü iş sahibine ait olduğu halde kiracının tahliyesi yapılmadığı gibi arsanın da inşaat elverişli şekilde davacıya teslim edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının temel ruhsatı ile temel üstü ruhsatını çıkarma olanağının doğduğu söylenemez. Diğer bir deyimle, davalı yüklenicinin sözleşmeye aykırı herhangi bir davranışı kanıtlanmamıştır. Tüm bu yönler birlikte değerlendirildiğinde, davacının feshi ihbarının haksız olduğu gözetilmek suretiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde fesih isteminin kabulü yanlıştır.”.

bu gecikmenin müteahhitçe arsa sahibine ihbar edilmiş bulunması gerekmektedir²⁰⁷. Müteahhidin gecikmesini haklı kılan sebepler ifadesiyle kastedilen husus ise, gerek müteahhitten ve gerekse arsa sahibinden kaynaklanmayan objektif bir imkânsızlık halinin mevcut olmasıdır²⁰⁸.

Arsa sahibinin teslim anı gelmeden önce müteahhidi temerrüde düşürebileceği TBK'nın 473. maddesi hükmüne dayanarak sözleşmeden dönebilmesi için, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerde olduğu gibi ihtar çekmesi gerektiği; 473. madde metninin lafzında ihtarla ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmasa da, doktrinde 473. maddenin genel hüküm olan 123. maddeye göre özel hüküm olduğu ve bu nedenle boşlukların genel hükümden doldurabileceği doktrinde savunulmuştur²⁰⁹.

Kanaatimizce, müteahhidin işe zamanında başlamaması, sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi durumunda, uygun bir ek süre verilmeden önce, müteahhidin işi normal seyrinde devam ettirerek sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinde inşaatı teslim edebilecek durumda olup olmadığının araştırılması gerekir. Bu nedenle, müteahhidin inşaatı

²⁰⁷ **Erman**, İnşaat, s. 80; Y. 15. HD, E. 1996/1531, K. 1996/1892, T. 03.04.1996, YKD, 1997, Sa. 1, s. 65-67, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.09.2017: "İşin, zamanında ve eksiksiz yapılması, iş sahibine atfi kabil bir davranışa bağlı olarak mümkün olamıyor veya zorlaşıyorsa, yüklenicinin BK.nun 357/III. maddesi uyarınca iş sahibini derhal uyarması gerekir."

²⁰⁸ **Ayan**, Serkan, s. 353-354; **Öz**, Dönme, s. 53, **Öz**, İnşaat, s. 129-130; **Erman**, İnşaat, s. 79; **Kaplan**, s. 97-99; **Şahin**, s. 207-208; **Yener**, Temerrüt, s. 49; Y. 15. HD, E. 1991/3263, K. 1992/215, T. 27.01.1992, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: "Davalı ve karşı davacı yüklenici, savunmasında tevhit ve idari işlemler nedeniyle inşaat ruhsatının 1987 yılında alındığını, arsa sahibine ait 13 no'lu dairede fazladan yapılan lüks işlerin süreyi uzattığını ileri sürerek, gecikmede kusurlu bulunmadığını belirtmiştir. Bilirkişiler bu konu üzerinde inceleme yapmamışlar, gecikmeyi sözleşmeye göre hesaplamışlardır. Gerçekten, yüklenicinin bir kusuru olmadan, başvurusuna makul bir sürede idari işlemler nedeniyle ruhsat verilmemiş ise, ve 13 no'lu daireye yapılan lüks ve sözleşme dışı işler süre uzatımını gerektiriyor ise, bu gecikmelerden yüklenici sorumlu tutulamaz."; Y. 15. HD, E. 2006/7442, K. 2007/7996, T. 11.12.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: "...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 hesaplatılmalı..."; Y. 15. HD, E. 2007/5385, K. 2007/7545, T. 26.11.2007, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 31.08.2017: "Öte yandan 17.08.1999 tarihinde inşaatın yapım süresi içinde deprem meydana geldiği, deprem nedeniyle idari mercilerce ek tedbirler ve kararlar alındığı ve bunun sonucunda inşaat faaliyetlerinin geçici bir süre durdurulduğu bilinen bir gerçektir. Deprem nedeniyle inşaatın durdurulduğuna dair dosyaya herhangi bir kanıt sunulmamış olsa bile, davalı kooperatifin depremden etkileneceği ortadadır. Asıl sözleşmenin "inşaatın Süresi" başlıklı 16. maddesinde mücbir sebep hallerinde süre uzatımı verileceği kararlaştırıldığından depremin inşaatın yapım süresini ne oranda etkilediği belirlenerek karşılık gelen sürenin yapım süresine eklenmesi gerekirken aksi yönde uygulama yapılarak deprem nedeniyle herhangi bir ilave süre verilmemesi de sözleşme ve eklerine aykırı bulunmuştur."

²⁰⁹ **Büyükkay**, s. 199; **Erman**, İnşaat, s. 81; **Şahin**, s. 209; **Yener**, Temerrüt, s. 50.

birakıp gitmiş olması gibi bütün tahminlere göre müteahhidin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda müteahhide ek süre verilmesi yararsız olacaktır²¹⁰.

Buna göre, müteahhidin işe geç başlaması ve fakat sözleşmede kararlaştırılan sürede inşaatı bitirme imkanı bulunduğu müddetçe, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı bulunmamaktadır²¹¹.

B. Sonuçları

Yukarıda sayılan bu durumlar gerçekleştiğinde arsa sahibi TBK m. 473/1' e göre sözleşmeden dönebileceği gibi, TBK 125. maddede sayılan diğer seçimlik haklarını da kullanabilecek, yani edimin aynen ifasını ve gecikme tazminatını talep edebilecek veya aynen ifadan derhal vazgeçtiğini müteahhide bildirerek müspet zararının tazminini de talep edebilecektir²¹².

²¹⁰ **Dayınlarlı**, s. 118; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 80; **Yener**, Temerrüt, s. 50-51; **Erman**, İnşaat, s. 82: "... teslim tarihi belirtilmiş olan sözleşmeler bakımından inşaatın belirlenen zamanda bitirilmesine kesin olarak imkân bulunuyorsa, sözleşmeden dönme için süre tayinine kanımca gerek yoktur. Çünkü, eğer inşaatın belirlenen tarihte bitirilmesi imkân dahilinde değilse, müteahhide verilecek sürenin bir anlamı olmayacaktır ya da teslim tarihini uzatan bir süre niteliği taşıyacaktır. Buna karşılık, inşaatın belirlenen tarihte bitirilmesi imkân dahilinde ise, sözleşmeden dönme hakkı doğmayacağından, süre verilmesi de sonuç meydana getirmeyecektir."; Y. 15. HD, E. 2006/4943, K. 2007/5921, T. 02.10.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: "...davada inşaata hiç başlanılmadığı ve yıllardır boş durduğu iddia edildiğine göre inşaata hiç başlanılmamış ise 107. madde uyarınca yüklenicinin ayrıca temerrüde düşürülmesinin sonuca etkisi olmayacağından davacının derhal fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir..."; Y. 15. HD, E. 1979/1168, K. 1979/1279, T. 29.05.1979, YKD, 1980, Sa. 4, s. 557 vd., www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.09.2017: "Davacı yüklenici inşaatı terk etmiş bulunması nedeniyle, davalı işveren tarafından ihtarın semeresiz kalacağı kuşkusuz bulunduğundan, BK.nun 107. maddesine göre ihtar keşide edilmesinde de zorunluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin bozulması nedeniyle aynı kanunun 108. maddesi uyarınca, akit- ten rucû eden alacaklının vaat olunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat hakkı mevcuttur."

²¹¹ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 83; **Yener**, Temerrüt, s. 51-51; Y. 15. HD, E. 1984/1341, K. 1984/1611 K, T. 08.05.1984, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: "...inşaatın, fesih için davanın açıldığı tarih ile inşaatın sözleşmeye göre ikmal edilmesi gereken tarih arasındaki 1 yıl 1 aylık sürede kalan bölümün fiilen ikmal edilmesinin mümkün olup olmadığını yolunda bilirkişiden görüş alınmamış olması hatalıdır."

²¹² **Ayan**, Serkan, s. 355-356; **Dayınlarlı**, s. 120; **Erman**, İnşaat, s. 77 ve s. 83-84: Yazar, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığında işin kararlaştırılan sürede tamamlanmaması halinde cezai şart talep edilemeyeceğini, ancak fesih sonucuna bağlanmış cezai şart var ise bunun talep edilebileceğini savunmuştur. **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 79; **Şahin**, s. 210; **Yener**, Temerrüt, s. 52; Y. 15. HD, E. 1991/4232, K. 1992/1284, T. 13.03.1992, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: "Davacı iş sahibi kooperatif, davalı yükleniciye daha önce göndermiş olduğu ilk ihtarnamesinde, mehil de vermek suretiyle sözleşmeyi feshedeceğini bildirmiş ve mehil süresi içerisinde ise başlanılmadığı için yanlar arasındaki sözleşmeler feshedilmiş ve böylece sözleşmeden dövlümüştür. Davacı iş sahibi kooperatif tarafından davada ayrıca kira

Görüldüğü üzere, TBK 473/1 hükmü müteahhidin erken temerrüdünü düzenlemekte ve inşaatın tamamlanması için sürdürülen hazırlık faaliyetlerinin de edimin kapsamı içinde kabul edildiğini, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kesin olarak ani edimli sözleşme sayan görüşün isabet derecesini zayıflatmaktadır²¹³.

Karşı görüşte olan Öz²¹⁴, TBK 473/1 hükmünün arsa sahibinin muacceliyetten önce sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen özel bir madde olduğunu, bu nedenle müteahhidin erken temerrüdünden söz edilemeyeceğini ve arsa sahibinin TBK m. 125'deki diğer imkanlardan yararlanılmasının mümkün olamayacağını belirtmektedir. Yazara göre, müteahhidin edimi eserin teslimi ile gerçekleşir. Eserin yapımı için iş görme faaliyetleri ise; edim kapsamı içinde değil, sadece teslim hazırlık niteliğindedir. Eserin teslimi için kararlaştırılan tarihten önce arsa sahibi tarafından talep edilebilecek muaccel bir borç bulunmadığından müteahhidin erken temerrüdünden söz edilmemesi gerekir. Bu durumda, arsa sahibi teslim tarihini beklemeden sadece sözleşmeden dönebilecek, TBK m.125'deki diğer imkanlardan yararlanamayacaktır. Arsa sahibi, diğer imkanlardan yararlanmak istiyorsa sözleşmedeki teslim tarihini beklemek zorundadır.

Öte yandan, arsa sahibinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu hallerde TBK 473/1 hükmüne dayanarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirme talebi kabul edilmemelidir. Gerçekten, inşaatın büyük bir bölümünün bitirilmiş olması ve fakat teslim

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 sonucunda yazılı şekilde kira yoksunluğuna da hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.”

²¹³ **Erman**, İnşaat, s. 83-84 ve s. 110 vd.; **Erman**, Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri, s. 209 vd.; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 79; **Yener**, Temerrüt, s. 52; **Serozan**, Dönme, s. 175-176: “*Düşünülsün ki, eserin eksik haliyle, alacaklı için oluşturduğu zenginleşme değeri, sözleşmede kararlaştırılmış ücretten pek çok düşük, hatta, belki “sıfır” olabilir. Bu durumda emekçinin emeğinin gerçek karşılığını almaksızın, boş yere çalışmış olması gibi çok çarpıcı bir adaletsizlik ortaya çıkacaktır. Öyleyse, eser sözleşmesi, katıksız bir sürekli sözleşme ilişkisi sayılamayacağı halde, emekçinin harcamış olduğu emeğin korunmaya değer bulunduğu durumlarda, salt “feshedilebilmeli”, böylelikle, emekçinin, kararlaştırılmış ücretin, hiç değilse, fesih anına dek yapıp tamamlanmış işi karşılayan bölümüne kavuşması sağlanmalıdır. Böylesine adaletli bir çözümü, eserin, eseri ismarlayan indinde bir bölünmez bütün oluşturması da engelleyemez.”; Y. 15. HD, E. 1997/248, K. 1997/1891, T. 07.04.1997, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “*Yüklenicinin, inşaatın hiç bir şey talep etmeyeceğine dair sözleşme hükmü, bu kişinin iktisaden yok olmasına neden olacağından geçersizdir. Yüklenicinin, tapuya hak kazanabilmesinin koşulları; yaptığı işe, iyiniyet kurallarına ve inşaatı terk ettiği tarihteki fiziksel orana göre belirlenmelidir.”**

²¹⁴ **Öz**, Dönme, s. 48 vd.

süresinde tamamlanmasının mümkün bulunmaması karşısında, arsa sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönmesi hakkaniyetli olmayacaktır. Müteahhitçe inşaaata başlanmadığı veya devam edilmediği durumlarda, inşaatın seviyesinin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesinin haklı kılacak düzeyde olması halinde, ancak arsa sahibince TBK m. 473 hükmüne başvurulması gerekir²¹⁵.

Ayrıca, TBK m. 473/2 gereğince; meydana getirilmesi sırasında, eserin müteahhidin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, arsa sahibi, bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde müteahhide, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir. Buna göre, müteahhidin inşaaata başlamadığı veya tayin edilen sürede işi tamamlamak için girişimlerde bulunmadığı durumlarda, TBK m. 473/2 uyarınca arsa sahibinin masrafı müteahhide ait olmak üzere inşaaatı üçüncü bir şahsa tamamlattırabileceği de kabul edilmektedir²¹⁶.

²¹⁵ **Erman**, İnşaat, s. 84; **Yener**, s. 53.

²¹⁶ **Ayan**, Serkan, s. 357; **Dayınlarlı**, s. 121; **Erman**, İnşaat, s. 85; **Yener**, Temerrüt, s. 52-53; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 79; Y. 15. HD, E. 1994/2023, K. 1994/2796, T. 02.05.1994, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: “Uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davalının edimini süresinde yerine getirmemesi nedeniyle kooperatifin inşaaatı tamamlaması için izin verilmesi B.K.nun 97.nci maddesine göre yerindedir.”; Y. 15. HD, E. 2004/922, K. 2004/6861, T. 09.12.2004, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: “... Bu haliyle davalı yüklenicinin borçlu temerrüdüne düştüğü ortadadır. ... Davacılar bu seçimlik 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 işlerin miktarı ve parasal tutarı ile bunu karşılayacak oranda yükleniciye ait bağımsız bölüm değeri bilirkişiye hesaplattırılarak, saptanan bağımsız bölümlerin satışıyla elde edilen inşaaatın tamamlanmasında kullanılmasına, artan olduğu takdirde yükleniciye iadesine, böylece yüklenici nam ve hesabına inşaaatın tamamlanması hususunda davacılar yetki ve izin verilmesine karar vermekten ibarettir.”; Y. 15 HD, E. 2004/2905, K. 2005/172, T. 24.01.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.09.2017: “Yüklenici tarafından, binaya iskân ruhsatının alınmadığı sabit olup, eksik işlerin varlığı ve teslimde gecikme de ihtilafsız olduğundan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle davalı arsa sahibi teminat olarak tutulan 15 nolu bağımsız bölümü 3.kişiye devrederek, eksik işler bedeli, iskân alım masrafları ve zararlarını karşılamakta, diğer bir deyişle nama ifa yoluna başvurmakta haklıdır.”; Y. 15. HD, E. 2001/988, K. 2001/3298, T. 18.06.2001, YKD, 2002, Sa. 5, s. 748 vd., www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.09.2017: “Davacı yüklenicinin inşaaatı yarım bıraktığı, eksik işlerin davalı arsa sahipleri tarafından davacıya ait bir kısım bağımsız bölümlerin 3. kişilere satılması ve elde edilen paranın inşaaata harcanması suretiyle ikmal edilmeye çalışıldığı dosya kapsamı ile sabit olup bu husus tarafların da kabulündedir. Bu durumda öncelikle davacı yüklenicinin inşaaatı hangi aşamada terkettiğinin saptanması önem taşımaktadır. Mahkemece alınan bilirkişi raporu hüküm tesisine elverişli olmayıp, tesbit raporu, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı ile davacının inşaaatı terkettiği aşama belirlenerek yüzde olarak ne oranda ikmal ettiği saptanmalı, inşaaattan el çektiği tarih itibarıyla inşaaatın eksik bırakılan kısmının bedeli ile davacı namına

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin temerrüde düşmesi halinde, Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında müteahhidin temerrüdü halinde başvurulabilecek bir düzenleme yer almadığından, TBK'nın borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır²¹⁷.

Arsa sahibi, müteahhidin temerrüde düşmesi halinde aynen ifa, gecikme tazminatı ve sözleşmede yer alması halinde cezai şart talep edebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmek suretiyle sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan müspet zararının tazminini talep edebilir. Ayrıca, arsa sahibine tanınan bir diğer seçimlik hak ise sözleşmeden dönme suretiyle menfi zararın tazminini isteyebilmesidir. Sözleşmenin sürekli-ani edim karmaşığı bir niteliğe haiz olduğu göz önünde bulundurulduğunda, hakkaniyetsiz sonuçlara sebep olunmaması bakımından her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi ve olayın niteliğinin elvermesi durumunda hakkaniyet ilkesi gözetilerek ve dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak sonuçlardan kaçınılarak bir çözüme varılması gerektiği unutulmamalıdır²¹⁸.

satılarak bedeli inşaata sarf edilen 3 adet dairenin de aynı tarih itibarıyla satış bedelleri araştırılarak satış bedellerinin eksik bırakılan işleri karşılayıp karşılamadığı araştırılmalı sonucuna göre tescili talep edilen dört adet daire yönünden bir karar verilmelidir."

²¹⁷ Altınkan, s. 145; Erman, İnşaat, s. 85; Kurt, s. 154 – 155; Öz, Dönme, s. 171-172; Öz, İnşaat, s. 149; Şahin, s. 178-179; Yener, Temerrüt, s. 31-32.

²¹⁸ Altınkan, s. 146; Ayan, Mehmet, s. 415; Ayan, Serkan, s. 171; Dirican, s. 47; Erman, İnşaat, s. 85-86; Nomer, s. 282; Oğuzman/Öz, s. 521; Şahin, s. 237; Yener, Temerrüt, s. 55.

II. ARSA SAHİBİNİN AYNEN İFA VE GECİKME TAZMİNATI TALEBİ

Müteahhidin ifa yükümlülüğü, sözleşmede kararlaştırılan edimini yerine getirmesi, eksik bırakılan işlerin tamamlanması ve eserin arsa sahibine teslim edilmesidir. Müteahhidin üstlendiği inşaatı sözleşmede kararlaştırılan sürede, böyle bir süre belirlenmemişse inşaatın tamamlanması için uygun bir süre geçtikten sonra zamanında ve noksansız teslim etmesi halinde, edimini sözleşmeye uygun biçimde ifa etmiş olacağı kabul edilmelidir. Müteahhit temerrüde düşse dahi, taraflar arası tanzim olunmuş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin varlığı devam edecektir²¹⁹. Buna göre, arsa sahibinin müteahhitten tamamlanmamış inşaatı tamamlaması ve eseri teslim etmesi bakımından aynen ifayı talep etmesi mümkündür²²⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin temerrüde düşmesi halinde TBK 117-125. maddeleri hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, arsa sahibi aynen ifayı ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Ayrıca, arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle oluşan müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilir.

Kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın temerrüde düşmüş müteahhide karşı arsa sahibinin aynen ifayı talep edebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, müteahhidin kusurlu ya da kusursuz olması, arsa sahibinin sözleşmeyle doğan alacağına etki etmemektedir²²¹.

²¹⁹ Altınkan, s. 147; Ayan, Serkan, s. 172; Eren, Genel, s. 1099; Oğuzman/Öz, s. 496.

²²⁰ Öz, İnşaat, s. 152: Yazar, aynen ifanın zorla sağlanmasının, **verme borçları** bakımından söz konusu olabileceğini, inşaat gibi **yapma borçları** bakımından ise, tamamlanmamış inşaatı müteahhidin zorla tamamlanmasının mümkün olmadığını, bu yüzden arsa sahibinin aynen ifa talebinin müteahhidi uyarmaktan başka bir anlam taşımayacağını savunmaktadır.

²²¹ Altınkan, s. 147; Ayan, Serkan, s. 172; Eren, Genel, s. 1099; Kurt, s. 184 ve 197; Şahin, s. 239; Yakuppur, s. 97; Yener, Temerrüt, s. 55.

A. Aynen İfa Talebi veya Arsa Sahibi Tarafından İnşaatın Tamamlanması

Temerrüde düşmüş müteahhide karşı arsa sahibinin aynen ifayı doğrudan dava açarak talep edebilmesi mümkündür. Arsa sahibi, mahkeme kararının ilamlı icraya konu edilmesiyle aynen ifanın sağlanmasını talep edebilecektir²²².

İnşaatın tamamlanmasının imkânsızlaşması durumu söz konusu olmadıkça, arsa sahibinin müteahhitten sözleşmeyle üstlendiği ediminin aynen ifasını talep edebilmesi mümkündür. Başka bir deyişle edimin ifasının mümkün olmaması halinde arsa sahibi aynen ifayı talep edemeyecektir²²³.

TBK'nın 113. maddesi hükmü uyarınca, müteahhidin edimini ifa etmemesi karşısında, arsa sahibinin masrafı müteahhide ait olmak üzere inşaatın kendisi tarafından tamamlanmasını ya da üçüncü bir kişiye tamamlattırılmasını hakimden talep edebilmesi mümkündür²²⁴. Bu durumda arsa sahibinin, edimin zamanında ve müteahhit tarafından yerine getirilmemesinden doğan zararlarını müteahhitten talep edebileceği kabul edilmelidir. Buna karşın, masrafları müteahhide ait olmak üzere arsa sahibince ya da üçüncü bir kişi tarafından inşaatın tamamlanması halinde, artık aynen ifanın gerçekleştiği ve bu nedenle müteahhidin karşı edim olan arsa paylarının devrini arsa sahibinden talep edebileceği kabul edilmelidir²²⁵. Ancak, arsa sahibinin müteahhide verilmesi kararlaştırılan arsa paylarını satmak suretiyle elde ettiği parayla inşaatın tamamlanmasını da talep edebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir²²⁶.

²²² **Altınkan**, s.147; **Ayan**, Mehmet, s. 389 vd.; **Ayan**, Serkan, s. 172-173; **Eren**, Genel, s. 1102; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 670; **Kurt**, s. 197; **Nomer**, s. 283; **Oğuzman/Öz**, s. 497; **Öz**, İnşaat, s. 154; **Şahin**, s. 239; **Yener**, Temerrüt, s. 56.

²²³ **Altınkan**, s. 147; **Ayan**, Serkan, s. 172; **Kurt**, s. 189 vd. ve 197; **Yakuppur**, s. 97; **Yener**, Temerrüt, s. 55-58.

²²⁴ Y. 15. HD, E. 2004/7438, K. 2005/2292, T. 14.05.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.11.2017: “...*Nama ifaya izin, giderleri yüklenici tarafça karşılanmak üzere onun yerine geçerek inşaatın sözleşmeye uygun tamamlanmasıdır.*”.

²²⁵ **Altınkan**, s. 148; **Ayan**, Serkan, s. 174 vd.; **Büyükay**, s. 229; **Erman**, İnşaat, s. 98-99; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 671; **Kurt**, s. 196; **Nomer**, s. 283-284; **Öz**, İnşaat, s. 153; **Şahin**, s. 242 ve 249; **Yener**, Temerrüt, s. 57-58.

²²⁶ Y. 15. HD, E. 2004/2905, K. 2005/172, T. 24.01.2005, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.11.2017: “*Davacı yüklenici tarafından tescil davasına konu edilen, dava konusu inşaatın zemin katında bulunan 15 nolu bağımsız bölüm dükkanın yanlar arasındaki sözleşme gereği, davacı yükleniciye ait olduğu ihtilafsızdır. Davalı arsa sahibi davaya cevabında davacı yüklenici sözleşme gereği taahhüdünü yerine getirmediğinden, inşaatla*

Müteahhidin inşaatı tamamlamadan terk etmesi halinde, arsa sahibince masrafi müteahhide ait olmak üzere inşaatın bitirilmesi durumunda, inşaatı terk eden müteahhidin karşı edim olan arsa paylarının devrini arsa sahibinden talep edebilmesi ise mümkündür²²⁷.

İnşaatın arsa sahibince ya da üçüncü bir kişi tarafından tamamlattırılması için inşaatın müteahhidin şahsen ifa etmesi gereken bir borç olmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan eserin yapımının özel uzmanlık ve bilgi gerektirmesi halinde; TBK'nın 113. maddesinin uygulanması arsa sahibinin

birçok eksik iş bırakıp, gecikmeye de neden olduğundan, eksiklerin ikmal ve zararlarına karşılık teminat olarak bırakılan 15 nolu dükkanı, kendisinin sattığını kabul etmiştir. Yanlar arasında daha sonra düzenlenen 12.5.1999 tarihli protokole göre, protokolde eksik olduğu bildirilen 5 kalem işin ikmal halinde yükleniciye ait dükkan veya 6 nolu dairenin tapusu verilecek, binada yapılacak işler 1 ay içinde ikmal edilerek iskan ruhsatı da yine 1 aylık süre içinde alınacaktır. Yüklenici tarafından, binaya iskan ruhsatının alınmadığı sabit olup, eksik işlerin varlığı ve teslimde gecikme de ihtilafsız olduğundan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle davalı arsa sahibi teminat olarak tutulan 15 nolu bağımsız bölümü 3.kişiye devrederek, eksik işler bedeli iskan alım masrafları ve zararlarını karşılamakta, diğer bir deyişle nama ifa yoluna başvurmakta haklıdır.”; Y. 15. HD, E. 2001/988 E, K. 2001/3298, T. 18.06.2001, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 04.11.2017: “...davacı yüklenicinin inşaatı terk ettiği aşama belirlenerek yüzde olarak ne oranda ikmal ettiği saptanmalı, inşaattan el çektiği tarih itibariyle inşaatın eksik bırakılan kısmının bedeli ile davacı namına satılarak bedeli inşaata sarf edilen 3 adet dairenin de aynı tarih itibariyle satış bedelleri araştırılarak satış bedellerinin eksik bırakılan işleri karşılayıp karşılamadığı araştırılmalı, sonuca göre tescili talep edilen 4 adet daire yönünden bir karar verilmelidir.”; Y. 15. HD, E. 1988/2909, K. 1989/1783, T. 06.04.1989, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 04.11.2017: “Bu aşamada mahkemece yapılacak iş, davacıların temerrüde düşükleri tarihteki rayiç fiyatlara göre eksik iş bedellerini saptamak, bu bedelin davalılara ödenmesi kaydı ile sözleşme gereğince davacılarca verilmesi gereken arsa payının tesciline ve böylece birlikte ifaya karar vermekten ibarettir.”; Y. 15. HD, E. 1981/2098, K. 1981/2240, T. 12.11.1981, www.hukuktürk.com, Erişim Tarihi: 04.11.2017: “O halde, mahkemece yapılacak iş, uzman bilirkişiler aracılığı ile yerinde inceleme yapılarak davacı yüklenicinin davalı arsa sahiplerine vermesi gereken ve uyumsuzluk konusu bulunmayan bağımsız bölümlerle, ortak yerlerde mevcut kusurlu ve eksik işleri saptamak, bunların yapıldığı tarihteki parasal değerleri biçilmek ve davalı arsa sahiplerine ait daire ve işyerlerine düşen değerlerin tamamı ile ortak yerlerdeki noksan ve kusurlu işlerden davalıların payına düşen miktarının parasal değeri olan tazminatın davacı yükleniciden alınarak davalı arsa sahiplerine ödenmesine ve davacıya düşen dava konusu bağımsız bölümlerin davacı adına tesciline ve bunların aynı anda yerine getirilmesine karar vermekten ibarettir.”.

²²⁷ Y. 15. HD, E. 2001/988, K. 2001/3298, T. 18.06.2001, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “Davacı yüklenicinin inşaatı terkettiği aşama belirlenerek, yüzde olarak ne oranda ikmal ettiği saptanmalı, inşaattan el çektiği tarih itibariyle eksik iş bedeli ile yüklenici namına satılarak bedeli inşaata sarf edilen üç dairenin de aynı tarih itibariyle satış bedelleri araştırılarak, bu bedellerin eksik işleri karşılayıp karşılamadığı belirlenip sonucuna göre tescili istenen daireler yönünden bir karar verilmelidir.”; Y. 15. HD, E. 1981/2098, K. 1981/2240, T. 12.11.1981, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “... mahkemece yapılacak iş, uzman bilirkişiler aracılığı ile yerinde inceleme yapılarak davacı yüklenicinin davalı arsa sahiplerine vermesi gereken ve uyumsuzluk konusu bulunmayan bağımsız bölümlerle, ortak yerlerde mevcut kusurlu ve eksik işleri saptamak, bunların yapıldığı tarihteki parasal değerleri biçilmek ve davalı arsa sahiplerine ait daire ve iş yerlerini düşen değerlerin tamamı ile ortak yerlerdeki noksan ve kusurlu işlerden davalıların payına düşen miktarının parasal değeri olan tazminatın davacı yükleniciden alınarak davalı arsa sahiplerine ödenmesine ve davacıya düşen dava konusu bağımsız bölümlerin davacı adına tesciline ve bunların aynı anda yerine getirilmesine karar vermekten ibarettir.”.

sözleşmeyle güttüğü amacına aykırı sonuçlar doğuracaksa, artık arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi gerekecektir²²⁸. Ancak, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan eserin yapımında müteahhidin kimliğinin önem taşıdığı kabul edilse de, günümüzün teknik gelişmeleri dikkate alındığında özellikle konusu mesken niteliğinde olan eserin yapımının özel uzmanlık ve bilgi gerektirmesi hali, çok sık rastlanılan bir durum değildir²²⁹.

B. Gecikme Tazminatı Talebi ve Kapsamı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan sürede yapının teslim edilememesi, arsa sahibinin bir takım zararlarla karşı karşıya kalmasına sebep olmaktadır. Söz konusu zararların doğmasında müteahhit kusurlu ise, zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu noktada aynen ifa ve gecikme tazminatı birbirinden ayrılmaktadır. Aynen ifa talebi bakımından kusur şartı aranmazken, gecikme tazminatı bakımından ise müteahhidin kusurlu olması gerekmektedir. Buna göre, müteahhit kusurunun bulunmadığını ispatlaması halinde ancak gecikme tazminatından kurtulabilecektir²³⁰. Gecikme tazminatının talep edilebilmesi için, kusur dışındaki bir diğer unsur ise zarardır. Yani, gecikmenin arsa sahibinin malvarlığında bir zarara yol açmış olması ve bu zarar ile gecikme arasında illiyet bağı bulunması şarttır²³¹. Kusur bakımından ispat yükü müteahhide aitken, zarar bakımından ispat yükü arsa sahibine aittir²³².

Arsa sahibinin gecikme nedeniyle uğrayabileceği zararları; fiili zararlar ile yoksun kalınan kazanç şeklinde ayırmak mümkündür. Fiili zararlar, arsa sahibinin edimi zamanında elde edeceği düşüncesiyle yaptığı masraflardır. Sözleşmenin yapılması için katlanılan masraflar, gecikme yüzünden arsa sahibinin kira ödemesi, faiz ödemeleri veya üçüncü kişilere olan yükümlülüklerini yerine getirememesinden kaynaklanan zararlardır. Arsa sahibinin gecikme yüzünden yoksun kaldığı kazançlar ise, müteahhidin ifadaki temerrüdü sebebiyle

²²⁸ Dayınlı, s. 65; Erman, İnşaat, s. 57.

²²⁹ Altınkan, s. 148-149; Kurt, s. 198 vd.; Şahin, s. 244; Yener, Temerrüt, s. 57.

²³⁰ Altınkan, s. 149; Ayan, Mehmet, s. 376; Ayan, Serkan, s. 184-185; Buz, Dönme, s. 104-105; Büyükay, s. 230; Dirican, s. 49; Eren, Genel, s. 1102; Kılıçoğlu, Genel, s. 672; Kurt, s. 209-210; Nomer, s. 285; Oğuzman/Öz, s. 498-499; Öz, İnşaat, s. 154; Şahin, s. 254; Yakuppur, s. 101; Yener, Temerrüt, s. 59.

²³¹ Altınkan, s. 149; Ayan, Serkan, s. 185; Büyükay, s. 230; Eren, Genel, s. 1102; Kılıçoğlu, Genel, s. 672; Kurt, s. 209-210; Öz, İnşaat, s. 155; Şahin, s. 253; Yakuppur, s. 99; Yener, Temerrüt, s. 60.

²³² Altınkan, s. 149; Ayan, Serkan, s. 185; Eren, Genel, s. 1104; Kılıçoğlu, Genel, s. 672; Kurt, s. 210.

arsa sahibinin kaçırdığı fırsatlar, elde edemediği kira geliri kaybı²³³ veya eserin değerinin ifa zamanında yerine getirilseydi daha yüksek olacak olması gibi zararlardır²³⁴.

Müteahhidin temerrüde düşmesi karşısında, arsa sahibi ayrıca ilave bir süre vermeksizin aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilecektir. Süre tayini, arsa sahibinin aynen ifa dışındaki seçimlik haklarından birini kullanabilmesi için gereken bir koşuldur. Ancak, müteahhide süre veren arsa sahibinin sürenin sonunda aynen ifaden vazgeçtiğini derhal bildirmemesi durumunda da kural olarak halen aynen ifayı talep ettiği kabul edilmektedir²³⁵.

Arsa sahibinin talep edebileceği gecikme tazminatı; müteahhidin temerrüdünün doğumu ile temerrüdün ortadan kalktığı süre ile sınırlıdır²³⁶. Temerrüdün ortadan kalkmasını; ifanın gerçekleşmesi, ifanın objektif olarak imkânsızlaşması, arsa sahibinin temerrüde düşmesi, tarafların anlaşarak temerrüde son vermeleri, müteahhidin ödemezlik def'ine dayanması gibi durumlar oluşturmaktadır. Tarafların aralarında anlaşarak gecikme tazminatı bakımından götürü bedel, azami ve asgari sınırlar belirlemeleri mümkündür. Gecikme tazminatı bakımından götürü bedel belirlenmesi, aylık belirli bir miktar paranın kararlaştırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

²³³ Y. 15. HD, E. 1998/2575 E, K. 1998/2961, T. 02.07.1998, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 04.11.2017: “Kira kaybı, kural olarak, eserin sözleşmeye göre teslimi gereken tarihten, ifanın tam olarak yerine getirildiği tarihe kadar olan süre için istenebilir. Örneğin iş sahibi, yükleniciye teslim için bir süre vermişse, süre tanıyan ihtarnamenin yükleniciye tebliğ edildiği tarihe tanınan süre eklendikten sonra saptanan tarihten dava tarihine kadar olan süre için kira kaybı istenebilir.”.

²³⁴ Altınkan, s. 150; Ayan, Serkan, s. 187-188; Dayınlarlı, s. 96; Dirican, s. 48-49; Kılıçoğlu, Genel, s. 672; Kurt, s. 210-211; Oğuzman/Öz, s. 497-498; Öz, İnşaat, s. 155; Şahin, s. 255-258; Yakuppur, s. 100; Yener, Temerrüt, s. 60.

²³⁵ Dayınlarlı, s. 94; Erman, İnşaat, s. 78; Yener, Temerrüt, s. 59; Y. 15. HD, E. 1989/750, K. 1989/4849, T. 20.11.1989, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 04.11.2017: “... davacı arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdüne rağmen, seçimlik hakkını aktin ifasının doğrultusunda kullanmış ve sözleşme gereğince kendisine düşen diğer bağımsız bölümleri teslim almıştır. Bundan sonra irade bildirimini değiştirerek dava konusu sonuncu daireyi teslim almaktan kaçınamayacağı gibi, davalının kabul etmediği bir çözüm olarak tapusunun ferağı karşısında olsa dahi satış bedelinin ödetilmesini isteyemez.”.

²³⁶ Altınkan, s. 150; Ayan, Serkan, s. 188 – 189; Kılıçoğlu, Genel, s. 672; Kurt, s. 213; Öz, Dönme, s. 160; Oğuzman/Öz, s. 499; Şahin, s. 252: “Gecikme tazminatı sadece aynen ifanın istenebileceği sürece istenebilir.”.

C. Cezai Şart Talebi ve Kapsamı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde çok sık rastlanılan bir durum da, müteahhidin temerrüde düşmesi halinde, tarafların bir sözleşme hükmü ile müteahhidin cezai şarttan sorumlu olacağını düzenlemeleridir. Cezai şart hükümleri Borçlar Kanunu'nun 179-182. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Gecikmeden doğan zarar dolaylı bir zarar olup, belirlenmesi oldukça güç olduğundan, inşaat sözleşmelerinde gecikme tazminatı yerine cezai şart uygulaması yaygınlık kazanmıştır. Sözleşme cezası olarak da tabir edilen cezai şart, sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi, eksik ifa edilmesi ya da hiç ifa edilmemesi, zamanında veya gereken yerde ifa edilmemesi durumlarında, müteahhidin arsa sahibine bir miktar para ödemeyi sözleşme hükmüyle taahhüt etmesidir²³⁷.

Müteahhidin edimini hiç veya eksik ifa etmesi halinde, TBK m. 179/1 hükmü gereğince arsa sahibi sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadıkça cezai şartın ödenmesi ya da ifanın gerçekleştirilmesi taleplerinden birini seçebilecek, her ikisini birden talep edemeyecektir²³⁸. Uygulamada en çok karşılaşılan cezai şart türü ise gecikme cezasıdır. TBK m. 179/2 hükmü gereğince, arsa sahibi ifanın zamanında veya gereken yerde ifa edilmemesi halinde, hem

²³⁷ **Altınkan**, s. 150-151; **Ayan**, Serkan, s. 193; **Cansel**, Erol/**Özel**: “Çağlar, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sa. 8, 2013, S. 713-733, s. 724; **Dirican**, s. 63; **Kurt**, s. 210; **Öz**, İnşaat, s. 156; **Yakuppur**, s. 102; **Yener**, Temerrüt, s. 61; Bu cezai şart türü, ifaya eklenen bir cezai şart türüdür. Sözleşmeyle kararlaştırılması mümkün olan diğer cezai şart türleri ise ifa yerine geçen cezai şart ve dönme cezası şeklinde düzenlenen cezai şart türleridir. Müteahhidin temerrüde düşmesi durumunda arsa sahibinin aynen ifa ile birlikte cezai şartı da talep edilebilmesi, cezai şart hükmünün ifaya eklenen cezai şart olarak sözleşmede düzenlenmiş olmasına bağlıdır. TBK'nın 179/I maddesiyle düzenlenen ifa yerine geçen cezai şart ise, alacaklının kural olarak ya edimi ya da cezai şartı talep edebileceği bir cezai şart türüdür. Buna göre, sözleşmede ifa yerine geçen cezai şartın düzenlenmiş olması halinde, alacaklının cezai şartı talep edebilmesi için aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmin edilmesini talep etmesi gerekmektedir: **Ayan**, Serkan, s. 195; **Cansel/Özel**, s. 722 vd.; **Dirican**, s. 28-29; Bir başka cezai şart türü olan dönme cezası ise sözleşmeden haklı bir sebep olmaksızın dönen tarafın sözleşmeyle belirlenen bir bedeli diğerine ödemeyi taahhüt etmesidir: **Ayan**, Serkan, s. 195; **Cansel/Özel**, s. 725-726; **Dirican**, s. 31.

²³⁸ Y. 15. HD, E. 1989/1024, K. 1989/4780, T. 14.11.1989, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “... Taraflar arasındaki sözleşmenin 13. maddesinde sözleşme hükümlerine uymayan tarafın diğer tarafa 1.000.000.-TL. ceza ödeyeceği kabul edilmiştir. 15. madde ise inşaatın ikmal ve tesliminin gecikmesi halinde yüklenicinin beher gecikme ayı için 100.00.-TL. ödeyeceği yazılıdır. Davacı akdın feshi yoluna gitmeyip eseri teslim aldığına göre ancak BK. 158/II md. hükmü gereğince sözleşmenin 15. maddesinde yazılı bulunan ifaya ekli cezayı isteyebilir. Mahkemenin bu yönü gözetmeksizin hem ifaya elenen cezaya, akdın feshine bağlı olması gereken 1.000.000.-TL. lık seçimlik cezaya hükmetmesi yanlıştır.”.

ifanın gerçekleştirilmesini hem de cezanın ödenmesini aynı anda isteyebilecektir²³⁹. Bu cezai şart türünde, arsa sahibi zararını ispat yükümlülüğünde olmaksızın²⁴⁰, gecikilen süre karşılığı olarak belirlenen miktarda paranın, kusurlu olmadığını ispat edemeyen²⁴¹ müteahhit tarafından arsa sahibine ödenmesi söz konusudur. Bu süre, gün, hafta, ay, yıl şeklinde kararlaştırılabilir²⁴².

Cezai şart hükmü ile belirlenecek ceza tutarının taraflarca serbestçe kararlaştırılması mümkündür. Ancak, TBK m. 182/3 hükmü gereğince, açıkça adalete aykırı bulunan miktarların hakim tarafından makul bir düzeye indirilmesi gerekir. Müteahhidin basiretli bir tacir olması halinde ise, kural olarak cezai şartın makul bir miktara indirilmesi def'ini ileri süremeyeceği kabul edilmektedir²⁴³. Buna rağmen, dürüstlük kuralı ile ahlak ve adaba aykırı

²³⁹ **Altınkan**, s. 151; **Cansel/Özel**, s. 724-725; **Dirican**, s. 64; **Kurt**, s. 225; **Öz**, İnşaat, s. 156; **Yakuppur**, s. 105; **Yener**, Temerrüt, s. 61.

²⁴⁰ Cezai şartın talep edilebilmesi için arsa sahibinin zararını ispat yükünde olmadığına ilişkin bkz.: **Ayan**, Serkan, s. 199; **Büyükay**, s. 230; **Cansel/Özel**, s. 727; **Dirican**, s. 71; **Erman**, İnşaat, s. 87; **Kurt**, s. 224; **Şahin**, s. 322; **Yakuppur**, s. 108; **Yener**, Temerrüt, s. 61.

²⁴¹ Kusurlu olmadığını ispat edemeyen müteahhidin cezai şarttan sorumlu olacağına ilişkin bkz.: **Öz**, İnşaat, s. 156; **Kurt**, s. 223-224; **Büyükay**, s. 231; **Cansel/Özel**, s. 729; **Dayınlarlı**, s. 132; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 72; **Yakuppur**, s. 103; **Yener**, Temerrüt, s. 61; Y. 15. HD, E. 1996/6551, K. 1996/6962, T. 25.12.1996, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: "İşin uzmanı olan yüklenicinin sözleşmenin yapıldığı tarihte her yıl için var olan sezonluk çalışma yasağını bilmemesi ve bunu gecikme nedeni olarak savunması, herhalde kabul edilemez. Ancak, sözleşmenin yapıldığı tarihte olmayan ve daha sonra konulan çalışma yasağı nedeniyle de yükleniciye bir kusur atfetmek doğru olmaz."

²⁴² **Altınkan**, s. 151; **Ayan**, Serkan, s. 199; **Dayınlarlı**, s. 132; **Dirican**, s. 99 vd.; **Erman**, İnşaat, s. 89; **Kurt**, s. 224; **Öz**, İnşaat, s. 156; **Şahin**, s. 322; **Yakuppur**, s. 105; **Yener**, Temerrüt, s. 61; **Büyükay**, s. 230: Yazar, karşı görüşte olup, cezai şartın talep edilebilmesinin, borçlunun kusuruna bağlı olmadığını savunmuştur.

²⁴³ **Altınkan**, s. 152; **Büyükay**, s. 231; **Cansel/Özel**, s. 731-733; **Dirican**, s. 185 vd.; **Kurt**, s. 216; **Öz**, İnşaat, s. 156-157; **Yakuppur**, s. 106; **Yener**, Temerrüt, s. 62; Y. 23. HD, E. 2013/8243, K. 2014/1011, T. 13.02.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: "6098 Sayılı T.B.K.nın 161. maddesine göre, hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, hüküm yerinde hesaplanan cezai şartın ne surette fahiş olduğu açıklanmadığı gibi, 6102 Sayılı T.T.K.nın 22. maddesi uyarınca tacir olan davalının cezai şartın tenkisini istemesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden, cezai şarttan indirim yapılması yoluna gidilmesi de hatalı olmuştur."; Y. 15. HD, E. 1993/5803, K. 1994/3856, T. 13.06.1994, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: "Taraflar eserin tamamlanmaması nedeniyle gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını, önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler. Bu yoldaki anlaşma geçerli olup tarafları bağlar. Bu tazminatın cezai şart kabul edilip indirim yapılması doğru olmadığı gibi mahkemenin kabul ettiği şekilde gecikme cezası olarak nitelendirilirse bile davalı yüklenici tacir olduğundan TTK m.24 gereğince cezai şartın fahiş olduğundan bahisle indirilmesini isteyemez. Öte yandan yapılan işin kapsamı ve gecikilen süreye göre belirlenen kira tazminatının davalı yüklenicinin ekonomik yıkımına mucip olacak derecede ağır ve haksız bu nedenle BK m.19-20 maddeleri gereğince ahlak ve adaba MK m.2 gereğince dürüstlük kuralına aykırı olduğu da kabul edilemez."

biçimde müteahhidin mahvına neden olacak aşırı ve ağır şekilde yüksek belirlenmiş cezai şart düzenlemelerinin Yargıtay geçerli olmayacağına hükmetmektedir²⁴⁴.

Gecikme cezası olarak belirlenen cezai şartın sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kural olarak ihtara gerek olmaksızın teslim gününün geçmesiyle işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir²⁴⁵. Sözleşmenin geçersiz olması halinde, o sözleşmede bulunan cezai şart da geçersiz olacaktır²⁴⁶. Ancak, Yargıtay, taşınmaz satışına ilişkin şekil şartına uyulmadan yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde mevcut olan şahsi hakları düzenleyen şartlar ile cezai şart hükümlerinin taraflar arasında geçerli olacağı yönünde kararlar vermektedir²⁴⁷. Öte yandan, arsa sahiplerinden daire satın almış üçüncü kişiler de, sözleşmeden doğan haklara alacağın temlik hükümleri uyarınca halef olduklarından müteahhidin temerrüde düşmesi durumunda oluşan zararları müteahhitten talep edebilirler²⁴⁸. Erman²⁴⁹, bu konuda bir ayrırma

²⁴⁴ Y. 15 HD, E. 1996/1587, K. 1996/1961, T. 08.04.1996, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “Yanlar arasındaki sözleşmenin 20. Maddesinde kararlaştırılan fesih halinde yüklenicinin hiçbir talepte bulunamayacağına ve o ana kadar yaptığı imalatı da arsa sahibine bırakacağına dair dönme cezası yüklenicinin mahvına neden olması nedeniyle ahlak ve adaba aykırı olup, BK m. 20/2 gereğince mutlak butlanla batıldır.”.

²⁴⁵ **Dayınlarlı**, s. 132; **Kurt**, s. 215; **Yakuppur**, s. 103; **Yener**, Temerrüt, s. 62; Y. 15. HD, E. 1996/665, K. 1996/1346, T. 13.03.1996, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “... mahkemece inşaattaki eksiklerin 1,5 ayda tamamlanabileceğinden hareketle bu müddetle sınırlı olarak cezai şarta hükmedilmiştir. Bu görüş Dairemizin eski içtihatlarına uygun ise de; H.G.K.'nun 9.10.1991 gün, 1991/15 - 340 E. 1991/467 K. sayılı kararı ile cezai şartın bu süreyle sınırlı olarak değil, teslim tarihine kadar indirim yapılmadan ödenmesi gerektiği kabul edilmiş ve Dairece de bu karar benimsenerek eski içtihatlardan dönülmüştür. Bu durum karşısında gecikmeden dolayı talep edilen cezai şartın hesabında eksik işlerin ikmali için gereken süre kadar değil, işin teslimi gereken tarih ile fiilen teslim edildiği tarihler arasındaki sürede yüklenicinin kusuruna isabet eden gecikme kadar cezai şarta hükmedilmesi icabetmektedir.”.

²⁴⁶ Y. 15. HD, E. 1978/1898, K. 1978/2199, T. 20.11.1978, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 05.11.2017: “Geçersiz bir sözleşmede yer alan cezai şart da geçersiz olacağından davanın kabulü ile... ceza şartının ödetirilmesine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”.

²⁴⁷ Y. 3. HD, E. 1988/6897, K. 1989/1319, T. 06.02.1989, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “... taraflar arasındaki sözleşmenin taşınmazların satışına ilişkin yasal şartlara uygun olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, sözleşmenin taraflar arasında şahsi hakka değinen şartlar geçerli olup, taşınmazın mülkiyetinin devrine ilişkin şekli koşulun gerçekleşmemiş olması cezai şartın taraflar arasında geçerliliğini etkilemez.”; Y. 13. HD, E. 1973/1137, K. 1973/1081, T. 25.12.1973, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “Taahhütnamede satılan arsa payına düşen bölüm üzerinde yapılacak inşaatın şartlar tesbit edilmiş olduğuna göre, taahhütname ve ona bağlı cezai şartı geçerlidir.”.

²⁴⁸ Y. 15. HD, E. 2002/623, K. 2002/1220 T. 19.3.2002, YKD, 2002, Sa. 10, s. 1538-1540, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “Davacıardan Beyhan, inşaat sözleşmesi gereğince arsa sahiplerine verilmesi gereken (7) nolu daireyi arsa sahiplerinden satın almış olmakla onların bu daireyle ilgili sözleşmeden doğan haklarına alacağın temlik hükümleri uyarınca halef olmuştur (BK. 162. md.). Bu nedenle (7) nolu dairenin sözleşmede kararlaştırılan surede teslim edilmemesi sonucu uğradığı kira kaybı zararını davalı yükleniciden istemekte haklıdır. Mahkemenin, Beyhan'ın arsa sahibi olmadığından 7 nolu bağımsız bölüm için sözleşme hükmünde yer alan kira parası hesabı yapılmadığını belirten bilirkişi raporuyla bağlı kalarak adı gecenin kira alacağının reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”.

giderek, müteahhidin inşaatın elini çekmediği sürece arsa sahibinin aynen ifaden vazgeçip diğer seçimlik haklarını kullanıncaya kadar cezai şartı talep hakkının devam ettiğini kabul etmekle birlikte, müteahhidin inşaatı tamamlamayacağını açıkça bildirmesi veya inşaatı terk etmesi durumunda, arsa sahibinin müteahhit nam ve hesabına inşaatı tamamlatma imkanına sahip olması nedeniyle en geç inşaatın bitirilmesi için gereken süre sonuna kadar cezai şartı talep edebileceğini kabul etmektedir.

Cezai şart bakımından sözleşmede bir üst sınıрын belirlenmemesi karşısında, arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanmasını geciktirmesi yüzünden cezai şart miktarının artacağı şüphesizdir. Artan bu cezai şartın müteahhidin tacir olduğu durumlarda makul bir miktara indirilmesi de mümkün olmayacaktır. İşte, arsa sahibinin bilinçli olarak cezai şart miktarını yükseltmek için diğer seçimlik haklarını kullanmaması ve aynen ifade ısrar etmesi durumu, TMK'nın 2. maddesine aykırılık teşkil edecek niteliğe ulaşırsa, cezai şart miktarının dürüstlük kuralı gereğince indirilmesi uygun olacaktır²⁵⁰. Yargıtay 1991 yılına kadar aynı görüşteyken, 09.10.1991 tarih, 1991/15-340 Esas ve 1991/476 Karar numaralı Hukuk Genel Kurulu kararıyla bu görüşünden dönmüştür. Buna göre Yargıtay, uzun süre aynen ifayı bekleyen arsa sahibinin beklediği döneme ilişkin cezai şart bedelini talep etmesinde hukuka aykırılık görmemektedir²⁵¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflarca aksine bir hüküm kararlaştırılmadıkça arsa sahibinin seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, gecikme cezası şeklinde kararlaştırılan cezai şart bedelini talep

²⁴⁹ **Erman**, İnşaat, s. 94; karşı görüş için bkz. **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 74; **Öz**, Dönme, s. 180.

²⁵⁰ **Altınkan**, s. 152; **Dirican**, s. 97-99; **Büyükcay**, s. 231; **Cansel/Özel**, s. 731-733; **Erman**, İnşaat, s. 90-94; **Kurt**, s. 233 vd.; **Öz**, İnşaat, s. 157-158; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 76; **Şahin**, s. 336 vd.; **Yakuppur**, s. 106-107; **Yener**, Temerrüt, s. 63 vd.

²⁵¹ YHGK, E. 1991/15-340, K. 1991/467, T. 09.10.1991, YKD, 1992, Sa. 1, s. 33-42, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 05.11.2017: "Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan sözedebilmek için de, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayıp somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması" gerekir. Diğer taraftan kusuru belirlerken alınan objektif ölçü burada da geçerlidir. Davacının, zararın nedeni olan işin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına veya artmasına neden olması kanıtlanmamıştır."

edemeyeceği kabul edilmelidir²⁵². Ancak, sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedilmesi durumunda ise, sözleşme ayakta kaldığı için fesih anına kadar gerçekleşen cezai şartın da talep edilebileceği kabul edilmektedir²⁵³.

Arsa sahibinin cezai şart isteme hakkını saklı tutmaksızın eseri teslim alması halinde, sözleşmede, ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin arsa sahibinin eseri kabul etmesinin gecikme nedeniyle cezai şarttan vazgeçmiş olacağı anlamına gelmediğine ilişkin hüküm taraflarca kararlaştırılmadıkça, arsa sahibi cezai şartı talep etme hakkını kaybedecektir²⁵⁴.

Arsa sahibinin gecikmeden doğan zararının sözleşmedeki cezai şart hükmüyle belirlenen miktardan az olması, cezai şart bedelinin tam olarak talep edilebilmesine engel değildir. Buna karşın, arsa sahibinin sözleşmedeki cezai şart hükmüyle belirlenen ceza

²⁵² Altınkan, s. 153; Ayan, Serkan, s. 193; Büyükay, s. 232; Dirican, s. 78 vd.; Gökyayla, s. 346; Kurt, s. 226; Öz, İnşaat, s. 156; Şahin, s. 321; Yener, Temerrüt, s. 65; Y. 15. HD, E. 2005/7960, K. 2006/1539, T. 20.03.2006, YKD, 2006, Sa. 7, s. 1108-1110, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “Davacı arsa sahipleri sözleşmeyi haklı nedenlerle feshetmiş olduklarından varsa menfi zararları ve yapılan fazla ödemelerin tahsilini isteyebilirler. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça akdin feshi halinde müspet zararların akdi fesheden tarafça istenmesi mümkün değildir. Yanlar arasında düzenlenen sözleşmenin dördüncü sahifesinde gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel ve cezayı aşan gecikme tazminatı ifaya bağlı müspet zarar kapsamındadır ve akdin feshi halinde dahi istenebileceğine dair sözleşmede hüküm bulunmamaktadır. Bu hale göre sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı ve akdin feshi de talep edilip feshetme karar verildiğinden gecikme tazminatına dayanan alacak isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamıştır.”

²⁵³ Altınkan, s. 153; Ayan, Serkan, s. 193; Büyükay, s. 232; Dayınlarlı, s. 136; Kurt, s. 226; Şahin, s. 321; Yener, Temerrüt, s. 66-67; Y. 15. HD, E. 1998/2081, K. 1998/2403, T. 04.06.1998, YKD, 1998, Sa. 12, s. 1792-1794, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “Yüklenicinin kendi kusuru ile işi belli zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlık, kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri çerçevesinde çözümlenir ise de; olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MKnün 2. maddede hükmü gözetilerek sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur biçimde feshine karar verilebilir. Akdin ileriye etkili feshi halinde, sözleşmede belirtilen cezai şarta hükmedilir, geriye etkili fesih durumunda ise cezai şart isteği reddedilir.”; Y. 15. HD, E. 1988/866, K. 1988/2520, T. 04.07.1988, YKD, 1990, Sa. 2, s. 257-271, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “Somut olayda; eserin tamamlanarak teslim edileceği tarih kesin biçimde kararlaştırılmış olduğundan, davalı ve karşılık davacının yükleniciye sözleşmenin yerine getirilmesi için ayrıca bir süre tanınmasına veya uygun bir sürenin belirlenmesi için hâkimden istekte bulunmasına gerek yoktur. Sözleşmenin ortadan kaldırılması [fesh edilmesi], ortadan kaldırma gününe kadar kira ödencesinin [tazminatının] ödetilmesine engel değildir.”

²⁵⁴ Altınkan, s. 153; Ayan, Serkan, s. 195; Cansel/Özel, s. 730-731; Dayınlarlı, s. 136-137; Dirican, s. 73 vd.; Erman, İnşaat, s. 94-95; Kurt, s. 221; Şahin, s. 330 vd.; Yakuppur, s. 105; Yener, Temerrüt, s. 67; Y. 15. HD, E. 2004/4535, K. 2005/2134, T. 08.04.2005, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: “Uyuşmazlık konusu iş davacının binasına yapılmış ve davacı tarafından 19.3.1999'da delil tesbiti talep edilmiştir. Bu itibarla eserin bu tarih itibarıyla iş sahibince teslim alındığının kabulü zorunludur. Bu tarihten sonra davacı 2.10.2000 tarihine kadar sessiz kalmış, aynı tarihte çektiği ihtarla cezai şartın tahsilini istemiştir. Teslim tarihi ile ihtarın düzenlendiği tarih arasında 19 aya yakın bir süre geçmiş ve bu süre içinde eser teslim alınmasına rağmen ihtirazi kayıt ileri sürülmemiştir. Uzun bir süreden sonra dermeyan olunan ihtirazi kaydın süresinde yapıldığı kabul edilemeyeceğinden BK.nun 158/2. maddesi uyarınca eserin teslimi sırasında ceza isteme hakkını saklı tutmayan davacı cezai şart talep imkanını kaybetmiştir.”

miktarından daha fazla zararının bulunması halinde ise, müteahhidin gecikmede kusurlu olduğunun arsa sahibince ispatlanması durumunda arsa sahibinin tüm zararını talep edebileceği kabul edilmelidir²⁵⁵.

III. ARSA SAHİBİNİN İFA YERİNE TAZMİNAT TALEBİ

A. Genel Olarak

Müteahhidin temerrüdü halinde, arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklardan biri de, vereceği uygun süre içinde inşaatın tamamlanmaması halinde aynen ifadan derhal vazgeçtiğini müteahhide bildirerek müspet (olumlu) zararının tazminini talep etmektir. Uygun süre tayini ile ifa yerine müspet zararının tazmininin isteneceği irade açıklaması aynı zamanda yapılabilir²⁵⁶. Aynen ifa ve gecikme tazminatı seçimlik haklarından vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi durumunda, sözleşme ortadan kalkmayacak, arsa sahibinin ifayı talep hakkının yerini müspet zararın tazminine dair talep hakkı alacaktır²⁵⁷.

Arsa sahibinin TBK'nın 125. maddesiyle tanınan seçimlik haklarını kullanabilmesi için, ek süre verilmesini gerektirmeyen bir durum olmadığı sürece ve aksi taraflarca

²⁵⁵ Altınkan, s. 153; Ayan, Serkan, s. 199; Büyükay, s. 230; Dirican, s. 123 vd.; Erman, İnşaat, s. 97-97; Kurt, s. 224-225; Şahin, s. 350 vd.; Yakuppur, s. 108; Yener, Temerrüt, s. 68-69; Y. 15. HD, E. 1995/6740, K. 1996/1323, T. 13.03.1996, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: "Somut olayda yanlar sözleşmeyle cezanın ve zararın ayrı ayrı istenebileceğini kararlaştırmamıştır. Kural olarak zararın cezadan az olması halinde ceza ile birlikte zarar istenemez ise de, ceza miktarından fazla olan zararın cezayı aşan miktarı talep edilebilir. Öyleyse, davacı arsa sahibi ceza miktarından fazla olan zararını, yani cezayı aşan zararını isteyebilecektir."; Y. 15. HD, E. 1998/1797, K. 1998/2279, T. 28.05.1998, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: "Gecikme halinde ödenmesi öngörülen daire başına 400.000.-TL. ise, ifaya ekli cezai şart olmayıp, kira (gecikme tazminatı) dır. Bu kira, maktu olarak tesbit edilmiş olup, daireler teslim edilene kadar arttırma (uyarlama) yapılmadan ödenecek demektir. Yani, davacının aylık kira geliri kaybı, bu miktarın üzerinde olsa dahi, daire başına aylık 400.000-TL`ndan fazlasını talep etme hakkı yoktur."; Y. 13. HD, E. 1982/5088, K. 1982/5709, T. 06.10.1982, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 05.11.2017: "Dairenin geç teslimi hali için sözleşmede öngörülen aylık 2000 lira kira bedeli, niteliği yönünden sözleşmenin belirli zamanda yerine getirilmemesi durumunda ödenmesi kararlaştırılmış bir ceza koşuludur. Alacaklının ceza koşulu yanında ayrıca zararı için ödence isteyebilmesi, borçlunun kusuru sonucu, kararlaştırılmış ceza koşulundan fazla bir zarara uğradığını kanıtlamasına bağlıdır."

²⁵⁶ Dayınlı, s. 139; Erman, İnşaat, s. 100; Yener, Temerrüt, s. 69.

²⁵⁷ Altınkan, s. 156; Ayan, Serkan, s. 229; Buz, Dönme, s. 109; Dirican, s. 59; Eren, Genel, s. 1117; Erman, İnşaat, s. 101; Kılıçoğlu, Genel, s. 704-705; Kurt, s. 257; Öz, Dönme, s. 181 vd.; Öz, İnşaat, s. 164; Reisoğlu, s. 387; Şahin, s. 266; Yakuppur, s. 109; Yener, Temerrüt, s. 69.

kararlaştırılmamışsa, müteahhide aynen ifayı gerçekleştirebilmesi için ek süre vermeli ve ek sürenin sona ermesiyle kullanmak istediği seçimlik hakkını derhal tercih etmelidir. Müteahhide inşaatı tamamlayarak teslim edebilmesi için arsa sahibince veya hakim tarafından verilecek olan ek sürenin uygun bir süre olması gerekmektedir²⁵⁸. Doktrinde verilecek uygun sürenin, inşaatın kalan kısmının normalin üzerinde bir tempoyla çalışmak suretiyle inşaatın tamamlanabileceği makul bir süre olduğu ileri sürülmüştür²⁵⁹.

TBK 124. maddede belirtilen beklenmeyen hallerin varlığı vukuunda ise, arsa sahibi süre vermeksizin aynen ifadan derhal vazgeçerek, müspet zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir²⁶⁰.

Müteahhidin hal ve durumundan ek süre verilmesinin yararsız olacağını anlaşılması halinde verilecek olan ek süre içerisinde inşaatın tamamlanamayacağı açıkça anlaşılıyorsa, arsa sahibi ek süre vermeksizin seçimlik haklarını kullanabilecektir. Müteahhidin borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi durumunda veya herhangi bir bildirimde bulunmaksızın inşaat alanını terk etmesi halinde, arsa sahibi süre vermeksizin aynen ifadan derhal vazgeçerek, müspet zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir²⁶¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflarca kesin vadenin kararlaştırıldığı durumlarda da, arsa sahibi ek süreye gerek olmaksızın seçimlik haklarını kullanabilir²⁶².

Öte yandan, inşaatla hiç başlanmamış olması ya da inşaatın büyük bir bölümünün yapılmamış olması hallerinde müteahhide inşaatı bitirebilmesi için uygun ek bir süre

²⁵⁸ Altınkan, s. 154; Ayan, Serkan, s. 217; Buz, Dönme, s. 107; Büyükkay, s. 233; Dirican, s. 54; Eren, Genel, s. 1111; Kılıçoğlu, Genel, s. 666-667; Kurt, s. 241; Oğuzman/Öz, s. 519; Öz, Dönme, s. 175; Öz, İnşaat, s. 160; Şahin, s. 218-219; Yakuppur, s. 85.

²⁵⁹ Ayan, Serkan, s. 217.

²⁶⁰ Altınkan, s. 155; Ayan, Mehmet, s. 383; Ayan, Serkan, s. 219; Buz, Dönme, s. 107-108; Büyükkay, s. 233; Dayınlı, s. 139; Dirican, s. 54 vd.; Eren, Genel, s. 1113 vd.; Erman, İnşaat, s. 101; Kılıçoğlu, Genel, s. 668; Kurt, s. 243; Nomer, s. 301; Oğuzman/Öz, s. 540; Öz, Dönme, s. 176; Öz, İnşaat, s. 161; Şahin, s. 221; Yakuppur, s. 87; Yener, Temerrüt, s. 69.

²⁶¹ Altınkan, s. 155; Ayan, Mehmet, s. 383; Ayan, Serkan, s. 219-220; Buz, Dönme, s. 108; Büyükkay, s. 233; Dirican, s. 54; Eren, Genel, s. 1113; Kılıçoğlu, Genel, s. 669; Kurt, s. 243-244; Nomer, s. 301; Oğuzman/Öz, s. 541; Öz, Dönme, s. 176; Öz, İnşaat, s. 161; Şahin, s. 222-223; Yakuppur, s. 88-89.

²⁶² Altınkan, s. 155; Ayan, Mehmet, s. 383; Ayan, Serkan, s. 221-223; Buz, Dönme, s. 108; Dirican, s. 55; Eren, Genel, s. 1114; Kılıçoğlu, Genel, s. 669-670; Kurt, s. 246-247; Nomer, s. 301; Oğuzman/Öz, s. 542-543; Öz, Dönme, s. 177; Öz, İnşaat, s. 162; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 104-105; Şahin, s. 226 vd.; Yakuppur, s. 91-92.

verilmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre ek süre verilmesinin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması halinde, arsa sahibi ek süre vermeden seçimlik haklarından birini kullanabilir²⁶³.

B. Müspet Zararın Kapsamı

Müspet zarar, müteahhidin ifayı zamanında ve gereği gibi yerine getirmesi halinde arsa sahibinin malvarlığının göstereceği durum ile mevcut fiili durum arasındaki fark olarak ifade edilebilir. Başka bir deyişle, müteahhidin sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle arsa sahibinin uğramış olduğu zararı ifade eder²⁶⁴.

Arsa sahibinin ifadan vazgeçerek müspet zararını talep etmesi durumunda, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermemekte, müteahhidin asıl ediminin yerini tazminat borcu almaktadır. Müspet zarar, arsa sahibinin ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi durumunda söz konusu olur. İnşaatın tamamlanması için gerekli bedel ve edimin ifasında yaşanan gecikme nedeniyle arsa sahibinin uğradığı her türlü zarar, müspet zarar kapsamına girmektedir. Müspet zararının tazminini isteyen arsa sahibinin, gecikmiş ifayı istemesi durumundan daha kötü bir duruma düşmemesi gerekir. Bu nedenle, müspet zararın hesap edilmesi aşamasında arsa sahibinin gecikme sebebiyle uğradığı zarar kalemleri de dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, arsa sahibi gecikme nedeniyle yoksun kaldığı kazancını, bu gecikme sebebiyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şart tutarını, yapılan harcamaları ve masrafları talep edebilecektir²⁶⁵.

Müspet zarar kapsamındaki zarar kalemlerinden biri de vazgeçilen edimin piyasa rayiç değeridir²⁶⁶.

²⁶³ Altınkan, s. 155; Ayan, Mehmet, s. 383; Ayan, Serkan, s. 221; Buz, Dönme, s. 108; Büyükay, s. 233; Dirican, s. 55; Eren, Genel, s. 1113; Kılıçoğlu, Genel, s. 669; Kurt, s. 244-245; Nomer, s. 301; Oğuzman/Öz, s. 541-542; Öz, Dönme, s. 177; Öz, İnşaat, s. 161-162; Şahin, s. 223 vd.

²⁶⁴ Altınkan, s. 158; Ayan, Serkan, s. 233; Buz, Dönme, s. 109; Eren, Genel, s. 1117; Kılıçoğlu, Genel, s. 705; Kurt, s. 257; Öz, İnşaat, s. 164; Şahin, s. 266; Yakuppur, s. 110; Yener, Temerrüt, s. 69.

²⁶⁵ Altınkan, s. 158; Ayan, Serkan, s. 240 vd.; Dayınlarlı, s. 140; Dirican, s. 59; Eren, Genel, s. 1117; Kılıçoğlu, Genel, s. 705; Kurt, s. 272 vd.; Yakuppur, s. 112; Yener, Temerrüt, s. 70.

²⁶⁶ Eren, Genel, s. 1117; Kılıçoğlu, Genel, s. 705.

Doktrinde bir kısım yazarlar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, inşaatın tamamlanabilmesi için gerekli masraflar ve gecikme tazminatı ile birlikte arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin rayiç değerinin de arsa sahibinin talep edebileceği müspet zarar kapsamında olduğunu savunmaktadır. Buna göre, edimin değerinin sonradan artması ya da düşmesi önemli olmayıp, teslimi gereken dairelerin aynen ifadan vazgeçildiği tarihteki rayiç değerlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, inşaat sözleşmeleri bakımından arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin rayiç değerinin de müspet zarar kapsamında olması gerektiği savunulmaktadır²⁶⁷.

Doktrinde bizimde katıldığımız diğer bir kısım yazarlar ise, inşaatın tamamlanması için gereken masrafların arsa sahibine verilmesi ve bu suretle inşaatın tamamlanmasıyla arsa sahibinin bağımsız bölümlerin maliki haline gelmesi nedeniyle, ayrıca bağımsız bölümlere ilişkin piyasa rayiç bedelinin de arsa sahibine verilmesinin, arsa sahibinin zenginleşmesi sonucunu doğuracağını savunmaktadır. Buna göre, gecikme nedeniyle uğranılan zararlar ile birlikte inşaatın tamamlanması için gerekli masraflar arsa sahibinin talep edeceği müspet zararın kapsamını oluşturmalı, bağımsız bölümlere ilişkin piyasa rayiç değerinin ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından müspet zararın kapsamında görülmemesi gerekmektedir²⁶⁸.

C. Müspet Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Arsa sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi halinde sözleşme ilişkisi sona ermediğinden, arsa sahibinin kendi edimini yerine getirmesi gerekecektir. Buna göre, arsa sahibinin kendi edimini yerine getirmeksizin müteahhide isabet eden dairelerin değerini düşerek zararını tazmin etme yönündeki talebi konusunda farklı teoriler bulunmaktadır²⁶⁹.

²⁶⁷ Erman, İnşaat, s. 102; Şahin, s. 267; Yener, Temerrüt, s. 70.

²⁶⁸ Altınkan, s. 158; Ayan, Serkan, s. 237; Kurt, s. 268.

²⁶⁹ Altınkan, s. 159; Ayan, Serkan, s. 233; Erman, İnşaat, s. 101; Kurt, s. 276-277; Oğuzman/Öz, s. 405 vd.; Şahin, s. 269; Yener, Temerrüt, s. 71.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müspet zararının tazminini talep eden arsa sahibinin kendi edimi olan arsa paylarını müteahhide devretmesinin gerekip gerekmeyeceği sorunu, “mübadele” ve “fark” teorisine göre farklı sonuçlar doğuracaktır. Mübadele (değişim) teorisiyle; müteahhidin karşı edim alacağı olan arsa paylarının ve bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep edebileceği kabul edilmektedir. Buna karşın fark teorisinin tercih edilmesi halinde müteahhit böyle bir talepte bulunamayacaktır²⁷⁰.

Mübadele teorisine göre, inşaatın geldiği aşama ya da herhangi başka bir duruma bakılmaksızın müteahhit sözleşme ile kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin tamamının mülkiyetinin devrini talep edebilecek, arsa sahibi ise inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masraflar, gecikme tazminatı ve sözleşmede bulunması halinde cezai şart bedelini talep edebilecektir. Bu teoriye göre, arsa sahibi kendi borcunu ifa etmekte, buna karşın müteahhidin inşaat yapma ve eseri teslim borcunun yerini ise inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masrafların verilmesi almaktadır. Bunun dışında müteahhidin gecikme nedeniyle yaşanabilecek zararlardan ve taraflarca kararlaştırılmış olması halinde cezai şarttan da sorumlu olması söz konusu olacaktır²⁷¹.

Müteahhit tarafından arsa sahibine verilecek olan masraflar; arsa sahibine kalacak bağımsız bölümler ile ortak kullanım alanlarına ilişkin masraflar olarak doktrinde gösterilmektedir²⁷².

Fark teorisine göre ise, arsa sahibi kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir ve karşı edim ile kendi edimi arasındaki farkı talep edebilir. Fark teorisinin konusunu, arsa sahibinin üstlendiği edim ile müteahhidin ifa etmediği edim ve gecikmeden doğan zararların toplamının arasındaki fark oluşturmaktadır. Böylece, arsa sahibi kendi edimini yerine getirmeksizin edimler arasındaki farkın tazminini talep etmektedir. Bu nedenle, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini istemesi durumunda fark teorisini

²⁷⁰ Altınkan, s. 159; Ayan, Serkan, s. 233-234; Buz, Dönme, s. 109; Dirican, s. 60; Eren, Genel, s. 1118; Erman, İnşaat, s. 101; Kurt, s. 277; Oğuzman/Öz, s. 528; Öz, İnşaat, s. 167-168; Şahin, s. 268-269; Yener, Temerrüt, s. 71.

²⁷¹ Altınkan, s. 159-160; Ayan, Serkan, s. 236 vd.; Eren, Genel, s. 1118; Erman, İnşaat, s. 101; Gökyayla, s. 199; Kurt, s. 279-280; Oğuzman/Öz, s. 528; Öz, İnşaat, s. 167-168; Şahin, s. 271.

²⁷² Ayan, Serkan, s. 239.

seçmesi kendi yararına olacaktır. Zira, bu ihtimalde arsa sahibi kendi edimi olan arsa paylarını devretme yükümlülüğünden kurtularak, kendi edimini düşmek suretiyle kalan farkı müteahhitten talep edebilecektir. Arsa sahibinin sözleşmeyle kararlaştırılan edimi elde etmeksizin kendi edimini yerine getirmek zorunda kalması hakkaniyete uygun değildir²⁷³.

İnşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olması veya arsa sahibince kısmi ifanın kabul edildiği durumlarda ise, fark teorisinin öngördüğü yöntemle başvurulması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Bu durumda, mübadele teorisinin uygulanması kanaatimizce daha hakkaniyetli olacaktır²⁷⁴. Nitekim, bu ihtimalde inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olması karşısında, kalan kısmının tamamlanma masrafı ile gecikmeden doğan zararların toplamı, arsa sahibinin devredeceği arsa paylarının parasal değerinden daha düşüktür. Bu nedenle, inşaatın büyük bir kısmının tamamlanması veya kısmi ifa ve kısmi temerrüdün kabul edildiği haller bakımından, müspet zararın tamamlanmayan kısım bakımından hesaplanarak arsa sahibine verilmesi ve müteahhidin kararlaştırılan oranda arsa payını devralması dürüstlük kuralına en uygun çözüm olarak kabul edilmelidir²⁷⁵.

Yargıtay ise, bazı kararlarında mübadele teorisine²⁷⁶, bazı kararlarında ise fark teorisine²⁷⁷ göre kararlar vermektedir.

²⁷³ Altınkan, s. 161-162; Ayan, Serkan, s. 247 vd.; Buz, Dönme, s. 109; Eren, Genel, s. 1118; Erman, İnşaat, s. 101-102; Kurt, s. 280 vd.; Oğuzman/Öz, s. 528; Öz, İnşaat, s. 168; Serozan, Dönme, s. 593; Şahin, s. 270-271; Yener, Temerrüt, s. 72.

²⁷⁴ Altınkan, s. 160; Kurt, s. 282; Yener, Temerrüt, s. 72.

²⁷⁵ Yener, Temerrüt, s. 73.

²⁷⁶ Y. 15. HD, E. 2011/5829, K. 2011/6794, T. 23.11.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.11.2017: “Borçlar Yasası'nın 106/II. maddesinde düzenlenen akdin icrasından ve tevhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyana talep etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, davacılara düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye geçirilmesi karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin (müspet zarar) istenmesi demektir. Başka bir anlatımla; mülkiyet hakkı, eksik ayıplı işler bedeli, kira mahrumiyeti ve cezai şart yerine, davacılara isabet eden dairelerin bitirilmiş haldeki rayiç bedeline ve dairelerin de yüklenici adına tesciline hükmedilir.”; Y. 15. HD, E. 2012/2776, K. 2012/4181, T. 04.06.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.11.2017: “Çünkü, ifa yerine geçen olumlu zararın istenmesi demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi davacılara düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin, teslimi gereken tarihteki bitmiş halde rayiç bedellerin müspet zarar olarak istenmesi demektir.”.

²⁷⁷ Yargıtay, genelde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği durumlarda fark teorisine göre karar vermektedir. Y. 23. HD, E. 2012/5665, K. 2013/2, T. 14.01.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.11.2017: “Fesih ileriye etkili sonuçlar yaratacak şekilde yapılmış veya bunun koşulları oluşmuş ise, fesih doğal sonucu

Kanaatimizce, inşaat büyük oranda tamamlanmışsa, noksan kalan kısım az ve tahammül edilebilir boyutlardaysa, dürüstlük kuralı gereğince ve müteahhitten pay devralan üçüncü kişilerin kazanımlarının da korunması bakımından, iki teorinin savunduğu yöntemlerden mübadele teorisine itibar edilmesi en makul çözüm olacaktır²⁷⁸.

Kısmi ifanın kabul edildiği inşaatın tamamlanmayan kısmı için fark teorisine göre tazminat hesaplaması yapılırken, arsa sahibinin inşaatı tamamlamak için yaptığı harcamalar, temerrüt nedeniyle fiilen katlanmak durumunda kaldığı masraflar ile mahrum kaldığı kar toplamından, tamamlanmayan kısım oranında müteahhide tekabül edecek devredilmeyen arsa paylarının rayiç değeri çıkarılacaktır²⁷⁹.

Kısmi ifa kabul edilmeyip, inşaatın tamamı için fark teorisine göre hesaplama yapılması durumunda ise, müteahhide devredilmeyen arsa paylarının tamamının rayiç değerinin tazminattan düşülmesi gerekecektir. Ancak, müteahhit kendisine ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümleri kısmen veya tamamen inşa etmişse, bu ihtimalde bu bağımsız bölümlerde arsa sahibine kalacağından, müspet tazminat hesaplanırken inşa edilen bu bağımsız bölümlerin rayiç değerlerinin de toplamdan çıkarılması gerekecektir²⁸⁰.

Tazminat miktarının hesabında; hem arsa paylarının veya bağımsız bölümlerin bedeli, hem de arsa sahibinin zararı, aynen ifadan vazgeçilen tarihteki rayiç değer üzerinden hesap edilecektir. TBK 114. maddesi gereğince, tazminat miktarının hesap edilmesinde haksız fiillere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulaması gerekecektir. Arsa sahibinin zararın artmasına veya sözleşmenin ihlaline kısmen de olsa sebebiyet vermesi, müteahhidin kusur durumunun

olarak yapılacak tasfiye işleminde yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölüm tapusunun devrini isteyebilir.”; Y. 7. HD, E. 2010/1204, K. 2010/3136, T. 25.05.2010, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: “Bilindiği gibi hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile zarar verici olay meydana gelme idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında hükmedilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de değerlendirilmesi ve yararlar zarar denkleştirilmek suretiyle gerçek zararın belirlenmesi gerekir.”.

²⁷⁸ **Yener**, Temerrüt, s. 73.

²⁷⁹ **Altınkan**, s. 164; **Erman**, İnşaat, s. 102; **Yener**, Temerrüt, s. 73.

²⁸⁰ **Altınkan**, s. 164; **Erman**, İnşaat, s. 102; **Yener**, Temerrüt, s. 73.

hafifliđi ve ekonomik durumunun kötölüđü gibi durumlar tazminatın indirilmesine sebep olabilir²⁸¹.

IV. ARSA SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE MENFİ ZARARINI İSTEME HAKKI

A. Genel Olarak

Müteahhidin temerrüdü halinde arsa sahibinin sahip olduğu seçimlik haklardan biri de, müteahhide verdiği ek sürenin faydasız kalması karşısında sözleşmeden dönme hakkıdır²⁸². Müteahhidin temerrüde düşmede kusursuz olması arsa sahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmasına engel değildir²⁸³.

Sözleşmeden dönme hakkı, muhataba yöneltilmesi gereken tek taraflı ve yenilik doğuran bir irade beyanıdır. Bu nedenle, dönmeye ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla dönme hakkına ilişkin hukuki sonuçların doğacağı kabul edilmelidir²⁸⁴. Ancak, karşı tarafın dönmeyi kabul etmeyip karşı çıkması üzerine, dönmenin hukuki sonuçlarının

²⁸¹ **Altınkan**, s. 164; **Ayan**, Serkan, s. 237-38; **Erman**, İnşaat, s. 103; **Şahin**, s. 237-238; **Yener**, Temerrüt, s. 74; Y. 15. HD, E. 1981/1820, K. 1981/1701, T. 15.09.1981, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 12.11.2017: “... davacı arsa sahibi, sözleşmenin 6. maddesinin kendisine yüklediği 380/760 hissenin tapuda davalı yüklenici veya satış yaptığı kişiler adına intikal muamelesini yaptırmamak ve ön edimini yerine getirmemek suretiyle, davalı yüklenicinin bu maksadı teminen Bakırköy Beşinci Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açmaya zorlanmasına ve böylece inşaatın gecikmesine kendi haksız ve sözleşmeye aykırı eylemi ile sebebiyet verdiğinin saptanmasına binaen, 26 aylık kiradan mahrumiyet tazminatı istemine hakkı bulunmamaktadır.”

²⁸² **Altınkan**, s. 166; **Ayan**, Mehmet, s. 383-384; **Ayan**, Serkan, s. 252; **Buz**, Dönme, s. 111; **Büyükay**, s. 233; **Dirican**, s. 60; **Eren**, Genel, s. 1117; **Erman**, İnşaat, s. 103; **Öz**, Dönme, s. 178; **Öz**, İnşaat, s. 163; **Reisoğlu**, s. 388; **Şahin**, s. 272; **Yakuppur**, s. 113-114; **Yener**, Temerrüt, s. 74; Y. 13. HD, E. 1987/1346, K. 1987/2534, T. 27.04.1987, YKD, 1989, Sa. 1, s. 64-65, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 19.11.2017: “Süresinde bozma [fesih] bildiriminde bulunulmadan ve daha sonrada borcun [edimin] yerine getirilmesi için süre verilmeden dava açılması doğru değildir... Sözleşmenin derhal fesih edilmemesi halinde, her türlü spekülasyonun önlenmesi amacıyla sonradan ifadan vazgeçmek ve sözleşmeyi fesih etmek isteyen satıcı yeniden ek süre belirlemeli ve tanınan bu ek süre içinde borcun yerine getirilmemesi halinde sözleşmeyi fesih hakkını kullanmalıdır.”

²⁸³ **Altınkan**, s. 166; **Ayan**, Serkan, s. 252; **Buz**, Dönme, s. 110; **Eren**, Genel, s. 1123; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 709; **Oğuzman/Öz**, s. 521; **Öz**, İnşaat, s. 170-171; **Nomer**, s. 305; **Reisoğlu**, s. 388; **Şahin**, s. 273; **Yakuppur**, s. 114; **Yener**, Temerrüt, s. 77.

²⁸⁴ **Altınkan**, s. 166; **Ayan**, Serkan, s. 252; **Buz**, Dönme, s. 73; **Eren**, Genel, s. 1120; **Kurt**, s. 284-285; **Nomer**, s. 304; **Oğuzman/Öz**, s. 523-524; **Öz**, Dönme, s. 31; Sözleşmeden dönmenin bozucu yenilik doğuran bir beyanla yapıldığı görüşüne ilişkin bkz: **Öz**, İnşaat, s. 163; **Serozan**, Dönme, s. 43 ve s. 460-461; **Şahin**, s. 273-274; **Yakuppur**, s. 115; **Yener**, Temerrüt, s. 93.

doğabilmesi için sözleşmeden dönmek isteyen tarafın mahkemeye başvurması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır²⁸⁵. Öte yandan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde birden fazla arsa sahibi varsa, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için tüm arsa sahiplerinin birlikte hareket etmesi zorunludur²⁸⁶.

Yargıtay da, dönme konusundaki irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla dönme hakkına ilişkin hukuki sonuçların doğacağını kabul etmekle birlikte, karşı tarafın dönmeyi kabul etmemesi üzerine mahkeme kararına ihtiyaç olduğuna, bu kararda dönmenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının mahkemece tespit edilmesi gerektiğine işaret etmektedir²⁸⁷.

²⁸⁵ **Erman**, İnşaat s. 104: Yazar, açılacak davada, mahkemece sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığının tartışılarak, sonucuna göre sözleşmenin feshine ya da davanın reddine karar verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. **Şahin**, s. 274-275; Yazar, inşaat sözleşmesinin arsa payı devri içermesi suretiyle kendine özgü bu yapısından dolayı bu görüşü desteklemektedir.; **Yener**, Temerrüt, s. 94: Yazar, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ve müteahhidin bunu kabul etmemesi durumunda, inşaat sözleşmelerinin taşınmaz mal mülkiyeti devrini içermesi sebebiyle resmi şekle bağlı tutulmasından dolayı mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğunu savunmaktadır.

²⁸⁶ Y. 15. HD, E. 2005/1712, K. 2006/1639, T. 21.03.2006, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: “*Davalı yüklenicinin temerrüdü nedeniyle feshi dava edilen 31.08.2000 tarihli sözleşmede arsa sahibi sıfatıyla davacı Tursun dışında ... adlı arsa sahiplerinin de yer aldığı anlaşılmaktadır. Arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinde birden fazla arsa sahibi varsa feshin birlikte istenmesi zorunludur. (TMK. Md. 692). O halde mahkemece yapılması gereken iş; davacının bu davayı açmakta hukuki yararının varlığı kabul edilerek, sözleşmede arsa sahibi olarak yer alan davacı dışındaki arsa sahiplerinin de davaya muvafakatlarının sağlanması ve bilahare işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Tüm bu yönler gözlemlenmeden sözleşmenin tek taraflı fesihle sona erdiğinin kabulü suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.*”; YHGK, E. 2009/15-125, K. 2009/221, T. 27.05.2009, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: “*Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde birden fazla arsa sahibi varsa, feshin birlikte istenmesi zorunlu bulunmasına (TMK. md. 692). Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde arsa sahibi murisden başka, dava dışı kardeşi murisin de taraf olması nedeniyle, sözleşmenin feshi talebi yönünden açılan davaya mirasçılarının onaylarının alınması, bu mümkün olmadığı takdirde, mirasçıları aleyhinde dava açılıp, bu dava ile birleştirilmesi yönünden süre verilmesi ve bu şekilde taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına girilmesi gerekir.*”; Y. 15. HD, E. 2000/1756, K. 2000/2123, T. 01.05.2000, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: “*Taraflar arasında noterde düzenleme şeklinde yapılan 15.12.1987 tarihli sözleşmeyi, arsa sahipleri olarak davacıların tamamı imzalamıştır. Sözleşmenin feshi davası da, aynı şekilde tüm arsa sahiplerince talep edilebilir. Arsa sahiplerinden bir kısmının dava açması halinde, diğer arsa sahiplerinin muvafakati ile davaya devam olunur. Somut olayda, tüm arsa sahipleri dava açtıklarına göre, MK.nın 625/11. maddesi uyarınca muvafakat var demektir. Davaya başlangıçta muvafakat olduğuna göre, bir kısım davacıların davayı takip etmemeleri veya müracaata kalan davayı yenilememeleri davanın görülmesine engel değildir. Zira, diğer paydaşların davaya muvafakati baştan gerçekleşmiştir. Davadan feragat da aynı şekilde oybirliğini gerektirir.*”.

²⁸⁷ Y. 15. HD, E. 2007/546, K. 2007/2750, T. 25.04.2007, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: “*Eser (istisna) sözleşmelerinde akdin feshi iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla fesih olanaklı ise de, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri arsa payının devrini içermesi nedeniyle Dairemizin yerleşmiş içtihatları gereğince karşı tarafın kabulü yoksa, tek taraflı feshedilemez, feshe hakim karar verir (15.H.D. 30.03.1992 gün E.5811 K.1630 sayılı kararı, 10.06.1999 gün 1999/1658 E.-1999/2437 K., Y.K.D. Mart 2000 s-404-405, 21.03.2006 gün 2005/1712 E.-2006/1639 K. Y.K.D. Ekim 2006 s.1634-1635). Bu nedenle mahkemenin davalı yüklenicinin keşide ettiği 26.11.2001 tarihli ihtarla sözleşmenin tek taraflı olarak feshedildiğine dair görüşünde isabet*

Kanaatimizce, dönme konusundaki irade beyanı tek taraflı ve bozucu yenilik doğuran bir hak olup, karşı tarafa ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurması, buna karşın karşı tarafın kabulüne bağlı olmaması gerekir. Bozucu yenilik doğuran hakların hukuki sonuç doğurmasının muhatabın kabulüne bağlı kılınması doğru olmayıp, salt irade beyanının muhataba ulaşmasının yeterli kabul edilmesi gerekmektedir. Yargıtay uygulaması, karşı tarafın dönmeyi kabul edip etmemesine göre sözleşmeden dönme isteyen tarafı, dönmenin haklı olup olmadığını tespiti bakımından mahkemeye başvurmak zorunda bırakmaktadır. Oysa, dönme konusundaki irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla dönme hakkına ilişkin hukuki sonuçların doğacağını kabul eden Yargıtay'ın, dönmenin haklı olup olmadığını tespit için sözleşmeden döneni dava açmaya zorlaması hatalı olup, dönmenin haklı olmadığını tespit için karşı tarafın mahkemeye başvurması gerektiği kabul edilmelidir²⁸⁸.

TBK'nın m. 125/III hükmü uyarınca, sözleşmeden dönülmesiyle birlikte sözleşmeyle kararlaştırılmış edimlerin karşılıklı olarak ortadan kalkması ve taraflarca yerine getirilen

bulunmamaktadır."; Y. 15. HD, E. 1998/2263, K. 1998/3752, T. 08.10.1998, YKD, 1999, Sa. 2, s. 213-215, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 19.11.2017: "Kural olarak, eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı), kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir turu olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" ... bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden ... resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakim 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."; Y. 15. HD, E. 1998/513, K. 1998/2377, T. 04.06.1998, www.kazanci.com, Erişim Tarihi 19.11.2017: "Dönme, tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı olup, bu iradenin karşı tarafa vasıl olmasıyla hükmünü icra eder. Bunun için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Sadece, noterde düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, karşı taraf dönmeyi kabul etmiyorsa, dönme için mahkeme kararı gerekir... Mahkemece, bu durumda yapılması gereken, dönme konusunda davanın kabulü veya reddi değil, hükmünü icra eden dönmenin haklı nedene dayanıp dayanmadığının, başka bir anlatımla dönmenin haklılığının veya haksızlığının tespitinden ibarettir."; Y. 15. HD, E. 2005/1712, K. 2006/1639, T. 21.03.2006, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: "Eser sözleşmelerinde, akdin feshi iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla fesih olanaklı ise de, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde diğer tarafın karşı çıkması veya üçüncü şahıslara pay devri olasılığı gibi nedenlerle sözleşmenin feshi yargılamayı gerektirir. Sözleşmenin feshedilebilmesi için yargı kararına ihtiyaç bulunduğu Dairemizin yerleşmiş içtihatları gereğidir."

²⁸⁸ Bkz. aynı yönde: **Ayan**, Serkan, s. 253; **Buz**, Dönme, s. 73; **Kurt**, s. 284-285; **Oğuzman/Öz**, s. 523-524; **Öz**, İnşaat, s. 142; **Serozan**, Dönme, s. 462.

edimlerin iade edilmesi meselesi gündeme gelmektedir²⁸⁹. Bu bağlamda, edimlerin muaccel olup olmaması, kısmen ya da tamamen ifa edilmemiş olması herhangi bir fark yaratmayıp, dönmenin hukuki sonuçlarının doğmasıyla birlikte ifa edilmeyen edimler ortadan kalkmakta²⁹⁰, ifa edilen edimlerin de geri verilmesi borcu muaccel olmaktadır²⁹¹.

Arsa sahibinin ifa edilmiş edimleri geri verme borcu, müteahhidin ifaya başlamış olması halinde gündeme gelecektir. Müteahhidin inşaata başlamamış olması halinde ise arsa sahibinin geri verme borcu doğmayacaktır. Öte yandan, yapılan inşaatın sökülerek müteahhide iade edilmesi söz konusu olamayacağından, inşaatın yapılan kısmının karşılığı olarak edimin ifa edildiği tarihteki parasal değer in müteahhide iade edilmesi söz konusu olacaktır²⁹².

Arsa sahibinin kabulüne bağlı olmak kaydıyla, inşaatın tamamlanan kısımlarının parasal değerinin müteahhide iade borcu kapsamında verilmesi yerine, tamamlanan kısımlara tekabül eden arsa payları oranının müteahhide devri suretiyle de iade borcunun ödenmesi mümkündür. Ancak, arsa sahibinin arsa payı devri şeklinde bir iadeyi kabul etmemesi halinde, iade borcunun para ödenerek yerine getirilmesi gerekmektedir. Buna karşın, hakim in takdir yetkisi ve dürüstlük kuralı uyarınca arsa paylarının devri şeklindeki iadeye hükmedebileceği de kabul edilmelidir²⁹³. Öte yandan, müteahhidin başlangıçta sözleşme yapmaktaki amacı inşaatı tamamlayarak arsa payı ve bağımsız bölüm devralmak iken, inşaatın yarım bırakılması halinde arsa sahibinin tamamlanan kısım oranında arsa payı ödemek istemesi karşısında müteahhidin bunu kabul etmeyip, dönmeyle beraber iade

²⁸⁹ **Altınkan**, s. 168; **Ayan**, Mehmet, s. 385; **Ayan**, Serkan, s. 254-257; **Buz**, Dönme, s. 152 vd.; **Eren**, Genel, s. 1121; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 707-708; **Nomer**, s. 305; **Oğuzman/Öz**, s. 530; **Öz**, İnşaat, s. 171; **Reisoğlu**, s. 388-389; **Serozan**, Dönme, s. 502 vd.; **Şahin**, s. 283; **Yakuppur**, s. 115; **Yener**, Temerrüt, s. 96 vd.

²⁹⁰ Edimlerin ortadan kalkması, müteahhidin borcunu teminat altına almak için verilen ipotek, teminat senedi ya da banka mektuplarının da ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır. Ancak; ipotek, teminat mektubu ya da teminat senedi ifa etmemeden doğacak borçları da teminat altına almak için verilmişse, bu durumda ipotek, teminat senedi ya da banka mektupları sona ermeyecek ve hüküm ifade etmeye devam edecektir. Bkz. **Ayan**, Serkan, s. 255; **Buz**, Dönme, s. 152 vd.; **Serozan**, Dönme, s. 505 vd.; **Şahin**, s. 283; **Yener**, Temerrüt, s. 96 vd.

²⁹¹ **Altınkan**, s. 168; **Ayan**, Serkan, s. 257; **Buz**, Dönme, s. 161 vd.; **Eren**, Genel, s. 1121 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 530; **Öz**, Dönme, s. 249; **Öz**, İnşaat, s. 171; **Reisoğlu**, s. 388-389; **Serozan**, Dönme, s. 510 vd.; **Şahin**, s. 283 vd.; **Yener**, Temerrüt, s. 96 vd.

²⁹² **Altınkan**, s. 169; **Buz**, Dönme, s. 164 vd.; **Öz**, İnşaat, s. 172; **Şahin**, s. 284; **Yener**, Temerrüt, s. 96.

²⁹³ **Altınkan**, s. 170; **Şahin**, s. 287; **Ayan**, Serkan, s. 275-276: İnşaat seviyesinin çok düşük olması durumunda, iade borcunun arsa payı devredilmesiyle ödenmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayabilir. Çünkü bu durumda, arsa sahibiyle müteahhidin aynı bağımsız bölüm üzerinde dahi paydaş olma ihtimali söz konusu olabilecektir.

borcunun parasal olarak ödenmesini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir²⁹⁴.

Müteahhidin geri verme borcunun konusunu ise, arsa sahibinin ifa ettiği edimler oluşturmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibi müteahhide arsa payı devretme borcu altına girmekte ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlendiği biçime göre de arsa paylarını en başta, inşaatın gelinen aşamaya göre kademeli olarak ya da inşaatın tamamlanmasıyla devretme yükümlülüğü altına girmektedir. Dolayısıyla, müteahhidin iade borcu, önceden kendisine devredilen arsa paylarının arsa sahibine iadesidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların iade borçlarının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır.

Sözleşmeden dönmenin bozucu yenilik doğuran bir hak olarak borcun geçmişe etkili şekilde ortadan kalktığını savunan sebepsiz zenginleşme görüşüne göre²⁹⁵, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarak hükümsüz sayılmakta, tarafların ifada bulunmuş olması ihtimalinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ifa edilen edimlerin iade edilmesi söz konusu olmaktadır²⁹⁶.

Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili şekilde olarak ortadan kalktığını savunan kanuni borç ilişkisi görüşüne göre ise, iade borcunun bizzat dönmeyi düzenleyen TBK'nın 125. maddesinden doğduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmasına gerek olmaksızın, bizzat dönmeye ilişkin getirilen kanuni düzenlemeye dayanılarak iade borcunun talep edilmesinin mümkün olduğu, sebepsiz

²⁹⁴ **Altınkan**, s. 170; **Ayan**, Serkan, s. 275.

²⁹⁵ **Ayan**, Mehmet, s. 387; **Dirican**, s. 61; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 709; Yazarın zamanaşımı süresine ilişkin yaptığı açıklamalar, klasik dönme görüşünü benimsediğini göstermektedir.; **Oğuzman/Öz**, s. 534; **Öz**, İnşaat, s. 171.

²⁹⁶ **Altınkan**, s. 171-172; **Ayan**, Mehmet, s. 386; **Ayan**, Serkan, s. 266; **Buz**, Dönme, s. 118-120; **Eren**, Genel, s. 1120-1121; **Nomer**, s. 305; **Oğuzman/Öz**, s. 530; **Öz**, Dönme, s. 34-35; **Öz**, İnşaat, s. 171 vd.; **Şahin**, s. 276-277; **Yakuppur**, s. 115-116; **Yener**, Temerrüt, s. 109-111.

zenginleşme hükümlerinin bu bağlamda ancak boşluğu doldurmak amacıyla kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁹⁷.

Her iki görüş arasındaki en temel farklılık zamanaşımı süreleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, TBK'nın 82. maddesi uyarınca hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımı süresi uygulanmakta iken; kanuni borç ilişkisi görüşüne göre ise, TBK'nın 146. maddesi uyarınca her ihtimalde on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Sözleşmeden dönmeyle borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak sona erdiğini savunan görüşlerden bir diğeri olan aynı etkili dönme görüşüne göre ise²⁹⁸, yapılan tasarruf işlemlerinin baştan itibaren geçersiz sayılması söz konusu olmaktadır. Malın mülkiyetini devralan taraf, tasarruf işleminin baştan itibaren geçersiz olmasıyla haksız zilyet durumuna düşmekte, bu nedenle haksız zilyedin iade borcuna ilişkin TMK'nın 993 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre; arsa sahibinin sadece yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açması yeterli olup, iade borcunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine ya da TBK'nın 125. maddesi uyarınca kanunen doğan iade borcuna dayandırmasına gerek bulunmamaktadır²⁹⁹.

Borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak sona erdiğini savunan görüşlerin yanı sıra, borç ilişkisinin dönme ile birlikte tasfiye sürecine gireceği görüşünü kabul edenler³⁰⁰, sözleşme ilişkisinin geriye etkili olarak ortadan kalktığını reddetmekte ve iade borçlarını da sözleşmesel borç olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda, iade borçlarının sözleşmesel borç olarak kabul edilmesi durumunda; iade alacaklısı seçimlik hakları düzenleyen TBK hükümlerine iade

²⁹⁷ Altınkan, s. 172; Ayan, Mehmet, s. 386; Ayan, Serkan, s. 267; 386; Buz, Dönme, s. 120-121; Dayımlı, s. 106; Eren, Genel, s.1121; Kılıçoğlu, Genel, s. 709; Nomer, s. 306; Oğuzman/Öz, s. 532; Öz, Dönme, s. 35-37; Reisoğlu, s. 390; Şahin, s. 279-280; Yakuppur, s. 116; Yener, Temerrüt, s. 111-112.

²⁹⁸ Buz, Dönme, s. 134 vd.; Öz, İnşaat, s. 173; Şahin, s. 282.

²⁹⁹ Altınkan, s. 173; Ayan, Serkan, s. 267; Buz, Dönme, s. 121-123; Eren, Genel, s. 1122; Oğuzman/Öz, s. 531-532; Öz, İnşaat, s. 174-175; Şahin, s. 279; Yener, Temerrüt, s. 113-114.

³⁰⁰ Ayan, Serkan, s. 267; Eren, Genel, s. 1122; Serozan, Dönme, s. 73 vd.: Yazar, dönmenin borçlandırıcı sözleşme üzerinde yenilik doğurucu etkisinin zayıf bir etki olması, dönmeyle sözleşmenin ortadan kalkmayıp konusunun değişmesi ve yükümlülüklerin akdi geri verme yükümlülüklerine dönüşmesi gerektiğini ileri sürmüş ve dönme sonrasında çözümlenme ilişkisine dönüşmüş olan bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğunu ifade etmiştir.

borçları bakımından da başvurabilmekte, iade borcunun ifa edilmemesinden doğan müspet zararını talep edebilmektedir³⁰¹.

Yargıtay ise, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağını kabul etmekte, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda dönmeyle birlikte iade borçları bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır³⁰².

B. Menfi Zararın Kapsamı

Müteahhidin temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibi sözleşmeden dönerek uğradığı menfi zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir. Müteahhit kusuru olmaksızın temerrüde düştüğünü ispat ettiği ölçüde menfi zarardan sorumlu tutulmayacaktır³⁰³. Menfi zararın kapsamını sözleşme hiç yapılmamış olsaydı, arsa sahibinin uğramayacak olduğu malvarlığı kayıpları oluşturmaktadır³⁰⁴. Fiili zararlar ile kaçırılan fırsatlar bu kapsamda değerlendirilmektedir.

³⁰¹ **Altınkan**, s. 173-174; **Ayan**, Mehmet, s. 386; **Ayan**, Serkan, s. 268-269; **Buz**, Dönme, s. 123 vd.; **Eren**, Genel, s. 1122; **Nomer**, s. 307; **Oğuzman/Öz**, s. 533-534; **Öz**, Dönme, s. 37-38; **Öz**, İnşaat, s. 171-172; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 162; **Serozan**, Rona, Sözleşme İlişkinin Çözülmesi, Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümlülüğü, Necip Kocayusufoğlu'na Armağan, Ankara, 2004, s. 195 vd.; **Şahin**, s. 280-281; **Yakuppur**, s. 116-117; **Yener**, Temerrüt, s. 112-113.

³⁰² Y. 19. HD, E. 1992/9997, K. 1993/8033, T. 26.11.1993, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: "... sözleşme, davacı yönetimce feshedildiğine göre, hükümsüz kalan sözleşmeye dayanarak..."; Y. 15. HD, E. 1996/463, K. 1996/821, T. 14.02.1996, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: "... somut olayda akdin feshi istendiğine ve de feshine karar verildiğine göre, artık varlığı kalmayan sözleşmeye dayanarak, o sözleşmede kararlaştırılmış bulunan cezai şart istenemeyeceği gibi, istense dahi, mahkemece hüküm altına alınamaz."; Y. 13. HD, E. 1996/3653, K. 1996/3920, T. 16.04.1996, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: "... davacı ile davalı arasındaki sözleşme fesih edildiğine göre davacının hükümsüz kalan bu sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının istemesine hukuken olanak bulunmamaktadır."; YHGK, E. 1989/13-392, K. 1990/1, T. 17.01.1990, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 19.11.2017: "Davacı idare; sözleşmeyi bozduğuna göre, geçersiz olan sözleşmeye tekrar dönerek borcun yerine getirilmemesinden doğan zararını isteyemez."

³⁰³ **Altınkan**, s. 174; **Ayan**, Mehmet, s. 385; **Buz**, Dönme, s. 110; **Dirican**, s. 62; **Eren**, Genel, s. 1126; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 709; **Oğuzman/Öz**, s. 536; **Öz**, Dönme, s. 282; **Öz**, İnşaat, s. 176; **Reisoğlu**, s. 391; **Şahin**, s. 306; **Yakuppur**, s. 114-115; **Yener**, Temerrüt, s. 75.

³⁰⁴ **Altınkan**, s. 174-175; **Ayan**, Mehmet, s. 385; **Ayan**, Serkan, s. 278; **Buz**, Dönme, s. 240-241; **Dayınlarlı**, s. 147; **Dirican**, s. 61; **Eren**, Genel, s.1124; **Ergüne**, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 37: "Borçlunun borç ilişkisine gereği gibi riayet edeceği, böylece sözleşmenin hüküm ifade etmeye devam edeceği sözleşmenin kararlaştırılan şekilde yürütüleceği yönünde alacaklıda uyandırılan ve bütün borca aykırılık hallerinin temelinde bulunan belli bir ölçekteki güvenin ihlalinden bahsedilebilir."; **Oğuzman/Öz**, s. 536 – 537; **Öz**, Dönme, s. 284-285: "... her türlü zararın hesaplanmasında baskın görüş, bu zarara neden olan

Sözleşmenin ortadan kalkması neticesinde sözleşmenin yapılması ve ifası için yapılan masraf ve harcamalar, proje ve inceleme masrafları, işin yapılacağı yeri boşaltma ve hazırlama, tasfiye nedeniyle yapılan masraflar ve arsa sahibinin üçüncü kişilere ödemek durumunda kaldığı cezai şart bedelleri gibi fiilen uğranılan zararlar arsa sahibinin fiili zarar kalemleridir³⁰⁵.

Kaçırılan fırsatlar ile kastedilen ise, bir başka müteahhitle yapılabilecek olan sözleşmenin temerrüde düşen müteahhitle sözleşme yapılması nedeniyle kaçırılmasıdır³⁰⁶. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde temerrüde düşmüş müteahhit ile sözleşmenin yapıldığı tarihteki ortalama sözleşme koşullarıyla dönme tarihinde bir başka müteahhitle yeniden yapılacak yeni bir sözleşmenin ortalama koşulları arasındaki fark³⁰⁷, menfi zarar olarak talep edilebilecektir³⁰⁸.

olay gerçekleşmeseydi zarar görenin mal varlığının alacağı durum ile, bu olayın gerçekleşmesi durumu arasındaki farkı temel kabul eder. Bu yüzden tazminat hukukunda bu görüşe fark turamı denir.”; Öz, İnşaat, s. 176; Şahin, s. 306; Tunçomağ, s. 549; Yakuppur, s. 120; Yener, Temerrüt, s. 75.

³⁰⁵ Altınkan, s. 175; Ayan, Mehmet, s. 385; Ayan, Serkan, s. 279; Buz, Dönme, s. 243 vd.; Dirican, s. 62; Eren, Genel, s. 1124-1125; Ergüne, s. 293 vd.; Oğuzman/Öz, s. 396 vd.; Öz, Dönme, s. 287 vd.; Öz, İnşaat, s. 176-178; Reisoğlu, s. 390; Şahin, s. 308; Tunçomağ, s. 549; Yakuppur, s. 120; Yener, Temerrüt, s. 78 vd.; Y. 15. HD, E. 1993/4751, K. 1994/2762, T. 02.05.1994, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Arsa payı karşılığı villa yapımını üstlenen davalıların edimlerinin yerine getirmediklerinden sözleşmenin feshiyle... Karşılıklı taahhütleri havi sözleşmenin feshi yanında, bu sözleşmenin icrasına güvenilerek davalılara teslim edilen arsada kum alınması suretiyle doğan zarardan ötürü 15 milyon lira istenilmesi bu zarar olumsuz zarar kapsamında kaldığı için B.K.nun 108. maddesine uygun bir istemdir.”.

³⁰⁶ Y. 15. HD, E. 2003/5541, K. 2004/2201, T. 19.04.2004, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “... davacı arsa sahipleri davacı ve karşı davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayı, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmayı arsanın bulunduğu yer ve o tarihlerdeki rayiçler gözetilerek arsasına karşılık inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm alabilecekler ise sonradan bir başka yükleniciyle yaptığı sözleşme objektif şartlarla yapılmış ve daha az sayıda bağımsız bölüm sağlanmışsa, arsa sahipleri menfi zarar olarak bu iki sözleşme arasındaki farkın parasal değerini, menfi zarar olarak yükleniciden isteyebilir.”.

³⁰⁷ Ergüne, s. 317: Yazar, menfi zararın hesaplanmasında doğrudan doğruya ikinci sözleşmedeki bedel yerine, amaçlanan sözleşme yüzünden kaçırılan elverişli fırsat ile ikinci sözleşmenin yapıldığı tarihte ilk sözleşme konusunun nitelik ve nicelik olarak ulaştığı bedel arasındaki farkın dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir.; Y. 15. HD, E. 2003/3335, K. 2004/334, T. 22.01.2004, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Menfi zarar kalemleri içerisinde, davacının bu sözleşmeye güvenerek başka biriyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmışından dolayı uğradığı zararlar da mevcuttur... kaçırılan fırsatın hesabında ihtilaf konusu sözleşmenin ifası halinde iş sahibine ödenecek bedel -teslim edilecek dairelerin- değeri ile, kaçırılan fırsata konu edilecek benzer bir arsaya inşaat yapılsaydı o arsanın sahibine normal piyasa koşullarında verilecek bağımsız bölümlerin (varsa) bedeli arasındaki fark dikkate alınmalı davacının kaçırdığı fırsat nedeniyle ödeyeceği fazla bir bedel oluşuyor ise ona hükmedilmelidir.”; Y. 15. HD, E. 1998/868, K. 1998/1178, T. 25.03.1998, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Sözleşmeden haklı dönen iş sahibinin isteyebileceği menfi zarar ise, bir başka yüklenici ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatını kaçırmışından kaynaklanan zarardır. Başka bir anlatımla, davacı İdarenin, davalı yüklenici yerine, ona en yakın teklifte bulunan bir başka

C. Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi olduğu ya da sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu yönünde daha öncede değinildiği üzere farklı görüşler mevcuttur³⁰⁹. Buna göre, sözleşmenin ani edimli olarak nitelendirilmesi halinde TBK'nın 125. maddesinde sayılan seçimlik haklar uygulama alanı bulacak, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi dönme olarak nitelendirilecek ve sözleşme geriye etkili olarak sona erecektir. Ancak sözleşmenin sürekli edimli bir nitelikte olması ve ifasına başlanması halinde ise, TBK'nın 126. maddesi uygulama alanı bulacak, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi fesih olarak nitelendirilecek ve sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir.

Mülga Borçlar Kanunu döneminde, borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının seçimlik haklarını düzenleyen hükümlerin ani edimli sözleşmeler dikkate alınarak hazırlanması nedeniyle, söz konusu hükümlerin sürekli edimli sözleşmelere uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktaydı. 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 126. maddesiyle ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler bakımından temerrüt halinde arsa sahibinin durumuna ilişkin özel bir düzenleme getirilerek, ani edimli sözleşmelerle sürekli

yüklenicinin önerdiği fiyatla (kaçırılan fırsat) kalan işi yapması halinde ödeyeceği bedel ile kalan iş için yeni yükleniciye ödemek zorunda kaldığı bedel arasındaki fark, davacı iş sahibinin olumsuz zararıdır. Bu olumsuz zarara hükmedilebilmesi için de, ikinci ihalenin, sözleşmenin feshini (dönme) takip eden en kısa sürede yapılması ve ikinci ihaleye geç çıkarmakla zararın artmasına davacı İdarenin sebebiyet vermemesi gerekir (BK. m. 98/II ve 44). İhaleye geç çıkarma yararı, o takdirde feshi müteakip makul süre uzman bilirkişiye buldurularak, o tarih itibarıyla, kalan iş için ödenmesi gereken ikinci ihale bedeli ile kalan işin ilk ihalede davacı İdarenin kaçırdığı fiyatlarla yaptırılması halinde ödenmesi gereken bedel arasındaki farkın menfi zarar olarak hükme esas alınması zorunludur.”

³⁰⁸ **Altınkan**, s. 175-176; **Ayan**, Serkan, s. 280; **Buz**, Dönme, s. 246 vd.; **Dirican**, s. 62; **Eren**, Genel, s. 1125; **Ergüne**, s. 300-304; **Oğuzman/Öz**, s. 401; **Öz**, Dönme, s. 289-290; **Öz**, İnşaat, s. 177-178; **Reisoğlu**, s. 390; **Şahin**, s. 311 vd.; **Yakuppur**, s. 121; **Yener**, Temerrüt, s. 81 vd.; YHGK, E. 1989/13-392, K. 1990/1, T. 17.01.1990, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “*MENFİ ZARAR: Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmıyorsa uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşme hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar... Menfi zarar kavramına şaşımlarla gireceği kabul edilmektedir... Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi... davacı sözleşmeye konu olan kuru taciri davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani menfi zararını ister. Çünkü davacı idare, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme fesh edilmeyecek ve belki zararı da gerçekleştirmeyecekti.”*

³⁰⁹ Bu çalışmada bkz. Birinci Bölüm, II, A, 4.

edimli sözleşmelere uygulanacak hükümler fiili olarak birbirlerinden ayrılmıştır. Buna göre, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüdü halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi söz konusu olacak, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi fesih olarak kabul edilecektir³¹⁰.

Sözleşmenin sürekli edimli bir nitelikte olması, ancak henüz ifasına başlanmamış olması halinde ise, TBK'nın 126. maddesi ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler için bir düzenleme getirdiğinden, ifasına başlanmamış sürekli edimli bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi üzerine dönme hakkının kullanılabilmesi ve TBK'nın 125. maddesinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir³¹¹.

Yukarıda değinildiği üzere³¹², arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sürekli-ani edim karmaşığı bir sözleşmedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı ve 25.01.1984 tarihli kararında da bu türde inşaat sözleşmelerinin edimleri bakımından temelde ani edimli olmakla beraber "sürekli-ani" karmaşığı bir niteliğe haiz olduğunu belirtmiştir. Buna göre, hakkaniyetsiz sonuçlara sebep olunmaması bakımından olayın niteliğinin elvermesi durumunda hakkaniyet ilkesi gözetilerek ve dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak sonuçlardan kaçınılarak sözleşmenin sona ermesinin ileriye etkili ya da geçmişe etkili sona erip ermeyeceğinin araştırılması gerekir³¹³.

³¹⁰ **Altınkan**, s. 177 vd.; **Ayan**, Mehmet, s. 387; **Baygın**, Cem: "Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, Sa. 3-4, 2010, S. 119-144, s. 134; **Erman**, İnşaat, s. 106; **Ertaş**, Şeref: Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan - 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 316; **Nomer**, s. 307; **Öz**, Dönme, s. 195; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 219.

³¹¹ **Altınkan**, s. 179; **Baygın**, s. 136; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 223; **Serozan**, Dönme, s. 120.

³¹² Bu çalışmada bkz. Birinci Bölüm, II, A, 3.

³¹³ Y. 15. HD, E. 1988/866, K. 1988/2520, T. 04.07.1988, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: "... sözleşmenin feshi olgusunun ileriye etkili olup olmayacağı konusunda toplanmaktadır. Somut olayda yükleniciye inşaat karşılığı verilmesi gereken bağımsız bölümlerden 38 adedinin yüklenici yararına üçüncü şahıslara ferag ve tescili yapılmış, bir kısım bağımsız bölümler yükleniciye temlik edilmiş, inşaatın eksik kalan bölümü satın alan üçüncü kişiler ve arsa sahibi tarafından ikmal edilmiştir. Bundan başka yüklenici ve arsa sahibi arasında 23.1.1978 tarihli ek sözleşmeden sonra bağımsız bölümlerden bir kısmının taraflardan hangisine ait olacağı 12.3.1979 ve 16.7.1981 tarihli ek sözleşmelerle düzenlenmiştir... Açıklanan tüm bu nedenler karşısında arsa sahibi sözleşmeyi feshinde haklı ise de, işin yukarıda belirtilen özelliği, inşaatın kapsamı ve objektif iyi niyet kuralının bir gereği olarak, feshin ileriye etkili (ex nunc) sonuçlar doğurduğunun kabulü zorunludur. Bilindiği üzere, 27.2.1984 tarihli resmi gazetede yayınlanan 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararına göre yüklenicinin inşaatı tamamladığı miktar (oran) ve işin

Müteahhidin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, arsa paylarının devredilmeyeceği veya devredilmiş arsa paylarının iptal edilerek arsa sahibi adına yeniden tescil edileceği şeklinde sözleşmede hüküm bulunması halinde, inşaatın hangi seviyede olduğunun görmezden gelinip gelinmeyeceği, taraflarca kararlaştırılan sözleşme hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre³¹⁴, müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde sözleşme geriye etkili olarak baştan itibaren ortadan kalkacağından tarafların bu sözleşme nedeniyle verdiklerini geri talep edebilmeleri söz konusu olacaktır. Buna göre, müteahhide devredilmiş arsa paylarının iptal edilerek arsa sahibi adına yeniden tescil edilmesi gerekir. Öte yandan, müteahhit tarafından inşa edilen bina sökülüp geri alınamayacağından bu durum arsa sahibinin malvarlığında bir zenginleşme meydana getirecektir. Bu nedenle müteahhide meydana getirdiği inşaat karşılığında arsa sahibinin tazminat ödemesi gerekecektir. Ancak, müteahhide edimini sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde tam olarak ifa etmediği için yaptığı kısım orantılı bir tazminat ödemesi yapılmayacaktır. Yaptığı kısım orantılı bir ücret alamayacağını bilen müteahhidin

özelliği itibariyle uyumsuzluğun BK.nun 106. ve 108. madde hükümleri gereğince çözümlenmesi halinde, iş sahibi normal hallerde sağlayamayacağı bir olanağa kavuşmuş olacaktır. Oysa sözleşmeyi fesih hakkını elde eden iş sahibi, kabul ettiği veya kabul edebileceği kısmi ifanın karşılığını nakit yerine sözleşmede kararlaştırılan ayın olarak yükleniciye vermesi objektif iyi niyet kuralının ve somut olayın gereği sayılmalıdır (MK.nun 2. md.si).”; Y. 15. HD, E. 2001/3777, K. 2001/4463, T. 10.10.2001, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Sözleşmede belirtilen sürede inşaatı teslim etmemekle yüklenici, kendiliğinden temerrüde düşmüş ve bu durumda arsa sahiplerinin, BK.nun 106/2 maddesi gereğince seçimlik hakları doğmuş olur. İnşaat oranının parselin birinde % 10, diğerinde % 28 olduğunun keşfen saptanmasına ve seçimlik hakkının BK.nun 108. maddede belirtilen sözleşmenin feshi (dönme) yönünde kullanılmış bulunmasına göre, başka birşeye bakılmaksızın sözleşmenin feshine (dönme) tapuların iptali ile tekrar arsa sahipleri adına tesciline karar verilmelidir.”; Y. 15. HD, E. 2003/2679, K. 2003/6105, T. 08.12.2003, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Teslim süresi geçtiği halde inşaat seviyesinin %20 olduğu anlaşılan yapının aynı zamanda kaçak olduğu da gözetilerek, arsa sahiplerinin seçimlik haklarını akdin feshi doğrultusunda kullanabilecekleri gözetilerek, tasfiyenin doğal sonucu olarak, davalılar üzerine sözleşmeyle geçen kayıtlarında arsa sahibi davacılar adına tesciline karar vermek gerekir.”; Y. 15. HD, E. 2003/1884, K. 2003/5280, T. 06.11.2003, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Taraflar daha işin başlangıç aşamasında yukardan beri sayılan davranışlarıyla birbirlerine karşı olan güven duygusunun kaybedilmesine neden olduklarından artık sözleşmenin ifasını istemek ve beklemek iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu durumda, sözleşme ilişkisinin tasfiye edilerek sonuçlandırılması gerekir. 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.”.

³¹⁴ Selici, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77 vd.; Öz, Dönme, s. 210 vd.

işî yarıda bırakmamak için daha çok özen göstermesinin sağlanması için ödenecek tazminat herhangi bir kar payı içermeyecektir³¹⁵.

Kanaatimizce, ani-sürekli edim karmaşığı niteliğine haiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, olayın özellikleri ve niteliklerine göre dürüstlük kuralı da göz önünde bulundurulurken sürekli borç ilişkisine özgü kuralların dikkate alınması ve sözleşmenin ileriye etkili biçimde feshedilerek sona erdirilmesi hakkaniyetli olacaktır. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin feshedildiği tarihe kadar geçerli bir sözleşme mevcudiyetini koruduğundan, fesih tarihine kadar taraflarca yerine getirilmiş edimlerin de geçerli bir sözleşmeye göre yerine getirilmiş olduğu kabul edilmelidir. Sözleşmeyle bir sonuç taahhüt eden müteahhidin, eseri meydana getirme faaliyetleri bakımından da zamana yayılan bir iş görme borcu yüklendiği kabul edilmelidir. Bu nedenle, müteahhidin eseri teslim edebilmek adına yaptığı ve zamana

³¹⁵ YHGK, E. 1982/15-356, K. 1982/817, T. 06.10.1982, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: *“Borçlar Yasası, teslim zamanı gelmeden iş sahibinin erken fesih hakkının kapsam ve koşullarının düzenlemiş fakat teslim borcunun belirlenen zamanda yerine getirilmemesi hali için özel bir hüküm öngörmemiş, çözümü genel hükümlere bırakmış olmakla borçlu temerrüdünü düzenleyen 106. madde kapsamında olaya çözüm getirmek olanağı varken BK. nun 360. maddesinin örnekseme yoluyla uygulanması düşünülemez. İş sahibinin dönme [fesih] hakkını kullandığı durumlarda dönmenin geriye etkili olup olmadığını saptamak için ise borç ilişkisinin niteliğine ve somut olayın özelliğine bakmalıdır. Eser sözleşmelerinde sürekli - geçici karmaşığı bir sözleşme ilişkisi niteliği bulunduğu kabul edildiğine göre somut olay adaleti gerektirdiğinde yada yüklenicinin korunmaya hiç layık olmadığı durumlarda hakkaniyete ve eser sözleşmesinin kurallarına göre nedensiz zenginleşme hukuku çevresinde bir çözümü uygun ve gerekli olduğu kabul edilmelidir. Teslim zamanının geçmesine karşın borcun yerine getirilmemesi halinde yapılan uyarı ve ayrıca verilen uygun önel sonunda da eser tamamlanmamış ise ve borçluda bu gecikmede kusuru bulunmadığını kanıtlayamamışsa yaptığı kısım için orantılı bir pay ve kar alamamasında adalete aykırı bir yön yoktur.”*; Y. 15. HD, E. 1990/1315, K. 1990/5386, T. 10.12.1990, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: *“Davalı-karşı davacı yüklenicinin, sözleşmenin feshi ile üzerine geçirilen tapunun iptal edildiğine göre; yaptığı inşaatın bedelini istemeye hakkı vardır. Davalı yüklenicinin işten el çektiği tarihteki m2 rayiç bedelinin tespiti ile uzman bilirkişi aracılığı ile yüklenici alacağı saptanarak hasıl olacak sonucu uygun bir karar verilmesi gerekirken...”*; Y. 15. HD, E. 2008/69, K. 2009/103, T. 16.01.2009, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: *“Borçlar Kanunu'nun 108. maddesi gereğince, sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; taraflar, kendilerine düşen borcu ödemekten kaçınabilir ve aynı Kanun'un 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve haksız iktisap kuralları uyarınca da verdiklerini geri isteyebilir ve bu kapsamda yüklenici de yasa ve sözleşme hükümlerine uygun şekilde yapmış olduğu inşaatın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshinin kesinleştiği tarihteki serbest piyasa rayiçlerine göre belirlenecek bedelini arsa sahibi ya da sahiplerinden talep edebilir.”*; Y. 15. HD, E. 2005/2182, K. 2005/4441, T. 21.07.2005, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: *“Dava, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshi nedeniyle imalat bedelinin tahsili talebine ilişkindir. Sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde taraflar fesihden önce edimde bulunmuşlarsa, bunları geri vermeleri gerekir. Davalı arsa sahibinin yükleniciye ödediği bedel ve üzerine geçirdiği arsa payı yoktur. Yüklenici ise fesihle ilgili mahkeme kararında kabul edildiği üzere proje ve ruhsatına göre, inşaatı % 45 seviyesinde yapmıştır. Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp, yükleniciye iadesi düşünülemeyeceğinden imara, projesi ve ruhsatına uygun yararlanılması mümkün ve arsa sahibinin mal varlığında artışa neden olan imalat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yükleniciye verilmesi gerekir.”*

yayılan faaliyetlerin, ifa için yapılan hazırlık faaliyetleri olarak değerlendirilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin müteahhidin temerrüdü üzerine sona ermesiyle, somut olayın özelliğine göre tarafların menfaat dengesi göz önüne alınarak arsa sahibinin sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebileceği ve bu şekilde sözleşmenin sona ermesiyle müteahhidin yaptığı işle orantılı olarak karşılık talep edebileceği kabul edilmelidir³¹⁶.

Diğer taraftan, inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olması halinde³¹⁷, müteahhidin teslim süresi gelmiş olması ve bu yüzden temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonuç doğurması dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak, buna karşın sözleşmenin sona ermesinin ileriye dönük etki doğurması ise hakkaniyete daha uygun olacak ve müteahhit o ana kadar ki emeğinin ve harcamış olduğu zamanının karşılığını alabilecektir³¹⁸.

³¹⁶ **Erman**, İnşaat, s. 110 vd.; **Erman**, Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri, s. 209 vd.; **Serozan**, Dönme, s. 175-176: “Düşünülün ki, eserin eksik haliyle, alacaklı için oluşturduğu zenginleşme değeri, sözleşmede kararlaştırılmış ücretten pek çok düşük, hatta, belki “sıfır” olabilir. Bu durumda emekçinin emeğinin gerçek karşılığını almaksızın, boş yere çalışmış olması gibi çok çarpıcı bir adaletsizlik ortaya çıkacaktır. Öyleyse, eser sözleşmesi, katıksız bir sürekli sözleşme ilişkisi sayılamayacağı halde, emekçinin harcamış olduğu emeğin korunmaya değer bulunduğu durumlarda, salt “feshedilebilmeli”, böylelikle, emekçinin, kararlaştırılmış ücretin, hiç değilse, fesih anına dek yapıpıp tamamlanmış işi karşılayan bölümüne kavuşması sağlanmalıdır. Böylesine adaletli bir çözümü, eserin, eseri ısmarlayan indinde bir bölünmez bütün oluşturması da engelleyemez.”; Y. 15. HD, E. 1997/248, K. 1997/1891, T. 07.04.1997, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Yüklenicinin, inşaattan hiç bir şey talep etmeyeceğine dair sözleşme hükmü, bu kişinin iktisaden yok olmasına neden olacağından geçersizdir. Yüklenicinin, tapuya hak kazanabilmesinin koşulları; yaptığı işe, iyiniyet kurallarına ve inşaatı terk ettiği tarihteki fiziksel orana göre belirlenmelidir.”.

³¹⁷ Yargıtay, %90 ve üzeri kriterini getirerek inşaatın büyük oranda tamamlanmış sayılmasının ancak bu halde kabul edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Y. 23. HD, E. 2013/4203, K. 2013/3983, T. 11.06.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.08.2017: “... davalının yaptığı inşaat seviyesi belirlenip, 25.1.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda T.M.K.nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Dairemizin, gerekse Yargıtay H.G.K.'nin kararlarında belirtildiği gibi, inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı”; YHGK, E. 2001/14-288, K. 2001/330, T. 04.04.2001, www.legalbank.com, Erişim tarihi: 22.08.2017: “Somut olayda inşaatı terk eden yüklenicinin inşaatı % 81 oranında ikmal ettiği, kalan % 19 oranındaki noksanlığın pek az bir boyutta kabul edilemeyeceği dolayısıyla bu noksanlığın tutarının parasal olarak karşılanması yoluyla tescil cihetine gidilmesinin söz konusu olamayacağı anlaşıldığından...”.

³¹⁸ **Erman**, İnşaat, s. 112-113.

Uygulamada bu tartışmalar Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı³¹⁹ ile çözülmüş ve sözleşmenin ani-sürekli karmaşığı bir niteliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Buna göre, müteahhidin teslim süresi gelmesine rağmen, edimini yerine getirmeyerek temerrüde düşmesi ve bu yüzden arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, sözleşmenin niteliğı ve özelliğı ile TMK 2. maddesindeki dürüstlük kuralları gözetilerek sözleşmenin sona ermesinin ileriye etkili olarak sonuç doğurabileceğı kabul edilmiştir.

Söz konusu içtihadı birleştirme kararında feshin ileriye etkili bir sonuç doğuracağı kabul edilmişse de, müteahhide tamamlamış olduğu kısım ile orantılı olarak sözleşmeyle kararlaştırılan karşı edimi arsa payının aynen taksim edilip edilmeyeceğı konusunda kararda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, böyle bir açıklık bulunmasa da, ileriye etkili fesih edildiğı kabul edilen sözleşmenin niteliğı gereğince, müteahhidin tamamlanan kısım ile orantılı olarak karşı edimi arsa payını talep edebileceğinin kabul edilmesi gerekir³²⁰.

³¹⁹ YİBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984, RG, Sa. 18325, s. 18, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.08.2017: “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «ani edimli» sözleşmeler gurubunda mütalâa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliğı yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiğı görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiğı gibi, inşaat sözleşmeleri «geçici - sürekli karmaşığı» bir özellik taşımaktadır. ... Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliğı (yani ikinciliğı) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabileceğı bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliğı (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliğı (uyuşmazlığın yalnızca BK m.106-108 uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliğı de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliğı ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.”; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erman**, Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri, s. 209-219.

³²⁰ Y. 15. HD, E. 2003/4795, K. 2004/1968, T. 07.04.2004, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Bahse konu içtihadı birleştirme kararı uyarınca ileriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalatın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir. Dava konusu olayda kararlaştırılan bedel (arsa tapusu) ve buna tekabül edecek bağımsız bölümler olduğundan, yüklenici işi tamamen ifa etseydi alabileceğı bağımsız bölüm (haliyle isabet eden tapu), işin yüklenici tarafından terkedildiğı seviyesine oranlanarak bulunacak fiziki orana denk gelen bağımsız bölüm ve tapusudur. Yani işin eksik bırakıldığı oranda yüklenici tapu almaya hak

Bu içtihadı birleştirme kararı göz önünde bulundurulursa, müteahhidin inşaatın büyük bir kısmını tamamlaması ve fakat teslim günü gelmesi sebebiyle temerrüde düşmesi ve bu yüzden arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi halinde, feshin ileriye etkili sonuç doğurması ve TMK 2. m. dürüstlük kuralı gereğince, müteahhidin yaptığı işle orantılı arsa payı talep etmesi mümkün olmaktadır³²¹.

Ancak, Yargıtay bir kararında, izinsiz (kaçak) inşaat yapılmasının kamu düzeni ile ilgili olduğunu belirterek, müteahhidin kaçak olarak inşaat başlması ve ruhsat almamakta direnmesinin başlı başına onun kusurunu oluşturacağını, bu durumda inşaat hangi seviyede olursa olsun arsa sahiplerinin istediği fesih kararının, geriye etkili fesih biçiminde verilmesi gerektiğini vurgulamıştır³²².

Sözleşmenin ileriye etkili fesih sonucu olarak, sözleşmenin fesih tarihine kadar sözleşme geçerliliğini sürdüreceğinden, bu tarihe kadar gerçekleşen gecikme tazminatının da talep edilmesi mümkün olacaktır³²³. Buna karşılık, sözleşmenin geçmişe etkili sona ereceği kabul edilmiş olsaydı, gecikme cezası talep edilmesi mümkün olmayacaktı³²⁴.

kazanamayacaktır. Bir örnek verilmek gerekirse işi tamamlasaydı yüklenici on adet bölüm alacak ise ve yüklenici işi terkettiğinde yaptığı işin tamamı tüm işin % 80'i ise bu halde ileriye etkili fesihte yüklenici 8 adet bölümün tapusuna hak kazanmış olacaktır.”

³²¹ Y. 15. HD, E. 2008/69, K. 2009/103, T. 16.01.2009, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: *“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 25.01.1984 gün, 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, ileriye etkili olarak feshine mahkemece karar verilmiş olması veya sözleşmenin, taraflarının iradelerinin birleşmesi sonucu taraflarca, ileriye etkili olarak sonuç doğurur şekilde feshi halinde yüklenici, sözleşme uyarınca kendisine verilmesi gereken bağımsız bölüm ya da bölümlerin adına tapuya tescilini veya ifa yerine geçen olumlu zarar kapsamında bedelini, arsa sahibinden talep edebilir.”*; Y. 15. HD, E. 2001/4235, K. 2002/409, T. 30.01.2002, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: *“inşaatın imara uygun hale getirilmesinin mümkün olmaması durumunda: Mahkemece verilen fesih kararı sonucu itibarıyla doğrudur. Fesih yanında menfi zarar kapsamında olan, oturulan yer kira bedelinin karar altına alınması, diğer isteklerin reddedilmesi gerekir. İnşaatın imara uygun hale getirilmesinin ve iskan ruhsatının alınmasının mümkün olacağına anlaşılması durumunda: “Tamamlanma seviyesinin % 95 olması da dikkate alınarak” sözleşmenin ileriye etkili olarak feshine karar verilmesi; davacıların gecikme nedeni ile kira istemlerinin, oturulan yer nedeni ile kira istemlerinin ve cezai şart istemlerinin de karar altına alınması gerekir.”*

³²² Y. 15. HD, E. 2001/1996, K. 2001/4384, T. 08.10.2001, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017.

³²³ Y. 15. HD, E. 1988/866, K. 1988/2520, T. 04.07.1988, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: *“...Sözleşmenin ortadan kaldırılması (fesh edilmesi), ortadan kaldırma gününe kadar kira ödencesinin (tazminatının) ödetilmesine engel değildir.”*; Y. 15. HD, E. 1998/2081, K. 1998/2403, T. 04.06.1998, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: *“Yüklenicinin kendi kusuru ile işi belli zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde uyumsuzluk, kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri çerçevesinde çözümlenir ise de; olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK'nun 2. maddede hükmü gözetilerek sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur biçimde*

Yargıtay'ın ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önceki kararlarına göre, sözleşmede kararlaştırılan sürede inşaatı teslim etmeyerek temerrüde düşen müteahhidin, arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi karşısında, ileriye etkili feshin sonuçlarından faydalanabilmesi ve yaptığı işle orantılı olarak arsa payı talep edebilmesi için inşaatı en az %90 seviyesine getirmesi gerekmekte idi³²⁵. Başka bir ifadeyle, fesih anında inşaatın %90

feshine karar verilebilir. Akdin ileriye etkili feshi halinde, sözleşmede belirtilen cezai şarta hükmedilir, geriye etkili fesih durumunda ise cezai şart isteği reddedilir.”

³²⁴ Y. 15. HD, E. 1979/1898, K. 1979/2012, T. 09.10.1979, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Eserin belli günde teslim edilmemesine bağlanan cezanın istenebilmesi için, sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak seçimlik hakkının kullanılmaması gerekir. Böyle bir cezanın istenebilmesi için sözleşme ayakta tutulmalıdır.”; Y. 15. HD, E. 1991/4076, K. 1992/1584, T. 26.03.1992, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Davacı iş sahibi kooperatif tarafından sözleşme feshedildiğine göre, taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olan cezaların "ifaya bağlı ceza" olduğu gözardı edilerek, cezai şarta hükmedilmesi de kabule göre doğru değildir.”; Y. 15. HD, E. 2005/7960, K. 2006/1539, T. 20.03.2006, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Davacı arsa sahipleri sözleşmeyi haklı nedenlerle feshetmiş olduklarından varsa menfi zararları ve yapılan fazla ödemelerin tahsilini isteyebilirler. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça akdin feshi halinde müspet zararların akdi fesheden tarafça istenmesi mümkün değildir. Yanlar arasında düzenlenen sözleşmenin dördüncü safesinde gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel ve cezayı aşan gecikme tazminatı ifaya bağlı müspet zarar kapsamındadır ve akdin feshi halinde dahi istenebileceğine dair sözleşmede hüküm bulunmamaktadır. Bu hale göre sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı ve akdin feshi de talep edilip feshe karar verildiğinden gecikme tazminatına dayanan alacak isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamıştır.”

³²⁵ Y. 15. HD, E. 1999/1658, K. 1999/2437, T. 10.06.1999, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Davadan önce yaptırılan delil tesbitine göre, inşaatın %73 seviyesinde olduğu saptanmış ve bu tesbite dayanılarak, eldeki fesih davası açılmıştır. Her dava, kural olarak, açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilir. Nevar ki, delil tesbitini takiben ihtiyati tedbir kararı alınmadığı ve dava dilekçesi de böyle bir talebi içermediği için yüklenici devam etmek suretiyle inşaatı %92 seviyesine getirmiş ve bu husus, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ile tesbit edilmiştir. Yine Dairemizin uygulamasına göre, davadan sonra inşaatın % 90'nın üzerinde bir seviyeye getirilmesi halinde, artık, geriye etkili biçimde feshe (dönme) karar verilemez. Bu fesih, ileriye etkili olmalıdır.”; Y. 15. HD, E. 2000/5230, K. 2001/1311, T. 15.03.2001, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporlarından inşaatın %88 oranında tamamlandığı anlaşılmakta ise de, inşaatın tasdikli plan ve projesinin bulunup bulunmadığı, ruhsat alınıp alınmadığı ve 3194 sayılı İmar Kanunu'na uygun biçimde inşaatın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği anlaşılamamıştır. İmar Kanunu kaçak ve çarpık yapılaşmayı önlemek ve düzenli bir yerleşim sağlamak amacıyla çıkarılmış bir yasa olup, inşaatların yapımında kanunun emrettiği hususlara uyulması ve yasa gereği oluşturulan imar planı ve projelerine uygun şekilde inşaat yapılması gereklidir. Bu nedenle mahkemece bilirkişilerden ek rapor alınarak inşaatın yasal şartlara uygun şekilde yapılıp yapılmadığının tesbiti, uygun değilse ve mahkemece verilecek mehil sonucunda idari mercilere müracaatla dahi yasal hale getirilemiyorsa şimdi olduğu gibi akdin feshi ve tapuların iptaline karar verilmeli, aksi takdirde yasal hale getirilmesi için yükleniciye mehil verilip inşaatın ulaştığı %88 seviye ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere de satıldığı anlaşıldığından YBGK'nın 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca akit ileriye etkili biçimde feshedilerek inşaatteki eksiklikler oranında tapu iptaline karar verilmesi gerekirken”; YHGK, E. 2001/14-288, K. 2001/330, T. 04.04.2001, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Yüklenici sözleşme koşullarını yerine getirdiği takdirde, kazandığı kişisel hak sonucu, kendisine satılan bağımsız bölümlerin mülkiyetinin adına nakledilmesini isteyebilir. Bu hak yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişiler için de geçerlidir. Eğer yüklenicinin noksan bıraktığı iş pek az bir boyutta ise, arsa sahibi tarafından tahammülü mümkün ölçülerde ise bu eksikliklerin tamamlanması veya tutarının para olarak ödenmesi suretiyle de tescil istenebilir. Somut olayda, inşaatı terk eden yüklenici inşaatın % 81 oranında bitirip % 19 oranında

seviyesinde olmaması durumunda, müteahhit yaptığı işin karşılığını para olarak talep edebilecek³²⁶, inşaatı getirdiği seviyeye uygun arsa payı talebinde bulunamayacaktı. Ancak, Yargıtay'ın yeni kararlarında, dürüstlük kuralı gereği yüklenicinin ifasını temel olarak bazen kısmen, bazen ret olunamayacak oranda, bazen de büyük ölçüde yerine getirmesi kriterini kullandığını; bazı davalarda inşaat ediminin sözleşmenin geçersizliğini istemeye engel ölçüde

noksan bıraktığından, bu noksanlık pek az bir boyutta ve arsa sahibince tahammülü mümkün nitelikte kabulü isabetsizdir.”; Y. 15. HD, E. 2002/139, K. 2002/2397, T. 08.05.2002, www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Bilirkişi raporuna göre inşaatın getirildiği seviyenin %90 olduğu gerçektir. Öte yandan, yapının arsa sahibi tarafından teslim alındığı ve kendisine düşen bazı bağımsız bölümleri 3.kişilere kiraladığı da dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu haliyle arsa sahibi tarafından sözleşmenin feshinin istenmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz.”; Y. 15. HD, E. 2003/4328, K. 2004/1320, T. 10.03.2004, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “Gerçekten, 25.1.1984 tarih ve 3/1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu karar gerekçesinde vurgulandığı biçimde, eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin, inşaatı tamamladığı kısmın getirildiği seviye ve olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüst davranma kuralı doğrultusunda sözleşmenin ileriye etkili feshi olanağı varsa da bunun için öncelikle ve özellikle yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın sözleşme konusunun bütününe göre getirildiği seviyeye bakmak lazımdır. Zira, ileriye etkili fesihte öne çıkan düşünce yükleniciyi korumak, inşaatları getirdiği seviyeye göre sembolik bir para ile feshin sonuçlarından zarar görmesinin önüne geçmektir. Bilirkişi raporlarına bakılırsa, yüklenicinin arsa sahiplerine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesi ancak %86'dır. Sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı açık-seçiktir. O halde, olayda borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapmayı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanma olanağı yoktur. Başka bir anlatımla, yüklenicinin tasfiyenin ileriye etkili fesih hükümlerine göre yapılması istemi kabul edilemez.”; Y. 15. HD, E. 2011/192 - K. 2011/3284, T. 2.06.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Kural olarak, BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kısmi ifadan sözedilemez ise de, 25.01.1984 gün ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında, müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın BK'nın 106-108. maddelerine göre çözümleneceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Gerek Dairemizin, gerekse Hukuk Genel Kurulu'nun uygulamaları bu doğrultudadır. Hemen belirtmelidir ki, ileriye etkili fesihte müteahhit, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) müteahhitten isteyebilmektedir. Bu nedenlerle fesih isteme tarihinde inşaatın getirildiği seviyenin tesbiti çok önem arz etmektedir. Kuşkusuz teknik bir konu olan seviye tesbiti HUMK'nın 275. madde hükmüncü uzman bilirkişiler tarafından saptanacaktır. Yine ileriye etkili fesihte tasfiye sonucunun da kararda açık seçik gösterilmesi ve yeni uyuşmazlıklara neden olunmadan taraflara aidiyeti gereken payların (bağımsız bölümlerin) HUMK'nın 388 ve 389. maddeleri hükmüncü infazda tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenmesi zorunludur.”.

³²⁶ Yargıtay kararlarında genel olarak kabul edildiği üzere, bu bedel sebepsiz zenginleşmenin meydana geldiği tarih esas alınarak saptanmalıdır: Y. 15. HD, E. 1988/2323, K. 1989/2225, T. 01.05.1989, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “... mahkemece alacağın muaccel olduğu tarihteki rayiç değerler esas alınarak ödetme kararı vermek yerine dava tarihindeki bedellere göre bilirkişilerin çıkardıkları alacağına hükmedilmesi yanlıştır.”; Y. 15. HD, E. 1990/1315, K. 1990/5386, T. 10.12.1990, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017 “Davalı-karşı davacı yüklenicinin, sözleşmenin feshi ile üzerine geçirilen tapunun iptal edildiğine göre; yaptığı inşaatın bedelini istemeye hakkı vardır. Davalı yüklenicinin işten el çektiği tarihteki m2 rayiç bedelinin tespiti ile uzman bilirkişi aracılığı ile yüklenici alacağı saptanarak hasıl olacak sonucu uygun bir karar verilmesi gerekirken...”.

tamamlanma yüzdesi kriterini esas aldığı, tamamlama yüzdesi kriteri açısından ise bazı temyiz dairelerinin kimi zaman %70, %80 ve üstünü yeterli bulduğu bazı temyiz dairelerinin ise %90 ve üstü gibi tamamlanma oranını gerekli bulduğu pek çok farklı kararı vardır: Yargıtay 15. HD. 1990/4862 E. ve 1991/421 K. Sayılı ve 05.02.1991 tarihli kararında ileriye etkili fesih sonucu için %70.5 üstü inşaat tamamlama oranını yeterli bulmuş, daha yeni kararlarda Yargıtay 23. HD ise farklı bir oran kullanarak 2013/3588 E. ve 2013/5446 K. Sayılı ve 17.09.2013 tarihli kararında ileriye etkili fesih sonucu için %90 ve üstünü gerekli bulurken; bir başka daire olan Yargıtay 14. HD 2011/15597 E. ve 2012/216 K. Sayılı ve 16.01.2012 tarihli kararında ileriye etkili fesih sonucu için %80 ve üstü inşaat tamamlama oranını yeterli bulmuştur³²⁷.

Bu nedenle, sözleşmenin ileriye etkili mi yoksa geçmişe etkili mi sona erdirilmesi tespitinde, Yargıtay kararlarının bir çoğunda “%90 ve üzeri” oranının kriter olarak kabul edilmesinin bir örnek³²⁸ olarak değerlendirilmesi gerekmektedir³²⁹. Zira, esas olanın inşaatın tamamlanma oranından ziyade dürüstlük kuralı olduğu unutulmamalıdır³³⁰.

³²⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 480/2 m. "*Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.*" Şeklinde. Madde Gereğesine bakıldığında, maddenin ikinci fıkrasına, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 365 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmeyen bir cümle eklendiği görülmektedir. Buna göre: "Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır." Böylece, eser sözleşmesinin her zaman ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır. Bilindiği gibi, 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, eser sözleşmesinin yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106 ilâ 108 inci maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunu'muzun 2'nci maddesi hükmünün gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Tasarımın 480'nci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümleyle, yüklenicinin aynı maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda da, menfaatler dengesinin gözetilmesi bakımından, öğretide savunulan ve Yüksek Mahkememizin de kabul ettiği görüşe uygun bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür. Böylece, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, sadece ileriye etkili sonuçlar doğuran fesih hakkını kullanabilecektir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, son zamanlarda %90 ve üzerini ve %90'ın altındaki (çok fazla düşük olmamak şartıyla) oranları da durum haklı gösteriyorsa ileriye etkili fesih için yeterli kabul etmektedir.

³²⁸ İnal, Emrehan, s. 1206-1208 ve s. 1216: "*Bu konuda özellikle belirtmek gerekir ki, birçok Yargıtay kararında örnek olarak zikredilen, inşaatın seviyesine ilişkin “%90 ve üzeri oranı”, dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin ileriye etkili sona erdiğinin kabul edilmesini gerektirebilecek durumlara sadece bir örnek teşkil etmektedir; yoksa kesin ve mutlak bir ölçüt o, ezbere uygulanacak bir dogma değildir.*"

Önemle belirtmek gerekir ki, inşaat ileriye etkili bir sonuç doğurmaya elverişli bir seviyeye gelmemiş olsa dahi, arsa sahibi sözleşmeyi ileriye etkili olacak şekilde feshetmişse, artık müteahhidin inşaatı tamamladığı oranda arsa payı talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir³³¹.

D. Sözleşmenin Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin temerrüde düşmesi halinde, müteahhitten hak iktisap eden üçüncü kişinin hukuki durumu, müteahhit ile arsa sahibi arasındaki hukuki durumdan etkilenecektir. Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sözleşmenin geçmişe ve ileriye etkili sona erme şeklindeki iki durumun arsa sahibi ve müteahhidin durumları üzerine etkisi farklıdır. Bu nedenle, sözleşmenin geçmişe etkili sona erme ve ileriye etkili sona erme ihtimallerinin ayrı ayrı incelenmek suretiyle üçüncü kişinin hukuki durumunun tespit edilmesi gerekmektedir.

2. Sözleşmenin Geçmişe Etkili Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

a. Üçüncü Kişinin Aynı Hak İktisap Etmesi Halindeki Hukuki Durumu

Arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini müteahhidin temerrüdü üzerine dönme suretiyle geçmişe etkili olarak sona erdirdiği ve üçüncü kişinin müteahhitten aynı bir

³²⁹ İnal, Emrehan, s. 1208: Yazar, verdiği bir örnekte, “tamamlanma oranını %90 ise sözleşme ileriye etkili, %89 ise geçmişe etkili sona erer” şeklinde ezberci bir yaklaşıma karşı olduğunu, tamamlanma oranındaki %1’lik farka göre dürüstlük kuralının gereğinin tespit edilemeyeceğini belirtmektedir.

³³⁰ Bkz. Coşkun, s. 118; İnal, Emrehan, s. 1208; Nitekim, içtihadı birleştirme kararında da, “*olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun’un 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı*” şeklinde ifadelere yer verilmiş olduğu açıkça görülmektedir.

³³¹ Y. 15. HD, E. 2002/1785, K. 2002/4393, T. 03.10.2002, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 02.12.2017: “*Davacı arsa sahibi yüklenicinin temerrüdünden ötürü sözleşmenin feshini ve başlangıçta intikal ettirilen payların iptalini istemişti. O tarihte temerrüdün varlığı inşaatın ulaştığı seviye bakımından açıktır. Dolayısıyla fesih istemi yerindedir. Ne var ki halen ulaşılan %70-80 seviye itibariyle davacı taraf temyiz dilekçesinde ileri dönük fesih niteliğinde olarak "sözleşmenin noksanlık oranında" feshi şeklinde istemde bulunmuş olmakla bilirkişi marifetiyle yüklenicinin edimini yerine getirdiği oranda bağımsız bölümün tesbiti ile kalan noksanlar oranında bağımsız bölümün iptaline karar verilmesi gerekirken...*”.

hak iktisap ettiği durumlarda, üçüncü kişinin hukuki durumunun tespiti, dönmeyle birlikte sözleşmenin tasfiyesine uygulanacak hükümlere ilişkin teorilerle belirlenmektedir³³².

Klasik dönme teorisi olarak da adlandırılan sebepsiz zenginleşme görüşü, dönmeden önce yapılan ve aynı hak kazandırıcı nitelikte olan işlemlerin dönmeden etkilenmeyeceğini, arsa sahibinin, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca müteahhitten talepte bulunabileceğini, bu bağlamda dönmeden önce yapılan tasarrufi işlemlerin iadesine yönelik taleplerin, aynı bir talebe konu olmayıp, şahsi bir talep hakkı ihtiva ettiğini belirtmektedir. Başka bir deyişle, arsa sahibinin tapu sicilinden devrettiği arsa payları, dönme anında hala müteahhidin elindeyse arsa paylarının iadesi söz konusu olabilecek iken, dönmeden önce müteahhidin arsa paylarını bir üçüncü kişiye devretmiş olması durumunda, arsa sahibinin iade talebinin şahsi bir talep hakkı ihtiva etmesi sebebiyle, üçüncü kişiye devredilmiş olan arsa paylarının iadesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, müteahhit, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre arsa sahibinin zararını parasal olarak ödemekle yükümlü olacaktır³³³.

Kanuni borç ilişkisi olarak adlandırılan görüşün uygulanması da esas itibarıyla klasik dönme teorisi olarak da adlandırılan sebepsiz zenginleşme görüşüyle aynı sonuçları

³³² Bu çalışmada bkz. Üçüncü Bölüm, IV, A.

³³³ **Altınkan**, s. 212; **Kırca**, Çiğdem: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2007, s. 83; **Erman**, İnşaat, s. 177-178: Yazar, arsa sahibinin müteahhide tapuda devretmiş olduğu arsa paylarının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandığını, müteahhit adına yapılan tescilin de geçerli bir tescil olduğunu, müteahhidin kendi edimini yerine getirmemesinin sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğini, arsa sahibinin müteahhidin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi halinde müteahhit adına tapudaki mevcut kayıtların yolsuz tescil haline gelmeyeceğini, bu durumda arsa sahibinin sözleşmenin geçersiz hale gelmesi nedeniyle sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca geri isteme hakkının söz konusu olacağını, müteahhitten tapuda arsa payı devralmış iyiniyetli üçüncü kişilerin elde ettikleri mülkiyet haklarının, arsa sahibinin sözleşmeyi ister geçmişe ister ileriye etkili olarak sona erdirmesi halinde, herhangi bir şekilde etkilenmeyeceğini savunmaktadır. Ayrıca, sözleşmeden dönme halinde müteahhide devredilen arsa payları bakımından baştan itibaren yolsuz tescil meydana geldiği görüşünün kabul edilmesi halinde dahi, müteahhitten arsa payı elde eden üçüncü kişilerin bu aynı haklarının TMK'nın 1023. maddesi çerçevesinde korunacağını, üçüncü kişinin müteahhidin karşı ediminin karşılığı olarak arsa paylarının mülkiyetinin devredildiğini bilmesi durumunda bile TMK'nın 1023. maddesi anlamında iyiniyetinin ortadan kalmayacağını belirtmektedir.; **Öz**, Dönme, s. 241-242: Yazar, sözleşmeden dönülmesi üzerine, kazanılmış aynı hakların da geçmişe etkili olarak geri dönmesinin gerek yasaya gerek çıkarlar dengesine uygunluk bakımından yerinde olacağını belirtmektedir.; **Tunçomağ**, s. 952: Yazar, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması halinde dahi, kazanılmış aynı hakların geçerliliğini koruyacağını, ancak sebep ortadan kalktığı için sebepsiz zenginleşme kurallarına göre bunların geri istenebileceğini kabul etmektedir.

doğurmaktadır³³⁴. Bu bağlamda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları olan arsa sahibi ve müteahhidin geri verme borcu, sebepsiz zenginleşme görüşünde olduğu gibi, aynı bir talep hakkını değil, şahsi bir talep hakkını ihtiva ettiğinden müteahhidin arsa sahibinden devraldığı payları bir üçüncü kişiye devretmesi durumunda arsa sahibinin arsa paylarını geri alması mümkün olmayacaktır³³⁵.

Borç ilişkisinin dönme ile birlikte tasfiye sürecine gireceği görüşünü savunan dönüşüm teorisinin uygulaması, ifa edilmiş edim borçlarının sözleşmeye dayanan geri verme borcuna dönüşeceğini ve dönmenin sadece borçlandırıcı işlemlere etki edeceğini savunmakta, dönmeden önceki aynı kazanımların geçerliliğinin korunacağını ifade etmektedir. Bu bağlamda, sözleşme sona ermediğinden temel ilişkideki tasarruf işlemleri de hala geçerli sayılacak ve mülkiyet hakkını iktisap edenin kazanımı korunacaktır. Başka bir deyişle, arsa sahibi dönmeyle birlikte yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi gerektiğinden bahisle bu kişisel hakkına dayanarak üçüncü kişilere karşı tapu iptali ve tescili davası açarak ya da tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak arsa paylarının lehine tescilini talep edemeyecektir³³⁶.

Aynı etkili dönme teorisi ise, hukuki sebebe bağlılık ilkesine dayanmakta, dönme işlemine aynı etki tanımaktadır. Buna göre, dönmeden önce ifa edilmiş olan edimler ve bunlara ilişkin olarak devredilmiş olan mülkiyet haklarının iadesi sebebe bağlılık ilkesine göre tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla talep edilebilecektir. Başka bir deyişle, müteahhitten arsa payı devralan üçüncü kişiler malik olmayan birinden hak iktisap eden kişi konumuna düşecektir. Ancak, doktrinde aynı etkili dönme teorisine itibar eden yazarların bir bölümü, bu durumdaki üçüncü kişilerin TMK'nın 1023. maddesine göre iyi niyetli sayılacağını, dolayısıyla kazanımlarının korunacağını, kötü niyetli olduklarının ispat edilmesi halinde ancak kazanımlarının korunamayacağını ifade etmektedir³³⁷.

³³⁴ Her iki görüş arasındaki en temel farklılık zamanaşımı süreleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, TBK'nın 82. maddesi uyarınca hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımı süresi uygulanmakta iken; kanuni borç ilişkisi görüşüne göre ise, TBK'nın 146. maddesi uyarınca her ihtimalde on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

³³⁵ **Altınkan**, s. 212-213; **Kırca**, s. 84.

³³⁶ **Altınkan**, s. 213; **Kırca**, s. 84.

³³⁷ **Altınkan**, s. 213-214; **Buz**, Dönme, s. 140-142; **Kırca**, s. 85-86.

Ezcümle, aynı etkili dönme teorisi dışındaki yukarıda açıklanan teoriler, dönme işleminden önceki tasarrufları işlemlere etki etmezken, aynı etkili dönme teorisi ise tasarrufları işlemlere etki etmektedir. Diğer bir deyişle, dönmeyle birlikte temel ilişkinin ortadan kalkacağını, buna dayanarak yapılan tescillerin baştan itibaren yolsuz sayılacağını, müteahhidin hiçbir zaman mülkiyet hakkını kazanamayacağını, arsa sahibinin müteahhide karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğini savunmakta iken, TMK'nın 1023. maddesi uyarınca müteahhitten hak iktisap eden üçüncü kişilerin aynı kazanımlarının ise korunması gerektiğini belirtilmektedir³³⁸.

Diğer yandan, tapu siciline güvenin korunması ilkesi uyarınca, müteahhitten arsa payı iktisap eden üçüncü kişinin kazanımlarının korunması gerektiğine ayrıca değinmek gerekir. Bu bağlamda, tapu siciline güvenerek aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin durumları, kanun tarafından iyiniyetli olup olmadıkları yönünde yapılan ayrımla düzenlenmiştir. Buna göre, TMK'nın 1023. maddesi iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenerek kazandıkları aynı hakların korunacağını, TMK'nın 1024. maddesi ise tescilin yolsuz olduğunu bilen ya da bilmesi gereken ve bu sebeple iyiniyetli sayılmayacak üçüncü kişilerin kazandıkları aynı hakların korunmayacağını düzenlemektedir.

Kanaatimizce, müteahhitten aynı hak iktisap eden üçüncü kişi, çok istisnai durumlar haricinde, müteahhidin temerrüde düşerek arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanacağını ve bu suretle müteahhidin mülkiyetinde olan arsa paylarına ilişkin tescilin yolsuz olduğunu bilebilecek durumda olmadığından, tapu siciline güvenerek müteahhitten arsa payı devralan üçüncü kişinin iktisap ettiği aynı haklarının korunması ve tescilin yolsuz olduğunun kendisine karşı ileri sürülebilmesi gerekmektedir³³⁹. Aynı hakkı bir başkasına devretmek maksatlı müteahhidin yaptığı veya yapacağı borçlandırıcı işlem olan sözleşmelerin üçüncü kişi tarafından bilinmesi, kötü niyetli sayılmasına yol açmayacaktır³⁴⁰. Nitekim,

³³⁸ Altınkan, s. 214; Kırca, s. 87; Yener, Temerrüt, s. 126.

³³⁹ Altınkan, s. 216; İnal, Emrehan, s. 1212-1216; Serozan, Dönme, s. 571; Kırca, s. 89-90: Yazar, iyi niyetin ispat edilebilmesinin niteliği itibarıyla çok güç ve çoğu zaman imkansız olduğunu belirtmekte, kötü niyetin ispatının ise çok daha kolay olduğunu ifade etmektedir.

³⁴⁰ Erman, İnşaat, s. 178: Yazar, müteahhitten arsa payı elde eden üçüncü kişilerin bu aynı haklarının TMK'nın 1023. maddesi çerçevesinde korunacağını, üçüncü kişinin müteahhidin karşı ediminin karşılığı olarak arsa

üçüncü kişi müteahhidin bir başka kişi ile borçlandırıcı işlemde bulunduğunu bilse bile tapu siciline güvenerek hareket etmekte ve bu suretle iyi niyeti bozulmamaktadır. Tescilin temeldeki işleme bağlı bir takım belgelerle birlikte kütüğe kaydedildiği ve temeldeki işlemin söz konusu belgelerden yolsuz olduğunun anlaşıldığı durumlarda dahi, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı söylenemeyecektir. Kaldı ki, üçüncü kişinin söz konusu belgeleri incelemek gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır³⁴¹.

Karşı görüşte olan Öz³⁴², arsa sahibi henüz sözleşmeden dönmemiş olmasına rağmen, dönme hakkının doğmuş ve yakında kullanılmasının söz konusu hallerde, mülkiyeti devralan üçüncü kişilerin kötü niyetli kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir³⁴³.

TMK'nın 1023. maddesi gereğince iyi niyetli olduğu kabul edilen ve tapu siciline güven ilkesinden faydalanacak olan kişinin üçüncü kişi olması gerekmektedir. Adına yolsuz tescilde bulunulan kişi ile onun külli halefleri ise bu anlamda üçüncü kişi sayılmamaktadır³⁴⁴.

Aynı hakların aksine alacak haklarının herkese karşı ileri sürülemeyeceğini ve sadece borçluya karşı ileri sürülebileceğini ihtiva eden ilkeye nisbilik ilkesi denir³⁴⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sadece taraflar arasında yükümlülük ve hak doğuran bir sözleşme olup, taraflar sözleşmeden doğan alacak haklarını yalnızca birbirlerine karşı ileri sürebilir. Buna göre, tapudan aynı hak iktisap eden üçüncü kişilere karşı sözleşme ilişkisinin ileri

paylarının mülkiyetinin devredildiğini bilmesi durumunda bile TMK'nın 1023. maddesi anlamında iyiniyetinin ortadan kalmayacağını belirtmektedir.

³⁴¹ Altınkan, s. 217; Erman, İnşaat, s. 177-178; Kırca, s. 91.

³⁴² Öz, Dönme, s. 260-261.

³⁴³ Y. 15. HD, E. 2002/367, K. 2002/1946, T. 18.04.2002, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: *“Somut olayda, vadenin dolduğu 30.8.1998 tarihinde, inşaatın seviyesi % 7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır. Verilecek bir mehlin de tesirsiz kalacağı açık olduğundan, davacı arsa sahiplerinin BK.nun 106/II. ve 107. maddeleri uyarınca sözleşmeden dönme hakları doğmuş olup, sözleşmenin geriye etkili feshini ve tapuların da iadesini dava edebilirler. Tapu kaydına dayanarak, bir parseli kayden iktisap eden kişilerin iyi niyetleri de, hiç şüphe yok ki, korunacaktır (MK. Eski madde 931, yeni madde 1023)... davalılardan Tevfik'in iyi niyetli olup olmadığı; başka bir anlatımla, satın aldığı parsellerin -aslında- davacılara ait olduğunu, kat karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle devredildiğini bilip bilmediği veya normal bir araştırma ve göstereceği özen sonucu bilip bilemeyeceği araştırılmamış...”*

³⁴⁴ Altınkan, s. 217; Coşkun, s. 142; Kırca, s. 90; Yener, Temerrüt, s. 130.

³⁴⁵ Altınkan, s. 217; Kılıçoğlu, Genel, s. 23; Kırca, s. 95.

sürülebilmesi, alacak hakkının nisbiliği ilkesine aykırılık teşkil eden bir uygulama olacaktır³⁴⁶.

Yargıtay ise, gerek arsa sahibinden pay devralan müteahhidin iktisabına ilişkin tescilin ve gerekse müteahhitten aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin kazandığı mülkiyet hakkına ilişkin tescilin sözleşmeden dönülmesi halinde yapıldığı andan itibaren yolsuz tescil olarak kabul edilmesi gerektiğini³⁴⁷, üçüncü kişinin, mülkiyetin gerçekte müteahhide ait olmadığını, arsa payı karşılığı müteahhide bu payın verildiğini, müteahhidin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bildiğini ve dolayısıyla arsa sahibi tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devraldığını, bu suretle arsa sahibinin baştan müteahhitten aynı hak iktisap eden üçüncü kişilere karşı zamanaşımına tabi olmayan yolsuz tescilin düzeltilmesi davası³⁴⁸ açabileceğini kabul etmektedir³⁴⁹.

³⁴⁶ Altınkan, s. 217-218; Kırca, s. 95; Yener, Temerrüt, s. 126.

³⁴⁷ Y. 15. HD, E. 2010/3593, K. 2010/4847, T. 28.09.2010, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “... Az yukarıda açıklandığı üzere; arsa sahiplerince yüklenici şirkete intikâl ettirilen pay kayıtlarının tescili yüklenici şirkete kural olarak aynı haklar sağlamaz. Çünkü, aynı haklar illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması, mülkiyet hakkının doğması için geçerli olmayıp; ayrıca geçerli bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir. Yüklenici şirketle davacılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geriye etkili sonuç doğurur şekilde fesih olunduğuna göre, Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve "haksız iktisap kuralları" uyarınca tarafların aldıklarını karşılıklı olarak iade etmesi gerekir. Bu yasal nedenlerle, yüklenici şirket tarafından dava dışı F.. D.'ye temlik olunan ve onun tarafından da davalı N... Ö...'e temlik edilen pay kaydının edinme sebebi, hukuksal dayanaktan yoksun kalmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü gereğince, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı, yasal kural olarak korunur ise de; aynı Yasa'nın 1024. maddesi hükmü gereğince, bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi, bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Somut olayda ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan yapı, inşaat halinde olduğu ve yüklenici şirket tarafından tamamlanmadan terkedilmiş bulunduğu halde davalı tarafından pay kaydı iktisap olunduğundan davalı, iktisabında iyiniyetli kabul edilemez ve Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz.”

³⁴⁸ Y. 15. HD, E. 2003/492, K. 2003/1252, T. 10.03.2003, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “... Arsa sahipleri ise; gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak bu tapuların iadesini (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) talep edebilir.”

³⁴⁹ YHGK, E. 2001/1-422, K. 2001/434, T. 23.05.2001, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler Medeni Yasanın 931. maddesinin koruyuculuğu altına alınmışlar, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmişler dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir... Oysa, davalının

Yargıtay'ın, dönme üzerine sebepsiz zenginleşme görüşüne³⁵⁰ itibar ettiğini belirtmesine karşın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesiyle birlikte üçüncü kişilere devredilmiş olan arsa paylarının arsa sahibi lehine tescil edileceği yönündeki görüşüyle, aslında aynı etkili dönme teorisini benimsediğini söylemek mümkündür³⁵¹.

henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlığı, bunun içerisinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı olayların ceryan tarzından tapudaki ipotek şerhinden ve yanlar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişinin girse dahi alıcının arsanın gerçekte, yükleniciye ilişkin olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Sair bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Medeni Yasanın 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanması söz konusu olamaz.”; Y. 15. HD E. 2005/6533, K. 2006/618, T. 09.02.2006, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “...yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümlerin tamamının ikmal edilmesine rağmen arsa sahibine bırakılacak kısımların %40 seviyesinde inşa olup inşaatın terk edildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle inşaat fiilen sözleşmesine uygun biçimde tamamlanmadığı gibi, imar durumuna da uygun olmadığı ve projesine aykırı olarak kaçak kat yapıldığı, zeminde de projeye uyulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yüklenicinin ve kendisinden bağımsız bölüm satın alan kişilerin akdin ifa olunduğu gerekçesiyle tapu talep etmeleri ve evvelce işin avansı olarak devredilen tapuda hak kazandıklarının kabulü mümkün değildir. Bu nedenle mahkemenin akdin geriye etkili şekilde feshine karar vermesi kural olarak yerinde bulunmaktadır. Ne varki yapılan inşaatı çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında akdin ileriyelikli fesih şartları da araştırılmalıdır. Ancak kaçak bir yapılaşmada projeye aykırı yerlerin yasal hale getirilmediği sürece bu yerler üzerinde bir hak sahibi olunamayacağı da ortadadır. Diğer yandan arsa sahibine ait bölümler tamamlanmadıkça da yine ileri etkili fesih şartlarının oluştuğu kabul edilmez. Dosya kapsamından davalılara mehil verilmesi halinde inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının sorulması, yasal hale getirilebiliyor ise davacının 01.12.1999 tarihli dilekçesi de gözetilerek bilirkişilerden ek rapor alınarak yasallaştırılması için yapılması gereken işlemlerin açıklattırılması, davalılara uygun bir mehil ve yetki tanınması ve sonucuna göre ileri etkili feshin düşünülmesi gerekirken...”.

³⁵⁰ Y. 15. HD, E. 2012/5568, K. 2013/165, T. 17.01.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “12.11.1997 tarihli Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin tarafı olan SS B... Grup Konut Yapı Kooperatifi yüklenici; SS S... Konut Yapı Kooperatifi ise arsa sahibidir. Yüklenici tarafından yapılan inşaatın, imar mevzuatına uygun ve dolayısıyla “yasal yapı” niteliğinde olduğu, sözleşmenin taraflarının kabulündedir. Yanlar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kesinleşen mahkeme kararıyla “geriye etkili sonuç doğurur” şekilde fesih olunduğuna ve yüklenici kooperatif tarafından yapılan inşaat yasal yapı niteliğinde bulunduğuna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği 20.06.2007 tarihi itibarıyla; yapılan işin bedelinin, somut olayda uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 61 ve izleyen maddeleri hükümleri gereğince ve “haksız iktisap” kuralları uyarınca, serbest piyasa fiyatlarıyla uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile yapılacak keşif ve yaptırılacak inceleme sonucu belirlenmesi gerekmektedir.”.

³⁵¹ **Kırca**, s. 86: “Kanaatimizce dönme hakkının hukuki niteliği açısından Yargıtay'ın görüşü aynı etkili dönme görüşü grubuna girmektedir.”; Y. 23. HD, E. 2014/6486, K. 2014/6291, T. 15.10.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.”.

Üçüncü kişiden aynı hak iktisap eden diğer üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın iktisap ettikleri aynı haklarının korunması gerekmektedir. Ancak, Yargıtay uygulaması bu yönde olmayıp; gerek üçüncü kişilerin gerekse de üçüncü kişiden hak iktisap eden diğer üçüncü kişilerin de TMK'nın 1023. maddesiyle düzenlenen tapu siciline güvenin korunması ilkesinden yararlanamayacağı, arsa sahibi tarafından bu sonuncu kişilere karşı da dava açabileceği yönündedir³⁵². Yargıtay, üçüncü kişilerin TMK'nın 1023. maddesinden yararlanamayacağına ilişkin içtihatlarını; inşaat henüz tamamlanmadan müteahhidin arsa sahibinden karşılık mahiyetinde pay devralmasının "avans" niteliğinde olduğunu belirtmek suretiyle desteklemektedir³⁵³.

³⁵² YHGK, E. 1995/1-15, K. 1995/70, T. 15.02.1995, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: "Çekişme konusu pay tapusunun, davalı tarafından edinilmesine ilişkin tapu memurluğunda düzenlenen akit tablosunda açıkça ifade edilen 27.4.1988 tarih 2562 yevmiye numaralı yine tapu memurluğunda düzenlenen resmi senette ise, davalının bayiinin yüklenici olduğu, inşaat sözleşmesince yükleniciye temlik edilen arsa paylarının inşaatın yapılması amacıyla gerçekleştirildiği, bu temlik nedeniyle yükleniciden bir para alınmadığı, inşaatın tamamlanmaması halinde arsa sahiplerinin uğrayabilecekleri muhtemel zararları karşılamak üzere arsanın tamamı üzerinde "inşaat teminat ipoteği" tesis edildiği belirtilmiştir. Bu açıklık karşısında, davanın çekişme konusu payı temellük ettiği tarihte artık bayiinin, yüklenici olduğu, tapuda kayden malik bulunduğu paylarının arsa sahibi davacıların arsalarında inşaat yapması koşuluyla kendisine bedelsiz olarak temlik edildiğini bilmesi gereken kişi durumunda olduğunun kabulü gerekir. Aksi bir görüşün hayatın olağan akışına aykırı düşeceği aşikârdır."; Y. 15. HD, E. 1998/3274, K. 1998/3915, T. 19.10.1998, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: "İnşaatları daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı sahada yer alan bu kişiler, davalı Secahattin'den pay satın almışlardır, bir kısmı ise Secahattin'in sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerinde yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerinin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK.nun 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez."

³⁵³ Y. 15. HD, 2011/6559, K. 2012/3377, T. 14.05.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: "Yükleniciden pay satın alınması ve sözleşmenin geriye etkili feshi halinde yapılan devirler avans niteliğinde olduğundan devralan kişilerin ya da onların devrettiği diğer şahısların iyiniyet savunmalarının dinlenmesi mümkün değildir."; Y. 15. HD, E. 2004/3299, K. 2005/1234, T. 04.03.2005, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: "İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur. Bu nedenle dava konusu olayda İnşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede olmadığı gibi esasen mahkemece akdin geriye etkili şekilde feshine karar verilip bu husus kesinleştiğinden yükleniciye ait yerleri satın alan davalılar hakkındaki tapu iptal ve tescil isteminin kabul edilmesi, dava aşamasında bir kısım tapuların intikal görmesi nedeniyle yeni maliklerin davaya katılması veya bedel talebi HUMK. 186. madde gereğince değerlendirilip dava sonuçlandırılmalıdır."; Y. 15. HD, E. 1998/2147, K. 1998/2779, T. 24.06.1998, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: "Yüklenicinin, ücrete (bağımsız bölümlere) hak kazanabilmesi, edimini ifa etmesine, yani inşaatı eksiksiz ve kusursuz yapıp teslim etmesine bağlıdır. İşin başında, yükleniciye bir kısım tapu paylarının geçirilmesi, deyim yerindeyse, avans niteliğindedir. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu tapu payları, BK'nin 108/I. maddesi uyarınca, talep halinde, arsa sahibine geri döner. Yükleniciden, inşaat halindeki bir binadan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı satın alanlar, satın aldıkları bu bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına, ancak

Kanaatimizce arsa sahibinin arsa payı devretme borcunun “avans” olarak nitelendirilmesi yanlış bir yorumdur. Nitekim, “avans” kavramı mahiyeti itibariyle para borçları bakımından uygulama alanı bulmakta ve ileride gerçekleşecek bir alacağa karşılık önceden yapılan peşin ödeme niteliğinde olup, alacak ileride doğmadığı takdirde bu avans ödeyene iade edilmektedir. Tapu sicilinde kayıtlı bir taşınmaz payının devredilmesinin de bu kapsamda olduğunun kabul edilmemesi hatalıdır. Tapu siciline ilişkin açıklık, doğruluk ve güven ilkeleri birlikte göz önünde bulundurulduğunda arsa paylarının devrinin avans olarak nitelendirilmesinin ne kadar yanlış olduğu görülmektedir. Tapu sicilinde yapılan tescillerin avans olarak değerlendirilmesi suretiyle üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılmayacağını kabulü, Tapu siciline ilişkin açıklık, doğruluk ve güven ilkelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Ancak, ne hazindir ki, Yargıtay’ın mevcut uygulaması bu yöndedir. Yargıtay, avans niteliğinde devredilen arsa paylarının arsa sahibine iade edileceğini üçüncü kişilerin bilmesi gerektiğini öne sürerek tapu siciline güvenen üçüncü kişiyi yasaya aykırı olarak korumamaktadır³⁵⁴.

yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde hak kazanabilirler. Başka bir anlatımla, yüklenici hak kazanmışsa, ondan satın alanlar da hak kazanırlar. Kaldı ki, henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyi niyetli oldukları kabul edilemez. Burada, MK'nin 931. maddesi uygulanmaz. Zira, henüz tamamlanmamış bağımsız bölümü satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, tapudaki gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir.”.

³⁵⁴ Y. 23. HD, E. 2012/5665, K. 2013/2, T. 14.1.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “Somut olayda; davalı dava dışı kişiden pay satın almış yükleniciye pay temlik eden davacıya göre, 2. el konumundadır. Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyi niyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyi niyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötü niyet iddiasının defî değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı gerek 8.10.1991 tarih 1990/4 Esas, 1991/13 Karar sayılı İnançları Birleştirme Kararı'nda ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Oysa, davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyi niyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanunun 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün

Oysa, kanunda açıkça yazılan iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenin korunması ilkesi uyarınca müteahhidin arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesiyle söz konusu devrin ve üçüncü kişilerin korunacağını esas itibarıyla arsa sahibinin bilmesi gerekmekte olup, inşaat tamamlanmadan arsa paylarını müteahhide devretmeyi kabul eden arsa sahibinin söz konusu riski üstlendiğinin kabul edilmesi³⁵⁵, gerek tapu siciline ilişkin değinilen temel ilkelere ve alacağın nisbiliği ilkesine gerekse de yasa hükümlerine daha uygun bir yaklaşım olacaktır³⁵⁶.

Nitekim, alıcı ile satıcı arasında bir taşınmaz satış sözleşmesi yapılması, taşınmazın tapuda alıcı adına tescil edilmesi ve alıcının satış bedelini ödememesine rağmen taşınmazın bir üçüncü kişiye devredilmesi ihtimalinde; üçüncü kişinin, alıcının temerrüde düşebileceği ihtimalini bilmesi gerektiği öne sürülememektedir. Görüldüğü üzere, iyiniyetli üçüncü kişinin tapu siciline güven ilkesi sebebiyle korunmasına ilişkin farklı örneklerde³⁵⁷ Yargıtay'ın

olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.”

³⁵⁵ **Coşkun**, s. 147; **İnal**, Emrehan, s. 1213: “Arsası üzerinde inşaat yapılmak üzere yüklenici ile sözleşme akdederek arsasını yükleniciye teslim eden ve yüklenici tarafından bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışının vaat edileceğini bilen arsa sahibinin bu sözleşme ilişkisi içerisinde hiçbir risk üstlenmemesi ve riskin tümüyle üçüncü kişi üzerinde bırakılmasının menfaatler dengesine ne derece uygun olduğu üzerinde ciddi surette sorgulanmak gerekir”; **Yener**, Temerrüt, s. 131: Yazar, tapu siciline güven ilkesi göz ardı edilse dahi, arsa sahibinin TMK 2. maddesi gereğince yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanması gerektiğini, arsa sahibinin müteahhidin inşaatı finanse etmek amacıyla devraldığı payları üçüncü kişilere satacağını bilen veya bilmesi gereken kişi olduğunu, müteahhidin arsa paylarının satışına zımnen onay veren arsa sahibinin, arsa payını müteahhide devretmesi ile üçüncü kişinin şahsında güven yarattığını, bu bağlamda, temelinde güven olgusu bulunan çelişkili davranış yasağı gereğince arsa sahibinin, bu davranışı neticesinde ortaya koyduğu sonuç ile bağlı olması gerektiğini ifade etmektedir.

³⁵⁶ **Altınkan**, s. 221-222; **Erman**, İnşaat, s. 165; **Kırca**, s. 94; **Öz**, Dönme, s. 162; **Coşkun**, s. 144: “Aksine bir düşünce alacak hakkının nisbiliği ilkesinin ihlali anlamına gelecek ve hukuki işlem güvenliğini tehlikeye sokacaktır.”

³⁵⁷ Örneğin, satıcı ve alıcı arasındaki ilişkide gabin bulunduğu bahisle temel ilişkinin yolsuz olmasına rağmen üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde adına yapılan tescilin korunacağı yönündeki karar için bkz.: Y. 1. HD, E. 2005/ 12901, K. 2006/630, T. 2.2.2006, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “... Açıklanan ilke ve olgulara göre tamamlanacak soruşturma sonucunda davalı Recep'e yapılan satışın gabin nedeniyle iletili bulunduğu anlaşıldığı halde ikinci malik konumundaki davalı Mehmet'in TMK.nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanıp yararlandırılmayacağı araştırılmasında zorunluluk vardır. ... Hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alışverişte bulunmaları satın aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla Medeni Kanun'un 2. maddesinin genel hükmü yanında menkul mallarda 988 ve 989, tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023. maddesinin özel hükümleri getirilmiştir. Öte yandan bir devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak tapuya itimat edip, taşınmaz

TMK'nın 1023. maddesini üçüncü kişiler lehine işlettiği görülmektedir. Ancak, söz konusu arsa sahibi ve müteahhit arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu zaman, üçüncü kişiler bakımından Yargıtay'ca bunun aksine bir görüşün ileri sürülmesi çelişki yaratmaktadır³⁵⁸.

Müteahhitten arsa payı devralan üçüncü kişinin, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda iyiniyetli sayılamayacağı ve üçüncü kişi lehine yapılan tescilin korunamayacağı yönündeki Yargıtay görüşü, müteahhidin arsa sahibinin mülkiyetindeki arsa paylarını vekaletname ile satması halinde de devam etmektedir³⁵⁹. Buna karşın, Yargıtay, arsa sahibinin

mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke MK.nun 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan 3 üncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddenin 1.fikrasına göre "Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken 3 üncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde öngörülmüştür. ... Mahkemece, sözü edilen ilkelere göre davalı Mehmet yönünden de tatmin edici bir araştırma yapılmamış, davacı ile davalı Recep arasındaki durumu bilen yada bilebilecek konumda bulunan kişi sıfatını taşıyıp taşımadığı, akrabalığı veya yakınlığı olup olmadığı üzerinde durulmamış, satın aldığı tarihte taşınmazın gerçek değeri de belirlenmiştir."

³⁵⁸ **Altınkan**, s. 222; **İnal**, Emrehan, s. 1213: Yazar, geçerli bir sözleşme gereğince taşınmazın (arsa paylarının) mülkiyetini baştan yükleniciye devreden arsa sahibinin, yüklenici tarafından üçüncü kişilere tapuda devir yapılacağını bilmekte veya hiç değilse bilmesi gerekmekte olduğuna işaret ederek, bu duruma rağmen, sözleşmenin sona ermesi durumunda "üçüncü kişilerin iyiniyetinden bahsedilemeyeceğinden" bahisle üçüncü kişiler adına yapılmış olan tescillerin iptali gerekeceğine ilişkin Yargıtay uygulamasının medeni hukukumuzda kabul edilen esaslara aykırı olduğunu haklı olarak savunmaktadır.

³⁵⁹ YHGK, E. 2000/1-1280, K. 2000/1554, T. 25.10.2000, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: "Hemen belirtmek gerekir ki; yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı (halefi) olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer. Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm nolu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekaletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekaleten davalıya temlik etmiştir. Ne varki; söz konusu kişinin, gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı yüklenicinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen tapu sicilindeki yolsuz tescil durumuna düştüğünü bilmemesi gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının def'i değil, itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı, gerek 08/10/1991 tarih, 1990/4 esas, 1991/13 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz."; YHGK, E. 1977/13-842, K. 1979/359, T. 30.03.1979, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: "Her ne kadar satış

maliki olduğu arsa paylarını bizzat kendisinin satması halinde tapu sicilinde üçüncü kişiler lehine yapılan tescilin korunacağını ifade etmektedir³⁶⁰. Görüldüğü üzere, arsa sahibinin bizzat arsa payı devretmesiyle, bir vekaletname ilişkisi kapsamında vekil aracılığıyla arsa payı devretmesine Yargıtay’ca farklı sonuçlar bağlanmaktadır. Oysa, arsa sahibinin mülkiyetindeki arsa paylarının üçüncü kişilere satışı için müteahhide vekaletname verilmesi durumu ile arsa sahibinin kendi mülkiyetinde olan arsa paylarını bizzat üçüncü kişilere devrettiği durumların kanaatimizce paralel olması gerekmektedir³⁶¹. Nitekim, arsa sahibinin müteahhide değil de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine taraf olmayan bir kişiye vekaletname vermesi halinde, arsa sahibinin bizzat arsa payı devretmesi haline ilişkin hukuki sonucun aynen doğacağına şüphe yoktur. Ancak, vekaletname verilen kişinin müteahhit olması durumunda Yargıtay’ca üçüncü kişinin iyiniyetli sayılamayacağını ve üçüncü kişi lehine yapılan tescilin korunamayacağını benimsenmesi çelişkili ve hatalı bir değerlendirmedir³⁶².

b. Üçüncü Kişinin Şahsi Hak İktisap Etmesi Halindeki Hukuki Durumu

TMK’nın 1023. maddesi, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımını korumakta, buna karşın şahsi

sözleşmesi müteahhitte davacı arasında arsa sahibine vekaleten gerçekleşmiş ise de, arsa karşılığı daire yapımına ilişkin sözleşmelerde olayda olduğu gibi genellikle arsa sahibi haklarını güvence altına almak amacıyla müteahhit adına tapuda devir işlemi yaptırmamakta, ancak müteahhide kalan dairelerin tapuda üçüncü kişiler intikalini sağlamak için müteahhide vekalet vermektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak görülmekte ise de, müteahhide kalan daireler açısından gerçekte satıcı müteahhittir.”

³⁶⁰ Y. 1. HD, E. 2004/3324, K. 2004/3631, T. 30.03.2004, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.01.2018: “... davacının davalılardan yüklenici Yaşar ile 3.4.2000 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığı, bilahare taşınmazda 14.9.2000’de kat irtifakı tesis edildiği, davalılarında kat irtifakı kurulan taşınmazdaki 1, 2, 3 ve 5 nolu bağımsız bölümler karşılığı pay satın aldıkları görülmektedir. Daha sonra kayıt maliki davacının yüklenici ile aralarında mevcut inşaat sözleşmesini onunla anlaşmak suretiyle 27.8.2001 tarihinde karşılıklı olarak feshettikleri anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir.”

³⁶¹ **Altınkan**, s. 226; **Erman**, İnşaat, s. 187: Yazar, arsa sahibinin, müteahhide ait olacak arsa paylarını doğrudan müteahhide devretmeyip, ona vekalet vererek bu arsa paylarının üçüncü kişilere intikalini sağlama yoluna gitmesinin, müteahhidin sözleşmeden doğan edimini yerine getirmesi açısından bir baskı unsuru taşıdığını, çünkü müteahhidin her zaman vekaletten azledilebileceği gibi, üçüncü kişilere devredilecek olan arsa payları bakımından her bir satış için peyderpey, yani o bağımsız bölümün satışının yapılacağı zaman sadece o paya ilişkin vekaletname verildiğini, bu yüzden müteahhidin temerrüdü nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, vekaletnameye dayanarak müteahhitten pay devralan üçüncü kişinin mülkiyet hakkına halel gelmeyeceğini ifade etmektedir.

³⁶² **Coşkun**, s. 146; **Yener**, Temerrüt, s. 130-131.

hak iktisap eden üçüncü kişileri korumamaktadır. Görüldüğü üzere, tapu siciline yapılan tescillere ilişkin iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından bir düzenleme mevcut iken, alacağın temlik veya taşınmaz satış vaadi yoluyla iktisap edilen şahsi haklara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır³⁶³.

Aynı etkili dönme teorisi, tasarruf işlemlerinin baştan itibaren geçersiz olduğunu, yukarıda açıklanan diğer teoriler ise, tasarruf işlemlerinin varlığını koruduğunu savunmaktaydı. Buna göre, arsa sahibince sözleşmeden dönülmesi halinde, müteahhit henüz kendisine devredilmemiş olan arsa paylarının devrini talep edemeyecek ve mülkiyeti üzerine alamadığından, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle üçüncü kişiye satışını vaat ettiği arsa payları ile bunlara ilişkin bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrine ilişkin kendi edimi imkansız hale gelecektir. Öte yandan, müteahhit arsa paylarının mülkiyetini üzerine alsa dahi, devraldığı payların baştan itibaren yolsuz tescil hükümlerine tabi olması sebebiyle, üçüncü kişi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile aynı hak iktisap edemeyeceğinden TMK'nın 1023. maddesi korumasından da yararlanamayacaktır³⁶⁴. Bu halde, üçüncü kişi borca aykırılık sebebiyle uğradığı zararı müteahhitten talep edebilecektir³⁶⁵.

Yargıtay, üçüncü kişinin aynı hak iktisap etmesi halinde tescilin korunamayacağı görüşünde olduğu gibi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile şahsi hak iktisap eden üçüncü kişinin bu hakkını tapuya şerh ettirmesi halinde dahi üçüncü kişiyi korumamaktadır.

Kanaatimizce, üçüncü kişinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan şahsi hakkını tapuya şerh ettirmesi halinde³⁶⁶, etkisi kuvvetlendirilmiş bu şahsi hakkını arsa

³⁶³ Altınkan, s. 227; Erman, İnşaat, s. 183-184; Kırca, s. 92.

³⁶⁴ Altınkan, s. 228; Coşkun, s. 151.

³⁶⁵ Altınkan, s. 228; Öz, Dönme, s. 261.

³⁶⁶ Y. 2. HD, E. 1988/8129, K. 1989/1227, T. 07.02.1989, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018 “... davalı Ekrem Köse 3016 parsel sayılı taşınmazda 22 (sonradan kat irtifakı kurulmakla 12) nolu meskeni resen düzenlenen iki ayrı sözleşme ile Nuri Boyacıoğlu ve Ümit Kayhan'a satış vaadinde bulunduğu, her iki sözleşmede yasada öngörülen koşullara uygun biçimde düzenlendiklerinden hukuken geçerli olduklarına; Nuri Boyacıoğlu'nun dayanağı olan 28.2.1986 günlü sözleşme, sonradan düzenlenen ve Ümit Kayhan'a ait bulunan 10.4.1986 günlü sözleşmeden önce düzenlenmesi nedeniyle tercihini gerekeceğine, 10.4.1986 günlü sözleşmeden önce düzenlenmesi nedeniyle tercihini gerekeceğine, 10.4.1986 gün ve 5040 yevden doğan kişisel hak hukuken güçlendirilmiş ise de, bu hukuken güçlendirilmiş hak kendisinden sonra doğacak haklara karşı etkinlik kazanacağına ve daha önce doğan haklara etkinliği bulunmadığına göre, Nuri Boyacıoğlu'nun davasının kabulü ile Ümit Kayhan'ın davasının reddi doğrudur.”; Y. 14. HD, E. 2004/5252, K. 2004/7424, T. 27.10.2004,

sahibine karşı ileri sürebilmesi gerekir³⁶⁷. Böyle bir durumda arsa sahibi uğrayacağı zararı müteahhitten talep etmelidir³⁶⁸. Bu yüzden, arsa sahibinin başlangıçta müteahhide arsa payı devrettiği haller bakımından kendi lehine ipotek tesis etmesi zararının karşılanmasını kolaylaştıracaktır³⁶⁹.

Diğer yandan, müteahhit ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisine başlangıçta onay veren arsa sahibinin, daha sonra sözleşmeden dönmesi halinde,

www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Dairemizin, bu gibi durumlarda kararlılık kazanan uygulamasına göre, bir taşınmaz şahsi hakkın devri suretiyle birden çok kişiye satılmış ise ve her ikisi de geçerli bulunmaktaysa eski tarihli sözleşmeye değer verilir. Somut uyuşmazlıkta, bu sözleşme davacılarından Şaban'a yapılan 24.8.2001 tarihli olanıdır. Ortaya çıkan bu duruma göre, mahkemece birleştirilen 2003/63 Esastaki Rıdvan'ın açtığı tescil davasının reddi yerine istemin hüküm altına alınması yanlıştır.”; YHGK, E. 2001/14-18, K. 2001/98, T. 7.02.2001, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaad olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesih hale gelmedikçe eski tarihli sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması Medeni Kanunun 919/2 maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyan olunabilir. Davacı Taliye'ye yapılan satış vaadi sözleşmesinin tarihi 22.5.1996 dır. Davalılardan Şakir Engin Baysal'a yapılan satış vaadi sözleşmesi ise 29.1.1997 tarihlidir. Her iki sözleşmede de satışa konu bağımsız bölümün alıcılara teslim edilmediği açıktır. Satış vaadi sözleşmesi düzenlenirken, satış vaadinde bulunan kimsenin sözleşme yapıldığı tarihte taşınmazın kayden maliki olması zorunluluğu yoktur. Eldeki davada da, satış vaadinde bulunan dava dışı yüklenicidir ve yine dava dışı arsa sahipleri ile yapmış olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaatı tamamlayarak hak edeceği bağımsız bölüme ilişkin alacağını satış vaadi sözleşmesi ile temlik etmiştir. Davacı lehine yapılan ilk satış vaadi ile yüklenici arsa sahiplerinden alacağını davacıya temlik ettiğine göre, artık ikinci defa temlik edebileceği bir hakkının kalmadığının da düşünülmesi gerekir.”.

³⁶⁷ Altınkan, s. 228; Erman, İnşaat, s. 186; Yener, Temerrüt, s. 138.

³⁶⁸ Erman, İnşaat, s. 186-187.

³⁶⁹ Altınkan, s. 228-229; Coşkun, s. 147; Erman, İnşaat, s. 188; Yener, Temerrüt, s. 131; Y. 15. HD, E. 1974/26, K. 1974/111, T. 12.02.1974, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.01.2018: “Dava konusu olayda, taraflar arasında arsa payı karşılığında kat yapımı sözleşmesi kurulmuştur. Buna göre, arsa maliki arsasının bir bölümünün mülkiyetini davacıya geçirecek, davacı da arsa üzerinde apartman yapıp üç daireyi davalıya teslim edecektir. Gerçekten davalı, bu sözleşme uyarınca tapuda, 110/170 pay mülkiyetini davacıya geçirmiş, bu işlem satış gibi gösterilip davacıya geçirilen pay üzerine 50.000 lira için ipotek konulmuştur. Oysa, taraflar arasında düzenlenen sözleşmede, davacıya geçirilen pay mülkiyetinin karşılığının, davacının yapacağı apartmandaki üç dairenin teslimi ile ödeneceği açıkça yazılmış bulunmaktadır. O kadar ki, davalı vekili de 27.3.1974 günlü dilekçesinde, üç dairenin yapıp davalıya teslim edildiğini ve bu daireler için bir para ödenmediğini, 8.3.1972 gün, 6382 sayılı "re'sen satış vaadi ve inşaat" sözleşmesi karşılığında verildiğini kabul ve ikrar etmiştir. Bu duruma göre, davacı sözleşme ile yüklendiği üç daireyi yapıp teslim borcunu yerine getirmiştir. Davalının, tapuda davacıya geçirdiği pay mülkiyeti, bu üç dairenin karşı-edimini oluşturmuştur. Üstelik tapuda pay mülkiyetinin geçirilmesi sırasında tarafların kullandıkları sözlerin anlamı BK. md.18'deki kurala uygun olarak değerlendirilmek ve yorumlanmak gerekir. Demek ki, davalının tapuda davacıya geçirdiği pay mülkiyetinin karşılığı yapıp teslim edilen üç daire ile ödemiş bulunduğu 50.000 liralık ipoteğin "satış bedeli karşılığında tesis edildiği" yollu yerel mahkeme kararı, hukuksal dayanaktan yoksun kalmaktadır. Gerçekte ise, 50.000 liralık ipoteğin davacıya mülkiyeti geçirilen pay üzerinde konulmasının amacı, davacının yapıyı tamamlayarak üç dairenin davalıya teslimini güvence altına almaktır ki, burada, "teminat ipoteği" söz konusudur. Durumun böyle olmasına ve davacının yapıyı tamamlayıp üç daireyi davalıya teslim ettiğinin anlaşılmasına göre, bu ipoteğin çizimine (terkinine) ve davacının davalıya borçlu olmadığından saptanmasına "tespitine" karar verilmek gerekir.”.

müteahhidin mülkiyetinde bulunan arsa payları yolsuz tescil hükümlerine tabi olsa dahi, üçüncü kişinin TMK'nın 2. maddesi uyarınca kişisel hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi mümkün olmalıdır³⁷⁰.

Müteahhidin arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye sözleşmeyle devretmesi alacağın temlik hükmündedir³⁷¹. Alacağın temlik ilişkisi neticesinde üçüncü kişinin arsa sahibinden tescil talebinde bulunabilmesi için müteahhidin üstlendiği edimi yerine getirmiş olması gerekir³⁷². Müteahhidin kendi edimini yerine getirmesi halinde, alacağı devralmış olan üçüncü kişi, arsa sahibinden tescil talebinde bulunabilecektir. Ancak, müteahhidin temerrüde düşmesi ve bunun üzerine arsa sahibinin sözleşmeden dönmesiyle alacağı devralan üçüncü

³⁷⁰ **Öz**, Dönme, s. 262: Yazar, özellikle arsa sahibinin müteahhide alıcı bulduğu, müteahhit ile üçüncü kişi arasında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmasını teşvik ettiği haller bakımından “kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanma” (*venire contra factum proprium*) ilkesi uyarınca üçüncü kişinin kişisel hakkını arsa sahibine karşı da ileri sürebileceğini savunmaktadır; **İnal**, Emrehan, s. 1213-1214: “... bunun yolsuz tescil olduğunu bilerek devralan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunamayacağı kabul edilecek olsa dahi, arsa sahibi, yükleniciye arsa paylarını devretmek suretiyle, bu yolsuz tescile kendisi yol açmakta, alıcı-üçüncü kişiler nezdinde bir güven oluşmasına bizzat kendisi sebebiyet vermektedir. Öyle ki, alıcı-üçüncü kişi, adına tapuda tescil yapılacak olmasının verdiği güvenle yükleniciye ödemedede bulunmaktadır. Şu halde, bu yolsuz tescile kendi menfaati için bizzat kendisi sebebiyet veren arsa sahibinin bu hususu ileri sürmesi açıkça hakkın kötüye kullanılmasına teşkil eder.”; **Yener**, Temerrüt, s. 139: Yazar, TMK'nın 2. maddesi uyarınca, mülkiyet payını devrettikten sonra müteahhitle üçüncü kişinin satış vaadi sözleşmesi yapmasını teşvik eden, hatta müteahhide bizzat alıcı bulan arsa sahibinin, sözleşmeden dönünce, bu hakkın kullanılmasına karşı çıkmasının engellenmesi gerektiğini belirtmektedir.

³⁷¹ **Erman**, İnşaat, s. 176: Müteahhitten arsa payı satın alan üçüncü kişinin ödediği bedel sadece arsa payının satış bedeli olmayıp, o arsa payının tekabül ettiği bağımsız bölümün tamamlanması ve teslimini de kapsadığından bu tür sözleşmeler birleşik sözleşme niteliğindedir. Çünkü, müteahhidin taahhüdü taşınmaz satımı ile sınırlı kalmayıp bağımsız bölüm yapımını da içermektedir.

³⁷² Y. 14. HD, E. 1993/7851, K. 1993/8361, T. 04.11.1993, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Eser sözleşmesinde yazılı edimlerinden ancak % 76'sını ifa ettiği bilirkişi raporu ile saptanan yüklenicinin, arsa sahibinden, kendisine düşen daireyi talep etme hakkının doğduğundan sözedilemez. Buna göre, yüklenicinin haklarını satış vaadi sözleşmesiyle temellük etmiş bulunan davacının da, temlik hükümlerine dayanarak arsa sahibinden tescil istemesi olanaklı değildir. Davacı payına düşen noksanlık parasının arsa sahibi adına yatırılması dahi sonucu etkilemez.”; Y. 14. HD, E. 1992/8962, K. 1992/8306, T. 29.09.1992, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir veyahutta Borçlar Yasasının 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce, yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almaya gerek görmeden sözkonusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Üçüncü kişi gerek akidi olan yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı temellük ettiği kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir. Üçüncü kişi kendisine satılan bağımsız bölüm veya bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir... uzman bilirkişi aracılığıyla mahallen keşif yapılarak yüklenicinin inşaatı ne oranda yaptığının, çekişmeli daireyi satabilmek için kişisel hak kazanıp kazanmadığının ve dolayısıyla bu hakkın temlikinin mümkün olup olmadığının saptanması icabeder.”.

kişinin arsa sahibine karşı tescil talebinde bulunması mümkün değildir³⁷³. Bu durumda, üçüncü kişi uğradığı zararının tazmin edilmesini müteahhitten talep edebilecektir.

Alacağın temlik müessesesini düzenleyen ilgili TBK 184. maddesi gereğince alacağın temlik sözleşmelerinin geçerliliğini sadece yazılı şekil şartına bağladığından, söz konusu sözleşmenin resmi şekil şartına uyularak yapılması gerekmemektedir. Diğer bir deyişle, yükleniciyle üçüncü kişi arasında alacağın temlik anlamında yapılacak olan sözleşmelerin resmi şekle uyulmadan yapılması geçerliliklerini etkilemez³⁷⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğu ve müteahhidin geçersiz sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişiye devrettiği durumlarda, arsa sahibi müteahhide karşı ileri sürebileceği şekil eksikliğini üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir³⁷⁵. Müteahhit ile arsa sahibi arasında akdedilmiş sözleşme şekle aykırı olarak düzenlenmesi nedeniyle geçersiz olmasına rağmen, müteahhidin kendi edimini ifa etmiş olması karşısında, müteahhitten bağımsız bölümü temellük etmiş olan üçüncü kişinin tescil talebine karşı, arsa sahibinin

³⁷³ Altınkan, s. 230; Erman, İnşaat, s. 193-194, Yener, Temerrüt, s. 137.

³⁷⁴ Erman, İnşaat, s. 190; Kırmızı, s. 638; YHGK, E. 2013/5212, K. 2013/7076, T. 13.11.2013, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: "Davacı ile davalılardan yüklenici şirket arasında yapılan 04.01.2010 tarihli hukuki işlem, alacağın temlik hükmündedir (BK. m. 161., TBK m. 183.). Zira yüklenici, arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca kazanacağı şahsi hakkını davacıya temlik etmiş bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir temlikin geçerli olabilmesi için ise BK'nın 163. (TBK. m. 184.) uyarınca yazılı şekil şartı yeterli bulunmaktadır. Bu itibarla, davalılar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsedilebilmesi mümkün değildir."; Y. 3. HD, E. 2012/18642, K. 2012/21527, T. 15.10.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: "Kısaca, böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir "alacağın temlik" sözleşmesi bulunur. Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde, alacağın temlik sözleşmesinin geçerliliği ise, sadece yazılı şekle tabi tutulmuş olup, resmi şekle bağlanmamıştır. Dolayısıyla, yazılı şekilde düzenlenmiş olması şartıyla, yüklenici, arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devredebilir; "alacağın temlik" hükmünde olan böyle bir sözleşme de, hukuken geçerlidir. "

³⁷⁵ Erman, İnşaat, s. 191; Tunçomağ, s. 1111; Y. 13. HD, E. 1977/2036, K. 1977/3376, T. 20.06.1977, www.kazancihukuk.com, Erişim tarihi: 28.01.2018: "Borçlar Kanununun 167/1. maddesi hükmü uyarınca, "Borçlu temlike vakıf olduğu zaman, temlik edene karşı haiz olduğu defileri temellük edene karşı dahi dermeyer edebilir." Temlik edilenin iyiniyet sahibi olması, ona temlik edenin taşıdığı haklardan fazlasını sağlayamaz. Alacak, temlik edilene, temlik edende ne durumda ise, o durumu ile, yani üstünlük ve sakatlıkları ile birlikte geçer. Temlik edilenin iyiniyeti göz önüne alınamaz. Bu nedenle, temlik, temlik edilen için bir tehlike sayılabilir. Olayda, davacı Temlik edilendir. Davalı, ilk alacaklı (H) ye karşı ileri sürebileceği, senedin güvence niteliğinde olup gereğinin yerine getirilmesi ile hükümsüz kaldığını, davacıya karşı da ileri sürmek hakkına sahiptir. Davacının iyiniyetli olması davalının bu itirazının incelenmesine engel değildir. "

müteahhit ile akdetmiş oldukları sözleşmenin şekle aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecektir³⁷⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle müteahhidin devraldığı arsa paylarına haciz konulabilir. Bu haciz konulan arsa paylarının sözleşmeden dönme üzerine arsa sahibine geçtiği durumlarda, üçüncü kişi alacaklılar tarafından konulan hacizlerin devam edip etmeyeceği tartışmalıdır.

Aynı etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme ile birlikte iadesi gereken arsa paylarının mülkiyeti kendiliğinden arsa sahibine geçtiğinden ve dolayısıyla müteahhidin alacaklıları, dönme ile birlikte başkasına ait bir malı haczetmiş durumuna düşeceğinden, arsa sahibi istihkak davası ile birlikte, arsa paylarını hacizsiz bir şekilde adına tescil edebilecektir³⁷⁷.

Katıldığımız görüşe göre, sözleşmeden dönme sonucunda tarafların kazandıkları aynı haklar kendiliğinden arsa sahiplerine dönmediğinden, arsa sahibi, müteahhidin alacaklıları tarafından arsa paylarına konulan hacizleri kaldırtamayacak ve arsa sahibi arsa paylarını hacizli bir şekilde geri alacaktır³⁷⁸.

Yargıtay ise bir kararında³⁷⁹, arsa paylarının arsa sahibine iade olduğu durumlarda, müteahhidin alacaklıları tarafından konulan hacizlerin kaldırılmasının mümkün olmadığına

³⁷⁶ Y. 14. HD, E. 1987/8592, K. 1988/7238, T. 08.11.1988, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018; Y. 1. HD, E. 1989/1154, K. 1989/4070, T. 03.04.1989, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018; Y. 14. HD, E. 1985/3901, K. 1986/492, T. 28.01.1986, www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Arsa mülkiyeti ile kat karşılığı inşaatı yüklenen arasındaki sözleşme haricen yapılmış olduğundan geçersiz ise de, arsa malikleri, yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından satışı yapılan alıcılara intikalini sağlamak için yükleniciye vekaletname vermekle ve vekilleri de gerekli işlemi yerine getirmekle sözü edilen sözleşmeyi geçerli kılmışlardır. Sözü edilen sözleşmeyi geçerli kabul ederek ifada bulunmalarına ve hatta aynı sözleşme doğrultusunda dava konusu dairenin davacıya ferağı için vekaletname vermelerine rağmen, arsa maliklerinden bir kısmının yüklenicinin kişisel hakkını temellük ederek ona halef olan ve bu hakkını kendilerine karşı ileri sürme olanağına sahip bulunan davacının tapu iptali ve tescili davasında sözleşmenin (müteahhit ile aralarındaki sözleşmenin) geçersiz olduğunu savunmaları dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.”

³⁷⁷ Öz, Dönme, s. 174.

³⁷⁸ Enli, s. 186; Kurt, s. 348.

³⁷⁹ Y. 15. HD, E. 1990/1315, K. 1990/5386, T. 10.12.1990, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Müdahil Zahit Y. davalı yüklenici Şirketten alacaklı olduğunu ve şirket adına kayıtlı bulunan bağımsız bölümler üzerine haciz koydurduğunu ileri sürerek davaya katılmıştır. mahkemece yüklenici üzerindeki bağımsız bölümlerin tapularının iptali ile davacı Özel İdare adına tapuya tesciline ve tapu tescil aşamasında tapu kayıtları üzerindeki tüm mükellefiyetlerinde kaldırılmasına karar verilmiştir. Oysa müdahil Zahit Y. yukarıda da

karar vermiş iken, bir başka kararında³⁸⁰, arsa paylarının arsa sahibine iade edilmesi durumunda konulan hacizlerin kaldırılması gerektiğine karar vermiştir.

3. Sözleşmenin İleriye Etkili Sona Ermesi Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde, sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının inşaatı tamamladığı seviye oranında müteahhide devredilmesi gerekecektir³⁸¹. Müteahhidin inşaatı tamamladığı seviye oranında arsa payı devralması; üçüncü kişilerin hukuki durumunu oldukça yakından ilgilendirmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle müteahhidin üstlendiği inşaatın %90'ını tamamlaması ve TMK'nın 2. maddesi ile Yargıtay içtihadı uyarınca sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi durumunda, müteahhidin kendisine sözleşmeyle isabet eden tüm arsa paylarından %90'ı oranında arsa payına hak kazanması söz konusu olacaktır. Müteahhidin arsa paylarının %100'üne hak kazanacağı düşüncesiyle sözleşme yapması ve bu düşünceyle hareket ederek üçüncü kişilere arsa paylarının satışının vaat edilmesi veya arsa paylarına ilişkin alacak haklarının devredilmesi durumunda, müteahhidin inşaatı %90 oranında tamamlaması ve böylece kendisine sözleşmeyle isabet eden tüm arsa paylarından %90'ı oranında arsa payına hak kazanması halinde, üçüncü kişilere paylaşımın nasıl yapılacağı büyük bir sorun oluşturmaktadır. Arsa paylarının başlangıçta müteahhide devredildiği ve

açıklandığı üzere yüklenici şirketten olan alacağı sebebiyet şirket adına kayıtlı bağımsız bölümler üzerine haciz şerhi koydurmuştur. Tapu üzerindeki tüm mükellefiyetlerin kaldırılmasına karar verilmekle müdahil Zahit Y.'in haciz şerhlerine de kaldırılmış olmaktadır. Bu durumun anılan müdahilin hukukuna müessir olduğu kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle yüklenici davalının davacı özel idarenden alması gerekli miktar üzerine haciz konulmadan davalı yüklenici üzerindeki tapunun iptali ile tüm mükellefiyetlerin de kaldırılmasına karar verilmesi de yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”.

³⁸⁰ Y. 15. HD, E. 1998/406, K. 1998/1259, T. 30.03.1998, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: “*Tapu kayıtlarının her türlü takyidattan arındırılmış olarak arsa sahiplerine iadesi gerekeceğinden, sözleşmenin feshi nedeniyle tekrar arsa sahiplerine dönen tapu kaydına, üçüncü kişiler tarafından koydurulan haciz şerhlerinin de kaldırılması gerekir. Tapu kayıtları üzerine, hacizlerden önce arsa sahipleri lehine birinci dereceden teminat ipoteği konulmuş olmasına göre, üçüncü kişilerin yasal açıdan iyiniyetli olduklarının kabulü mümkün değildir.”.*

³⁸¹ Y. 15. HD, E. 2011/192, K. 2011/3284, T. 02.06.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.01.2018: “*Diğer taraftan mahkeme, inşaatın getirildiği seviyeye göre akdin ileriye etkili feshine karar vermekle yetinmiştir. Yukarıda değinildiği üzere ileriye etkili fesihte taraflara ait bağımsız bölümlerin ve bunların arsa paylarının tesbitiyle, yükleniciye hakettiği oranda tapu payı verilerek fazlası varsa bunların iadesi gerektiği belirtilerek tasfiyenin de yapılması zorunludur.”.*

müteahhidin arsa paylarının mülkiyetini üçüncü kişilere sözleşmenin sona erdirilmesinden önce devrettiği durumlar bakımından da durum aynıdır³⁸².

Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesiyle; müteahhidin tamamlanmayan bölümler bakımından inşa borcunun yerini tazminat borcu alacaktır. Söz konusu tazminatın hesabında mübadele ve fark teorilerinin uygulanması gündeme gelecektir.

Fark teorisine göre, müteahhide sözleşmeyle üstlendiği inşaatı tamamladığı oranda arsa payı ve buna bağlı olarak bağımsız bölüm kalmakta, buna karşın inşaatın tamamlanmayan kısmına isabet eden arsa payları ve buna bağlı bağımsız bölümler ise inşaatın tamamlanması için gereken masraflar bakımından arsa sahibine kalmaktadır. Ayrıca, arsa sahibinin hak kazandığı gecikme tazminatı bedelinin de müteahhide verilecek arsa paylarından düşülmesi sonucunda müteahhidin hak kazanacağı arsa payı miktarı ve buna bağlı olarak bağımsız bölüm adedi de düşmektedir. Bu teoriye göre, müteahhide kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının rayiç değerinden, inşaatın tamamlanma masrafları ile gecikme tazminatı bedelinin düşülmesi sonucunda müteahhide kalan bedel oranında arsa payı verilmesi söz konusu olmaktadır³⁸³.

Mübadele teorisine göre ise, inşaatın eksik kalan kısımları bakımından müteahhit tarafından ödenecek tazminat üzerine müteahhidin sözleşmeyle kararlaştırılan tüm arsa paylarına ilişkin hak kazanması söz konusudur. Kanaatimizce, mübadele teorisi, üçüncü kişilerin menfaatine çok daha uygun sonuçlar vermektedir. Buna göre, arsa sahibine kalacak arsa payı miktarında bir değişme olmamakta, buna karşın temerrüde düşen müteahhit ise, sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedildiği inşaatın kalan kısmını parasal olarak ödemek suretiyle sözleşmeyle kararlaştırılan tüm arsa paylarına ilişkin hak kazanmakta ve böylece üçüncü kişilerin menfaatine çok daha uygun sonuçlar doğmaktadır³⁸⁴.

Ayrıca, müteahhidin noksan bıraktığı işlerin pek az bir boyutta olması veya arsa sahibi nezdinde tahammül edilebilir bir eksiklik kalması halinde, eksik kalan işlerin

³⁸² Altınkan, s. 232.

³⁸³ Altınkan, s. 232-233.

³⁸⁴ Altınkan, s. 234; Coşkun, s. 168; Erman, İnşaat, s. 179; Yener, Temerrüt, s. 134.

müteahhidin yanı sıra üçüncü kişi tarafından da tamamlanabilmesi ya da buna ilişkin masrafların ödenmesi durumunda tescilin istenebilmesi imkanının üçüncü kişilere de verilmesi uygulamada birliğin sağlanması bakımından gereklidir³⁸⁵. Bununla birlikte, müteahhidin arsa sahibine karşı üstlendiği (iskanın alınması gibi) diğer yükümlülükler bakımından da üçüncü kişilere süre verilmesi imkan dahilinde olmalıdır³⁸⁶.

Yargıtay ise, kararlarında fark teorisini benimsemekte ve müteahhidin sözleşmeyle kararlaştırılan miktarda tüm arsa paylarına hak kazanamayacağını, yalnızca inşaatı tamamladığı seviye oranında arsa payı almaya hak kazanacağını ifade etmektedir³⁸⁷.

³⁸⁵ **Erman**, İnşaat, s. 194: Yazar, müteahhidin eksik bıraktığı işlerin, arsa sahibi bakımından tahammül edilebilir ölçüde olması halinde, müteahhitten bağımsız bölüm satın alan kişi ya da kişiler tarafından tamamlanması veya bedelinin ödenmesi suretiyle eksikliğin karşılanması hallerinde, bu kişi veya kişilerin tescili talep haklarının bulunduğu kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir.; **Coşkun**, s. 167: Yazar, üçüncü kişinin kişisel hakkına dayanarak açtığı tapu iptali ve tescili davalarında birlikte ifa kuralı uyarınca katlanılabilir eksikliklerin üçüncü kişi tarafından tamamlanarak ya da buna ilişkin masrafların arsa sahibine verilerek tescilin sağlanabildiğini, aynı imkanın sözleşmenin arsa sahibi tarafından feshedilmesi (ileriye dönük olarak sona erdirilmesi) üzerine açılacak davalarda da üçüncü kişiye tanınmasının uygulamada birlik sağlayacağını haklı olarak savunmaktadır.

³⁸⁶ Y. 14. HD, E. 1999/88, K. 1999/2011, T. 16.03.1999, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: *“Yüklenici veya halefi olan üçüncü kişinin tescil isteyebilmesi için yüklenicinin edimini eksiksiz olarak yerine getirmesi gerekir. Eğer yüklenici edimlerini tamamen yerine getirmemiş ise; bu noksan bıraktığı işler de pek az bir boyutta bulunur, bir başka anlatımla arsa sahipleri açısından tahammülü mümkün ölçülerde eksiklik kalırsa; bu eksikliklerin yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişi veya kişiler tarafından tamamlanması veya tutarının para olarak ödenmesi suretiyle noksanlığın karşılanması hallerinde bağımsız bölüm alan bu kişi veya kişilerin tescil isteme haklarının varlığı kabul edilebilir... yüklenicinin noksan bıraktığı edimlerin tüm edimlerine olan oranının yüzde olarak belirlenmesi için rapor alınması, noksan bırakılan edimlerin pek cüz’i boyutta kaldığının anlaşılması halinde; bu noksanlıkların tamamlanması veya tutarının mahkemece gösterilecek yere yatırılması hususunda davacıya Borçlar Yasasının 81. maddesi uyarınca önel verilmesi, keza yüklenici tarafından yerine getirilmesi kabul edilmiş olan iskanla ilgili eksikliklerin de davacı tarafından karşılanması için uygun önel verilmesi, bu koşulların oluşumu halinde tescil isteğinin kabulü aksi takdirde reddi gerekirken...”*

³⁸⁷ Y. 15. HD, E. 2011/192, K. 2011/3284, T. 02.06.2011, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.01.2018: *“Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Gerek Dairemizin, gerekse Hukuk Genel Kurulu’nun uygulamaları bu doğrultudadır. Hemen belirtilmelidir ki, ileriye etkili fesihte müteahhit, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) müteahhitten isteyebilmektedir. Bu nedenlerle fesih isteme tarihinde inşaatın getirildiği seviyenin tesbiti çok önem arz etmektedir.”*; YHGK, E. 1997/14-671, K. 1997/879, T. 05.11.1997, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: *“Davacı, kat karşılığı inşaat yapılan yerde, yükleniciye isabet eden davaya konu bağımsız bölümü inşaat devam ederken önce adiyen düzenlenmiş senetle sonra noter satış vaadi sözleşmesi ile yükleniciden satın almıştır. Şimdi kişisel hakkına dayanarak tapu iptali ve tescil istemektedir... Bu itibarla; yüklenicinin inşaatı terk ettiği tarihe göre tamamladığı ve noksan bıraktığı işlerin neler olduğu konusunda taraf delilleri toplanmalı, taraf tanıklarının bu konudaki bilgilerine başvurulmalı, uzman bilirkişilerden alınacak rapor ile noksan bırakılan edimler ve yüzdesi saptanmalı, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde yapılacak değerlendirme sonunda, noksan kalan edimlerin pek cüz’i nisbette olduğu belirlenecek olursa bu noksanlığın tamamlanması veya parasal değerinin depo edilmesi konusunda davacıya*

Müteahhidin ileriye etkili sona erme sebebiyle inşaatı tamamladığı seviye oranında arsa payına hak kazanması durumunda, sözleşmeyle kararlaştırılan arsa paylarının tümüne hak kazanacağı düşüncesiyle hareket ederek üçüncü kişilere arsa paylarının satışının vaat edilmesi ya da arsa paylarına ilişkin alacak haklarının devredilmesi şeklindeki sözleşmeler bakımından, üçüncü kişilerin alacağı devraldıkları tarihlere göre sıraya sokulması ve sıraya göre müteahhidin hak ettiği miktarda arsa payına denk gelenlerin kazanımlarının korunması, müteahhidin hak kazandığı arsa payları dolduğu için sıra gereği açıkta kalan üçüncü kişiler ile yapılan devir sözleşmelerinin ise geçersiz sayılması gerekecektir³⁸⁸.

Yargıtay³⁸⁹, kararlarında fark teorisine itibar etmektedir. Müteahhidin inşaatı tamamladığı oranda arsa payına hak kazanacağını, müteahhitten hak iktisap eden üçüncü

önel verilmeli, bütün bunlar yapıldıktan sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir.”; Y. 14. HD, E. 2007/2499, K. 2007/6455, T. 29.05.2007, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “...arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde yüklenicinin eksik bıraktığı tüm edimlerinin parasal karşılığının saptanması, bunlardan yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların tamamladıkları kısımların bedelinin mahsubu ile kalan edim yükümlülüğünün parasal karşılığının belirlenerek yüklenicinin halefi olan davacıya depo ettirilmesinin sağlanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.”.

³⁸⁸ **Öz**, İnşaat, s. 106: “Zira bir tasarruf işlemi olan bu devirler yapıldığı sırada tasarrufa konu olacak artık yüklenicinin malvarlığında kalmamış olacaktır.”; **Altınkan**, s. 235: “Örneğin edimini ifa etmesiyle 10 adet bağımsız bölüme hak kazanacağı kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle kararlaştırılan yüklenicinin, 9 adet bağımsız bölüme hak kazanması, ancak 10 adet bağımsız bölüme ilişkin alacak devrinde bulunmuş olması halinde; sıraya göre alacağın temlik edildiği ilk 9 kişinin kazanımı korunacak, 10. kişiye yapılan alacak devri geçersiz sayılacaktır. Nitekim yüklenicinin temlik yapıldığı sırada böyle bir alacağının olmadığı kabul edilecektir.”; Y. 14. HD, E. 2007/5813, K. 2007/7560, T. 15.06.2007, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “*Davalı yüklenici Yaşar ile diğer davalıların miras bırakanı Yılmaz arasında 19.03.1986 tarihli biçimine uygun düzenlenen arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunmaktadır. Gerçekten, bu sözleşme ile yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün yazılı olması koşulu ile şahsi hakkın temlik suretiyle üçüncü kişilere satışı olanaklıdır. Yükleniciden şahsi hakkını temellük eden üçüncü kişi de, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya halin gidişinden temlikin yasaklanmadığı anlaşılırsa, temellük aldığı hakka dayanarak arsa sahiplerini tescile zorlayabilir. Ne var ki somut olayda, davalılar arasındaki 19.03.1986 tarihli sözleşme hükmen feshedilmiş ve ileriye etkili feshe ilişkin mahkeme hükmü Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Davacının tescilini talep ettiği 28 numaralı bağımsız bölüm fesih tasfiyesinde yükleniciye bırakılmadığından, alınan taşınmazın davacı adına tescil olanağı ifada imkansızlık nedeniyle ortadan kalkmıştır. Mahkemenin değinilen olguyu gözetmek suretiyle tescile ilişkin istemi reddetmiş olması doğrudur. Ancak; Davacı, tescil talebinin reddi halinde ikinci kademedeki istek olarak bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile 28 numaralı bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerinin tahsilini de istemiştir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi hükmünce akitten kısmen veya tamamen istifade edemeyen kusursuz taraf, diğer taraftan uğradığı zararların tazminini isteyebilir. O yüzden davacının akidi olan yükleniciden isteminin parasal tutarı ve nedenleri açıklattırılmalı, delilleri istenip toplanarak talep hakkında bunun sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır.”.*

³⁸⁹ Y. 14. HD, E. 2012/12396, K. 2012/14522, T. 18.12.2012, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “*Davacı, tescilini davaya konu yaptığı ve sözleşmeyle yükleniciye bırakılan 15 numaralı bağımsız bölümü, 1.5.2007 tarihli satış sözleşmesinde yükleniciden şahsi hakkını temlik aldığını ileri sürmüştür. Gerçekten, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerin yerine getirilmesi halinde yüklenici, sözleşmeyle devri kararlaştırılan bağımsız bölüm tapularının verilmesini doğrudan arsa sahibinden isteyebileceği gibi, bu hakkını*

kişilerin kat irtifakının henüz kurulmadığı bir ortamda tescil talebinde bulunabilmeleri için bilirkişilerce kat irtifakı kurulacakmış gibi yapacakları incelemelerde bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarının hesap edilmesi gerekeceğini belirtmektedir. Buna göre, üçüncü kişilerin talep ettiği bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının müteahhit adına tescil edilen paylarla denk düşmemesi halinde veya üçüncü kişinin talep ettiği bağımsız bölümün tasfiye sürecinde müteahhide bırakılmadığı durumlarda, üçüncü kişiler, bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerini genel hükümlere göre müteahhitten talep edebilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, kullanamayacağı ve yararlanamayacağı kısmi ifayı kabule zorlanamaz. Ancak, kendi çıkarları doğrultusunda kısmi ifayı kabul edebilmesinde kanunen bir engel de bulunmamaktadır. Müteahhidin kısmi ifasının arsa sahibince kabul edilmesi veya diğer hallerin gerçekleşmesiyle kısmi temerrüdün gerçekleştiği hallerde inşaatın tamamlanmayan kısmı bakımından arsa sahibince sözleşmeden dönülmesi geriye etkili bir sona erdirmedir. Aynı şekilde vade anından önce müteahhidin temerrüde düşürülmesi halinde de arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi bir dönme

B.K.'nın 162. maddesinden yararlanarak ve yazılı olması koşuluyla üçüncü kişilere de devredebilir. İşte davadaki istemin dayanağı yüklenicinin yaptığı bu temlik işlemidir. Diğer taraftan; tapuda arsa niteliğinde kayıtlı kat irtifakı kurulmamış taşınmazlardan kaynaklanan hakların alacağın temlik suretiyle 3. bir kişiye geçirilmesi de, 24.4.1978 tarihli ve 3/4 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca mümkündür. Tapuda arsa niteliğinde kayıtlı olmasına rağmen ileride kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulduğunda arsa payına bağlanacak bağımsız bölümün ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmadan önce satışının vaat edilmesi veya alacağın temlik suretiyle hakkın 3. bir kişiye nakli halinde temlik işlemine değer tanımak ve temlik edilen bağımsız bölümün nitelikleri gözetilerek yapıda ileride kurulacak kat irtifakına esas bağımsız bölüme düşecek arsa payının bilirkişiye belirtilmesi suretiyle bu payın temlik alacaklısı adına tesciline olanak vardır. Bu hususlar yanında, davalılar, yüklenici ile arsa sahibi M. Ş. V. arasında görülen Ümraniye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/61 E 2010/767 K sayılı dava dosyasında 30.11.2010 tarihinde verilen kararda özetle "... yüklenicinin inşaatı % 91 seviyesinde bitirdiği, taraflar arasındaki 6.7.2005 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye düşen 10 adet daireden, 8 adedini talebe hak kazandığı, 8 adet dairenin de 44/100 hisseye tekabül ettiği belirtilerek, 50 ada 17 parselde arsa sahibi adına kayıtlı tapunun 44/100 hissesinin iptali ile davacı yüklenici adına tesciline...", karar verildiği ve kararın 6.4.2011 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Tüm bu açıklamalar ve tespitlerden sonra somut olaya gelindiğinde; davacının dayanağı 1.5.2007 tarihli sözleşme yüklenicinin alacağının temlikine dair olup, geçerlidir. Daire bedeli ödenmiş ve dairede davacıya teslim edilmiştir. Davalılar arasındaki 6.4.2011 tarihinde kesinleşen hüküm ile de davaya konu taşınmazın 44/100 payının, davalı yüklenici adına tesciline karar verilmiştir. Bütün bunlardan sonra mahkemece yapılması gereken iş; davaya konu bağımsız bölümün bulunduğu yapıda kat irtifakı kurulmamışsa, yerinde keşif yapmak ve bilirkişiden rapor almak suretiyle binada kat irtifakı kurulacakmış gibi bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarını bilirkişilere hesap ettirmek, yükleniciye düşecek davaya konu 15 numaralı daireye isabet eden arsa payının, yüklenici adına tesciline karar verilmiş olan 44/100 paydan iptal edilerek davacı adına tescil etmek olmalıdır."

olarak nitelendirilecek ve sözleşme geriye etkili olarak sona erecektir. Dolayısıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi halinde üçüncü kişinin hukuki durumu bakımından yapılan açıklamaları her iki durum açısından geçerli olacağı ilk bakışta söylenebilecektir³⁹⁰.

Ancak, kısmi temerrüdün gerçekleştiği durumlar bakımından oluşacak hukuki durumun birçok haliyle ileriye dönük sona erme halinde oluşacak hale benzemesi söz konusudur. Kısmi ifa ve kısmi temerrüt kabul edilirken, üçüncü kişilere devrin oranı, müteahhidin gerçekleştirdiği kısmi ifanın işlevi ve ekonomik değeri değerlendirilmeli ve bunun yüksek olması halinde, şartlara göre yapılacak değerlendirme sonucu %60-70 gibi daha az oranlarda da kısmi temerrüdün kabul edilmesi, ayrıca inşaatta çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın alması ve ikamet etmesi durumunda tamamlanma oranı düşük dahi olsa, kısmi sona erme şartlarının araştırılması gerekmektedir³⁹¹.

³⁹⁰ Altınkan, s. 237.

³⁹¹ Altınkan, s. 237-238; Yener, Temerrüt, s. 135; Y. 15. HD, E. 2005/6533, K. 2006/618, T. T. 09.02.2006, www.kazancihukuk.com, Erişim Tarihi: 28.01.2018: “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişiler kurulu raporu ve belediyeden alınan cevabi yazılara göre yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümlerin tamamının ikmal edilmesine rağmen arsa sahibine bırakılacak kısımların %40 seviyesinde inşa olunup inşaatın terk edildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle inşaat fülen sözleşmesine uygun biçimde tamamlanmadığı gibi, imar durumuna da uygun olmadığı ve projesine aykırı olarak kaçak kat yapıldığı, zeminde de projeye uyulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yüklenicinin ve kendisinden bağımsız bölüm satın alan kişilerin akdin ifa olduğu gerekçesiyle tapu talep etmeleri ve evvelce işin avansı olarak devredilen tapuda hak kazandıklarının kabulü mümkün değildir. Bu nedenle mahkemenin akdin geriye etkili şekilde feshine karar vermesi kural olarak yerinde bulunmaktadır. Ne varki yapılan inşaatta çok sayıda kişinin bağımsız bölüm satın almaları ve ikamet etmeleri karşısında akdin ileriye etkili fesih şartları da araştırılmalıdır. Ancak kaçak bir yapılaşmada projeye aykırı yerlerin yasal hale getirilmediği sürece bu yerler üzerinde bir hak sahibi olunamayacağı da ortadadır. Diğer yandan arsa sahibine ait bölümler tamamlanmadıkça da yine ileri etkili fesih şartlarının oluştuğu kabul edilmez. Dosya kapsamından davalılara mehil verilmesi halinde inşaatı yasal hale getirip getiremeyecekleri hususu da araştırılmamıştır. O halde mahkemece belediyeden inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olup olmadığının sorulması, yasal hale getirilebiliyor ise davacının 01.12.1999 tarihli dilekçesi de gözetilerek bilirkişilerden ek rapor alınarak yasallaştırılması için yapılması gereken işlemlerin açıklattırılması, davalılara uygun bir mehil ve yetki tanınması ve sonucuna göre ileri etkili feshin düşünülmesi gerekirken bu konuda eksik incelemeyle sonuca varılması doğru olmamıştır.”.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için, Türk Borçlar Kanunu'nda hüküm ve sonuçlarının açık biçimde düzenlenmemesi nedeniyle atipik nitelikte bir sözleşme türüdür demek doğru bir yaklaşımdır. Medeni Kanunumuzun 1009. maddesinde şerh edilebilecek nispi haklar sayılırken bu sözleşme için "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi" ifadesi kullanılmış olması nedeniyle, söz konusu sözleşme türü için kanunun ifadesine bağlı kalınması gerekmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satış sözleşmesi ve eser sözleşmesine ilişkin unsurların bir araya getirilmesiyle kurulmuş olan karma nitelikte bir sözleşmedir. Müteahhit sözleşmeyle kararlaştırılan bağımsız bölümleri inşa etmeyi ve bunları arsa sahibine teslim etmeyi üstlenirken, buna karşılık olarak arsa sahibi ise belirlenen arsa paylarını müteahhide devretmeyi üstlenmektedir. Tarafların bu şekilde kanunla düzenlenmiş farklı sözleşme tiplerine ait asli edimleri karşılıklı olarak ifa ve borç altına girmeleri, sözleşmenin çifte tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır.

TBK'nın 26. maddesinde düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğini; kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak veya sözleşmenin konusunun imkansız olmaması şartıyla özgürce belirleyebilmeleri mümkündür. Sözleşme içeriğinin özgürce belirlenebilmesi ve bu yüzden çeşitli türlerde sözleşmenin yapılabilir olması, bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu gerçeğini değiştirmez. Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin en çok rastlanan düzenlenme biçimleri: arsa paylarının tamamının veya bir kısmının müteahhide devri, arsa paylarının inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım devri ve arsa sahibince arsa paylarının satışının vaadi ile müteahhidin inşaatı yapma taahhüdü şeklinde üç biçimde gruplandırılması mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin temerrüdü hakkında özel hüküm bulunmadığından, bu konuda Türk Borçlar Kanununun borçlu temerrüdüne ilişkin

genel hükümleri olan 117-125. maddeleri uygulanır. Buna göre, borçlunun mütemerrit sayılabilmesi için gereken koşulların; borcun muacceliyeti, alacaklının ihtarı, ifanın mümkün olmasına rağmen gerçekleşmemesi olarak sayılması mümkündür. Hukukumuzda borçlunun temerrüde düşebilmesi bakımından kusur şartı aranmamakta, ancak temerrüdün bazı sonuçları bakımından borçlunun kusurlu olup olmaması önem arz etmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin teslim borcunu ifada temerrüdünün oluşması için, teslim tarihinin gelmesine rağmen müteahhidin eseri tamamlamamış veya tamamlamış olmasına rağmen teslim etmemiş olması gerekir. Müteahhit, ancak arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümleri ve bunların yanında ortak kullanım alanlarını da tamamlamak ve teslim etmek, kendisine kalacak bağımsız bölümler bakımındansa eksikliklerin ana taşınmazın kat mülkiyetine dönüştürülmesine engel olacak nitelikte olmaması halinde borcunu ifa etmiş olmaktadır.

Müteahhidin teslim borcunda temerrüde düşmesi, kural olarak arsa sahibinin müteahhide ihtarda bulunmasına bağlıdır. Arsa sahibi, bu ihtarla müteahhide edimin ifasında gecikmeye düştüğünü ve ifanın belirli bir tarihe kadar yerine getirilmesini talep eder. İhtarın sonuçlarını doğurabilmesi için müteahhide veya yetkili temsilcisine ulaşması zorunludur.

Diğer yandan, arsa sahibi, müteahhide edimini yerine getirmesi için uygun bir süre verebilir veya bunun verilmesini hâkimden isteyebilir. Süre, dürüstlük kuralı ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Bu süre içerisinde müteahhit edimini yerine getirmezse, arsa sahibi TBK 125. maddede yer alan seçimlik haklarını kullanabilir. Buna göre, arsa sahibi her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

Bazı hallerde arsa sahibi süre vermeden de müteahhide karşı temerrütten doğan haklarını kullanabilir. Süre verilmesini gerektirmeyen bu durumlardan ilki, süre verilmesinin yararsız olacağına ulaşıldığı hallerdir. İfa zamanı gelmiş bulunmasına rağmen, müteahhidin açıkça edimini ifa etmeyeceğini bildirmiş olması, inşaatı terk etmiş bulunması veya müteahhidin zamanında çalışmalara başlamaması, yapılan işlerin planlanandan geri bir

safhada bulunması veya inşaatın yapılmayacağı yolunda inandırıcı belirtilerin bulunması gibi halin niteliğinden müteahhidin ifada bulunmayacağına açıkça anlaşıldığı durumlarda, arsa sahibi süre vermeksizin temerrütten doğan haklarını kullanabilecektir. Bir diğer durum da, temerrüt nedeniyle artık borcun ifasının alacaklı açısından yararsız kalması halidir. Süre vermenin gerekli olmadığı son durum ise, borcun kesin vadeye bağlandığı hallerdir.

Müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle üstlendiği edimini kararlaştırılan şekilde ve sürede yerine getirmemesi nedeniyle temerrüde düşmesi halinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak mı sona ereceği, yoksa ileriye etkili olarak mı sona ereceği hususu doktrinde tartışmalıdır. İnşaat sürecinin ifa için hazırlık faaliyetleri olarak görülmesi gerektiğini ve arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirme iradesinin müteahhidin bir sonuç taahhüdünde bulunması nedeniyle geçmişe dönük olarak sona erdirilmesi gerektiğini kabul eden yazarların sözleşmenin ani edimli olduğu yönündeki görüşlerine karşılık; inşaat sürecinin hazırlık faaliyetleri olarak görülmesini doğru bulmayan, bu faaliyetlerin ifanın bir parçası olarak görülmesi gerektiğini öne süren ve arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirme iradesinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi gerektiğini kabul eden ve bu yüzden sözleşmenin sürekli edimli olduğunu ileri süren yazarların görüşleri tartışmanın temelini oluşturmaktadır.

Yargıtay, doktrinde yer alan söz konusu tartışmaları sonlandırmak ve uygulamada birliği sağlayabilmek adına 25.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'yla konuya bir çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Buna göre, sözleşmenin kural olarak ani edimli olduğu, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Türk Medeni Kanun'un 2. maddesi gözetilerek sözleşmenin sona erdirilmesi iradesinin ileriye etkili olarak sonuç doğurması gerekliliği kabul edilmiştir. Bu bağlamda, sözleşmenin ani-sürekli karmaşığı bir nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

Yargıtay'ın inşaatın geldiği aşama bakımından getirdiği büyük bir bölümünün tamamlanmış olması kıstası, müteahhidin ileriye etkili feshin sonuçlarından faydalanabilmesi ve yaptığı işle orantılı olarak arsa payı talep edebilmesi için inşaatı en az %90 seviyesinde tamamlamış olması şeklindedir. Ancak, sözleşmenin ileriye etkili mi yoksa geçmişe etkili mi

sona erdirilmesi tespitinde, Yargıtay kararlarının bir çoğunda “%90 ve üzeri” oranının kriter olarak kabul edilmesinin bir örnek olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, esas olanın inşaatın tamamlanma oranından ziyade dürüstlük kuralı olduğu unutulmamalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçmişe ya da ileriye etkili olarak sona ermiş olması, müteahhitten mülkiyet hakkı iktisap eden üçüncü kişiler ile şahsi hak iktisap eden üçüncü kişilerin hukuki durumlarını yakından ilgilendirmektedir. Şöyle ki, arsa sahibinden arsa payı mülkiyeti devralan müteahhidin, arsa paylarının mülkiyetini tapuda üçüncü bir kişiye devretmesi mümkündür. Üçüncü kişinin bu şekilde aynı hak kazanımının sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkmasından etkilenip etkilenmeyeceği doktrinde öne sürülen teorilerle yakından ilgilidir. Özellikle aynı etkili dönme teorisi dönmenin geçmişe etkisini hukuki sebebe bağlılık ilkesi uyarınca ele almakta ve buna göre sözleşmenin ifası amacıyla yapılan ve sebebe bağlı olan tasarrufi işlemlerin sözleşmeden dönülmesiyle birlikte baştan itibaren geçersiz sayılması gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay ise, kararlarında klasik teori olarak da adlandırılan sebepsiz zenginleşme görüşüne itibar ettiğini lafzi olarak belirtmekte, ancak esas itibarıyla üçüncü kişileri TMK'nın 1023. maddesine göre iyiniyetli saymamakta, inşaat tamamlanmadan müteahhide devredilen arsa paylarının avans niteliğinde olduğuna işaret etmektedir.

Kanaatimizce, müteahhitten aynı hak iktisap eden üçüncü kişinin, çok istisnai durumlar haricinde, müteahhidin temerrüde düşerek arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanacağını ve bu suretle müteahhidin mülkiyetinde olan arsa paylarına ilişkin tescilin yolsuz olduğunu bilebilecek durumda olmadığından TMK'nın 1023. maddesinin aradığı anlamda iyiniyetli sayılması gerekmektedir. Üçüncü kişiden aynı hak iktisap eden diğer üçüncü kişilerin de iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın iktisap ettikleri aynı hakkın korunması icap etmektedir. Alacak hakkının nisbiliği ilkesi gereğince, üçüncü kişinin sicil dışındaki bir olgu olarak müteahhit adına yapılan tescilin dayanağını, buna ilişkin belgeleri ve arsa sahibi ile müteahhit arasındaki kişisel hakkın var olup olmadığını araştırmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Müteahhidin arsa paylarını üçüncü kişilere devretmesiyle söz konusu devrin ve üçüncü kişilerin korunacağını arsa sahibinin bilmesi gerekmekte olup, bu yüzden arsa sahibinin, müteahhitle yapacağı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa

paylarının devrolunacağı zamanı buna göre belirlemesi yararına olacaktır. İnşaat bitmeden arsa paylarının tamamını veya bir kısmını müteahhide devretmeyi kabul eden arsa sahibinin arsa paylarının bir üçüncü kişiye müteahhit tarafından devredilmesi halinde tescilin korunacağını bilmesi, bunu bilmesine rağmen inşaat tamamlanmadan arsa paylarını müteahhide devretmeyi kabul eden arsa sahibinin söz konusu riski üstlendiği kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere, arsa paylarının tamamının veya belirli kısımlarının sözleşme kurulduğunda müteahhide devredilmesi ve böylece arsa sahibinin kendi edimini ifa etmesi, arsa sahibi açısından çeşitli sakıncalar doğurmaktadır. Taraf menfaatleri açısından, arsa sahibinin haklarının korunabilmesi için müteahhide devredilen arsa payları üzerine arsa sahibi lehine teminat ipoteği konulmalı, buna karşın müteahhidin de haklarının korunması bakımından inşaatın belirli aşamalara gelmesiyle ipotek kısım kısım kaldırılmalıdır.

Yargıtay ise, gerek üçüncü kişilerin gerekse de üçüncü kişiden hak iktisap eden diğer üçüncü kişilerin, avans niteliğinde devredilen arsa paylarının arsa sahibine iade edileceğini bilmesi gerektiğini öne sürerek, TMK'nın 1023. maddesiyle düzenlenen tapu siciline güvenin korunması ilkesinden yararlanamayacaklarını ifade etmektedir.

Üçüncü kişilerin müteahhitten alacağın temlik sözleşmesiyle şahsi hak iktisap ettikleri ve sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiği hallerde ise; sözleşmeden dönmenin bir sonucu olarak ifa edilmeyen edimlerin ortadan kalkmasıyla, arsa sahibinin arsa payı devretme borcunun da ortadan kalkacak olması sebebiyle, üçüncü kişinin devraldığı alacak baştan beri hiç doğmamış sayılacaktır. Bu durumda, üçüncü kişi uğradığı zarar bakımından müteahhitten tazminat talep edebilecektir.

Üçüncü kişilerin müteahhitle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ilişkisine girmesi halinde, üçüncü kişiler aynı hak iktisap etmediklerinden TMK'nın 1023. maddesi korumasından yararlanamayacaklardır. Bu durumda, üçüncü kişi, vaat edilen taşınmaz satışının gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazmin edilmesini müteahhitten isteyebilecektir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın TMK'nın 1009. maddesi uyarınca tapuya şerh edilebilmesi ve bu suretle şahsi hakkın etkisinin kuvvetlendirilmesi halinde ise; kanaatimizce, sözleşmeden dönme üzerine müteahhide devredilmiş olan arsa

payları iade edilecek olsa bile, üçüncü kişinin etkisi kuvvetlendirilmiş bu şahsi hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebileceği kabul edilmeli ve üçüncü kişi lehine tescil yapılması gerektiği ifade edilmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erme iradesinin ileriye etkili sonuçlar doğurması halinde ise, müteahhidin inşaatı tamamladığı seviye oranında arsa payı devralması; üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkileyen sonuçlar doğurmaktadır. Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesiyle; müteahhidin tamamlanmayan bölümler bakımından inşaa borcunun yerini tazminat borcu alacaktır. Söz konusu tazminatın hesabında mübadele ve fark teorilerinin uygulanması gündeme gelecektir. Fark teorisine göre, müteahhide sözleşmeyle üstlendiği inşaatı tamamladığı oranda arsa payı ve buna bağlı olarak bağımsız bölüm kalmakta, buna karşın inşaatın tamamlanmayan kısmına isabet eden arsa payları ve buna bağlı bağımsız bölümler ise inşaatın tamamlanması için gereken masraflar bakımından arsa sahibine kalmaktadır. Ayrıca, arsa sahibinin hak kazandığı gecikme tazminatı bedelinin de müteahhide verilecek arsa paylarından düşülmesi sonucunda müteahhidin hak kazanacağı arsa payı miktarı ve buna bağlı olarak bağımsız bölüm adedi de düşmektedir. Bu teoriye göre, müteahhide kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının rayiç değerinden, inşaatın tamamlanma masrafları ile gecikme tazminatı bedelinin düşülmesi sonucunda müteahhide kalan bedel oranında arsa payı verilmesi söz konusu olmaktadır.

Mübadele teorisine göre ise, inşaatın eksik kalan kısımları bakımından müteahhit tarafından ödenecek tazminat üzerine müteahhidin sözleşmeyle kararlaştırılan tüm arsa paylarına ilişkin hak kazanması söz konusudur. Kanaatimizce, mübadele teorisi, üçüncü kişilerin menfaatine çok daha uygun sonuçlar vermektedir. Buna göre, arsa sahibine kalacak arsa payı miktarında bir değişme olmamakta, buna karşın temerrüde düşen müteahhit ise, sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedildiği inşaatın kalan kısmını parasal olarak ödemek suretiyle sözleşmeyle kararlaştırılan tüm arsa paylarına ilişkin hak kazanmakta ve böylece üçüncü kişilerin menfaatine çok daha uygun sonuçlar doğmaktadır.

Yargıtay, kararlarında fark teorisine itibar etmektedir. Müteahhidin inşaatı tamamladığı oranda arsa payına hak kazanacağını, müteahhitten hak iktisap eden üçüncü

kişilerin kat irtifakının henüz kurulmadığı bir ortamda tescil talebinde bulunabilmeleri için bilirkişilerce kat irtifakı kurulacakmış gibi yapacakları incelemelerde bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarının hesap edilmesi gerekeceğini belirtmektedir. Buna göre, üçüncü kişilerin talep ettiği bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının müteahhit adına tescil edilen paylarla denk düşmemesi halinde veya üçüncü kişinin talep ettiği bağımsız bölümün tasfiye sürecinde müteahhide bırakılmadığı durumlarda, üçüncü kişiler, bağımsız bölümün güncelleştirilmiş değeri ile bağımsız bölümde yaptığı iyileştirme giderlerini genel hükümlere göre müteahhitten talep edebilmektedir. Müteahhidin ileriye etkili sona erme sebebiyle inşaatı tamamladığı seviye oranında arsa payına hak kazanması durumunda, sözleşmeyle kararlaştırılan arsa paylarının tümüne hak kazanacağı düşüncesiyle hareket ederek üçüncü kişilere arsa paylarının satışının vaat edilmesi ya da arsa paylarına ilişkin alacak haklarının devredilmesi şeklindeki sözleşmeler bakımından, üçüncü kişilerin alacağı devraldıkları tarihlere göre sıraya sokulması ve sıraya göre müteahhidin hak ettiği miktarda arsa payına denk gelenlerin kazanımlarının korunması, müteahhidin hak kazandığı arsa payları dolduğu için sıra gereği açıkta kalan üçüncü kişiler ile yapılan devir sözleşmelerinin ise geçersiz sayılması gerekecektir.

KAYNAKÇA

Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Akkanat, Halil: “Şekle Aykırılığın Sonuçlarının MK. M. 2 Hükümü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, s. 1655-1668.

Altaş, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

Altınkan, Onur: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, İzmir 2015.

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Atamulu, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Ayan, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Konya 2015.

Ayan, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Ayazlı, Pervin: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları-Hukukî Özellikleri-Şekil Sorunu)”, MÜHFHAD, Sa. 4, Ocak-Nisan 1987, s. 43-51.

Aydemir, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2014.

Baygın, Cem: “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, Sa. 3-4, 2010, S. 119-144.

Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, (Buz, Dönme).

Büyükay, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Cansel, Erol/Özel, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sa. 8, 2013, s. 713-733.

Coşkun, Gürkan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Çelik, Hülya: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

Dirican, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Duman, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Enli, İsa: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Erdaş, Bayram: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2011.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, (Eren, Özel).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, (Eren, Genel).

Ergüne, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2010, (Erman, İnşaat).

Erman, Hasan: İnşaat (Arsa Payı Karşılığı) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, Der Yayınları, İstanbul 2012, (Erman, İnşaat ve Miras).

Erman, Hasan: “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, İÜHFM, C. 50, Sa. 1-4, 1984, s. 505-517, (Erman, Karar İncelemesi).

Erman, Hasan: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü -Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri-“, İstanbul Barosu Dergisi, C. 58, Sa. 4-5-6, 1984, S. 209-219, (Erman, Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri).

Ertaş, Şeref: Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan - 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul 2011.

Ertaş, Şeref: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, İzmir 2001, s. 79-92, (Ertaş, Devir).

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1980.

Fila, Hürrem/Eraslan, Eyüp: “Bir Yargıtay Kararı ve Eleştirisi”, İstanbul Barosu Dergisi, 1985, C. 59, Sa. 7-8-9, s. 661-685.

Gökyayla, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Güleç, Şafak: Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Kanunu Genel Bölüm, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2011.

Havutçu, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Vedat Kitapçılık, İzmir 1995, (Havutçu, Müspet Zarar).

Helvacı, İlhan: Hukuki Mütalaalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

İnan, Ali Naim/Yücel, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

İnal, Emrehan: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1201-1216.

İnal, Tamer: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Seçkin Kitapçılık, Ankara 2014.

Kanber, Kemal: “Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 1996, Sa. 7, s. 14-17.

Kaplan, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 4, İstanbul 1992.

Karataş, İzzet: Eser (İnşaat) Yapım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Kartal, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Matsa Yayınevi, Ankara 1993.

Kaya, Özgür Katip: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 1992.

Kırca, Çiğdem: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2007.

Kırmızı, Mustafa: Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Kılıçoğlu, Genel).

Kılıçoğlu, Ahmet: “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, AÜHFD, C. 38, Sa. 1-4, S. 209-222, (Kılıçoğlu, Şekil).

Kostakoğlu, Cengiz: İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

Kostakoğlu, Cengiz: “Eser Sözleşmelerinin Bir Türü Olan Arsa Karşılığı Kat Yapım Sözleşmelerinde Şekil”, Yasa Hukuk Dergisi, 1984, C. 7, Sa. 7, s. 925-932, (Kostakoğlu, Şekil).

Kuntalp, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971, www.kitalplar.ankara.edu.tr.

Kurt, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Nomer, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Ormancı, Pınar Altınok: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi (6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Sözleşmelerin Feshi), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Oy, Osman/Haşal, Tahsin Emre: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

Öz, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap, İstanbul 1989, (Öz, Dönme).

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

Reisoğlu, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

Rona, Serozan: Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Sarı, Suat: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, İÜHFM, C. 64, Sa. 2, İstanbul 2006, s. 273-299.

Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, (Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri).

Seliçi, Özer: İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, (Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu).

Selimoğlu, Y. Engin: “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Yayın No: 8, Ankara 1999, s. 685-693.

Sütçü, Nezh: Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Şahin, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Şahiniz, Cevdet Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C: II, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010.

Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.

Yakuppur, Sendi: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş, İstanbul 2014.

Yener, Mehmet Deniz: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, (Yener, Temerrüt).

Yener, Mehmet Deniz: “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, İÜHFM, C. 65, Sa. 2, 2007, s. 371-382, (Yener, Devir).

Yıldırım, Sümeyye Hilal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2011.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

